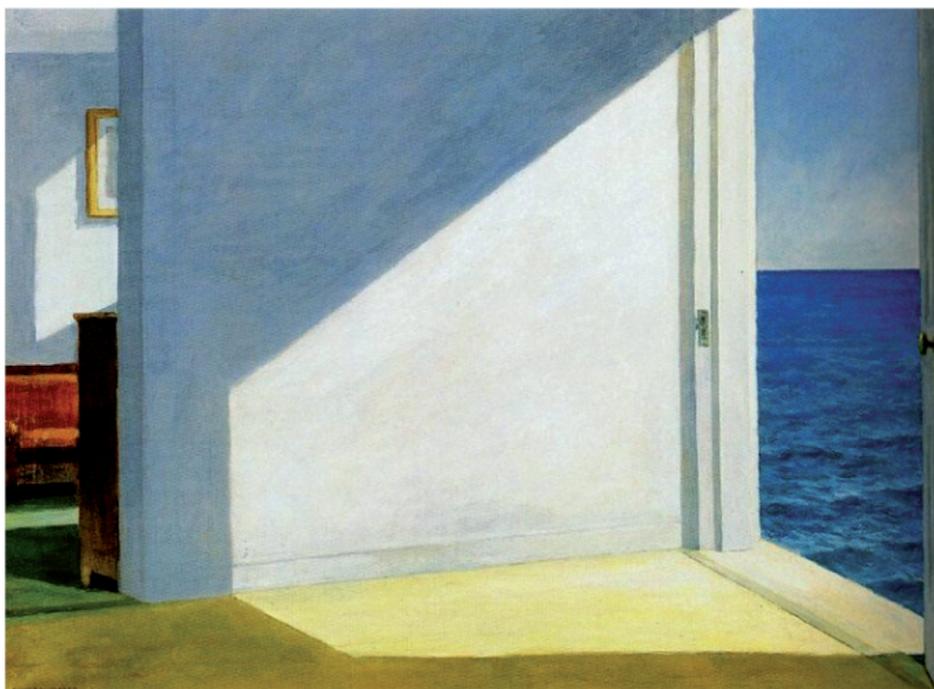


Giuseppe Santoro-Passarelli

DIRITTO DEI LAVORI E DELL'OCCUPAZIONE

Ottava edizione



G. Giappichelli Editore

Prefazione alla VIII edizione

Sono trascorsi 22 mesi dalla pubblicazione della settima edizione e come è a tutti noto in questo periodo la pandemia ha impoverito le economie di tutti i paesi, sia per ragioni sanitarie, sia perché si sono persi migliaia di posti lavoro nonostante le misure di sostegno come il blocco dei licenziamenti e gli ammortizzatori sociali per i lavoratori dipendenti e i sussidi ai lavoratori autonomi, spesso insufficienti a mantenere in vita le loro attività.

È difficile negare che la precarizzazione del rapporto di lavoro sia aumentata perché, nonostante il decreto dignità (d.l. n. 87 del 2018, conv. dalla legge 9 agosto 2018, n. 96) abbia ridotto a 12 mesi la durata del contratto a tempo determinato cosiddetto acausale, le forme di lavoro continuano ad essere molteplici e la dicotomia lavoro subordinato lavoro autonomo non appare più adeguata ad esaurire e a regolare i diversi rapporti di lavoro. In dottrina e in giurisprudenza si ipotizza l'esistenza di un *tertium genus* e talvolta addirittura di un *quartum genus*.

In realtà il legislatore, invece di intervenire con modifiche di dettaglio che contribuiscono a complicare l'interpretazione delle molteplici discipline dei diversi rapporti di lavoro subordinato, dovrebbe avere la forza di ripensare alla riformulazione della norma base e cioè dell'art. 2094 c.c. o prendere atto che non esiste una subordinazione ma diverse subordinazioni. Come è avvenuto per la proprietà.

La nuova edizione esamina con attenzione le diverse tipologie contrattuali e le modifiche all'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015 introdotte dal recente d.l. n. 101 del 2019 convertito dalla legge 2 novembre 2019, n. 128. Un capitolo apposito è stato destinato all'esame del lavoro mediante piattaforme digitali e all'analisi della disciplina che stabilisce tutele per i *riders*. Già la giurisprudenza di merito si è pronunciata sulla qualificazione di questi rapporti ai quali la Cassazione 2020/1663 applica la disciplina del lavoro subordinato.

Come pure è esaminata la nuova disciplina delle mansioni alla luce della più recente giurisprudenza e, parimenti, il potere di controllo del datore di lavoro, anche con riferimento alla giurisprudenza sulle *e-mail* aziendali e sui *social network*, e infine il contratto di rete.

Un nuovo capitolo è stato dedicato all'esame dei problemi assai complessi concernenti il rapporto tra diritto fallimentare e diritto del lavoro, con particolare attenzione alla nuova disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), che, dal 16 maggio 2022, sostituirà le previsioni della legge fallimentare con innovazioni importanti per il lavoro subordinato.

Per dare conto di queste novità sono stati scritti nuovi e riscritti interi capitoli.

Sono dedicati ben 10 capitoli alla disciplina dei licenziamenti nel rapporto di lavoro e una particolare attenzione è stata riservata all'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di licenziamenti ingiustificati (sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la norma che riconosce l'anzianità come unico criterio di determinazione del risarcimento. In realtà il legislatore la definisce un'indennità e non un risarcimento. La 150 del 2020 che conferma l'illegittimità del riferimento esclusivo all'anzianità di servizio anche nell'ipotesi di licenziamento per vizio formale o procedurale. E, infine, la sentenza n. 59 del 2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, St. lav., come modificato dalla legge n. 92 del 2012 nella parte in cui prevede che il giudice quando accerta la manifesta insussistenza del fatto, applica la disciplina di cui al medesimo art. 18 comma 4 eliminando quindi il può applicare e quindi la scelta del giudice).

Nell'area del diritto sindacale, nonostante i tentativi delle parti sociali di ordinare le procedure in materia di contrattazione collettiva con diversi accordi interconfederali e testi unici, la frammentazione delle sigle sindacali aumenta e non favorisce un sistema ordinato di contrattazione collettiva. Nell'archivio del Cnel i contratti collettivi sono circa 930. E questo dato aiuta a comprendere perché da tutte le parti sociali, compresa quella datoriale, si richiede, sia pure con diversità di accenti e con riserve non sempre comprensibili, di intervenire per via legislativa in materia di rappresentatività sindacale, anche se permane, in un regime di libertà sindacale, il problema della perimetrazione dell'area contrattuale.

Si assiste ad una riduzione delle tutele del rapporto di lavoro e ad un forte ridimensionamento della norma inderogabile, mentre aumenta la platea di coloro che sono destinatari di tutele del reddito perché l'impresa è in difficoltà (lavoratori in c.d. Cassa integrazione), perché hanno perso o non hanno mai avuto un posto di lavoro (disoccupati e inoccupati) o ancora in virtù di una condizione di povertà del nucleo familiare (Reddito di inclusione, di recente sostituito dal Reddito di cittadinanza, d.l. n. 4 del 2019, conv. dalla legge n. 26).

A tali tutele è dedicata la settima parte del manuale, che si è rivelata molto utile per gli studenti perché li aiuta a comprendere il c.d. diritto all'occupazione, che in realtà è un coacervo di provvedimenti e istituti (Cassa integrazione ordinaria, straordinaria, in deroga, NASpI, Reddito di cittadinanza) non sistematicamente ordinati e ordinabili. E tuttavia tali istituti, pur diversi per presupposti e per finalità, corrispondono al comune obiettivo di garantire un minimo di reddito e di favorire o almeno difendere l'occupazione.

Per quest'ultima funzione, accanto all'erogazione del reddito (politiche passive), sono sempre più importanti i servizi per il lavoro e tutti quegli strumenti, detti politiche attive, finalizzati ad assicurare il rapido inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, come l'assegno di ricollocazione. Lo stesso reddito di cittadinanza, che pure esprime finalità assistenziali come strumento di contrasto alla povertà, dovrebbe al contempo essere una misura di politica attiva per l'avviamento al lavoro del disoccupato e dell'inoccupato, anche mediante l'assunzione di personale apposito (i c.d. *navigator*). Ma non si può fare ameno di constatare un generale fallimento delle politiche attive perché i navigator non hanno la formazione necessaria e neppure sono dotati degli strumenti necessari (banche dati) per favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

Per provvedere alla redazione della ottava edizione, che in realtà è una nuova opera, mi sono avvalso di una squadra di collaboratori provetti come i proff. Domenico Mezzacapo, Antonio Preteroti e Stefano Cairoli, gli avv. Fabrizio Ferraro e Luisa Rocchi, aiutati dalla grande esperienza in particolari settori della prof. Lucia Valente, degli avv. Michele Piccari, Matteo Russo, Alessandro Ponzio, Flavia Schiavetti, Massimiliano Panci, Domenico Pace, Angelo Delogu, Luisa Monterossi, e dei dott. Giovanni Pino, Matteo Verzaro, e *last but not least*, Dario Calderara, che ha seguito con generosità e dedizione la redazione dell'opera, della quale è stato il vero coordinatore.

E a loro tutti va il mio sentito ringraziamento, ben consapevole che senza il loro aiuto la nuova edizione non avrebbe visto la luce e la consegna al giudizio degli studenti e dei colleghi, sempre attento ad ascoltare i loro consigli e suggerimenti.

GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

Roma, 6 ottobre 2021

Parte prima
Definizione, funzione e fonti
del diritto del lavoro

Capitolo 1

Partizione della materia e funzione del diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. Partizioni della materia. – 1.1. Il diritto sindacale. – 1.2. I rapporti di lavoro. – 1.3. Il diritto della sicurezza sociale. – 1.4. Il diritto dell'occupazione. – 2. Funzione del diritto del lavoro.

1. Il diritto che dal lavoro prende nome e ragione è costituito da due parti: *partizioni della materia*
1) il diritto sindacale e 2) i rapporti individuali di lavoro. La previdenza sociale che originariamente faceva parte del diritto del lavoro ormai insieme all'assistenza sociale, per una serie di ragioni che saranno illustrate successivamente (v. *infra* par. 1.3) ha dato corpo e sostanza ad un sistema di sicurezza sociale, denominato per l'appunto diritto della sicurezza sociale.

1.1. Le basi costituzionali del diritto sindacale italiano sono costituite dagli *diritto sindacale*
artt. 39 e 40 Cost. L'art. 39 stabilisce che l'organizzazione sindacale sia libera e ciò significa non solo che i lavoratori possono costituire associazioni sindacali per tutelare i loro interessi, ma anche che l'ordinamento riconosce alle associazioni sindacali dei lavoratori e degli imprenditori il potere di regolare da sé i loro interessi attraverso la conclusione del contratto collettivo. E l'art. 40 stabilisce che lo sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano e quindi riconosce ai soggetti collettivi e ai singoli di autotutelare i propri interessi. Il diritto sindacale nell'ordinamento italiano è contrassegnato da un intervento della legge piuttosto limitato e comunque di sostegno dell'autonomia collettiva. Ha assolto a questa funzione di sostegno in modo esemplare lo statuto dei lavoratori. In conclusione, quindi l'oggetto principale dello studio del diritto sindacale è:

1) la **libertà e l'esercizio dell'attività sindacale** posta in essere dai singoli e dalle associazioni sindacali per tutelare interessi collettivi e mai interessi individuali dei lavoratori;

2) il **contratto collettivo**. Come si vedrà questo contratto pur essendo un prodotto dell'autonomia delle parti, ha comunque proprie peculiarità rispetto al contratto individuale;

3) l'**autotutela** ossia il ricorso da parte dei sindacati e dei lavoratori allo sciopero per far valere i loro interessi nei confronti dei datori di lavoro.

rapporti di lavoro

1.2. Una parte non meno importante del diritto del lavoro ha come oggetto lo studio del rapporto di lavoro subordinato.

È bene chiarire subito che questo rapporto ha origine contrattuale e si contraddistingue rispetto agli altri contratti “per l’implicazione della persona del lavoratore nello svolgimento del rapporto”. Ed è questa la ragione per la quale la disciplina del contratto di lavoro subordinato è (era) costituita in massima parte da norme inderogabili, ossia da norme di legge e clausole del contratto collettivo che non possono essere modificate dalla volontà delle parti individuali. In altri termini, l’autonomia delle parti che regola il contenuto del contratto è fortemente ridotta rispetto al contratto di lavoro subordinato perché si presume che il lavoratore per la sua posizione di debolezza contrattuale rispetto al datore di lavoro non sia in grado di regolare da sé i suoi interessi.

E tuttavia, in particolare dal 2015 con il d.lgs. n. 81, tale inderogabilità si è fortemente attenuata sia in materia di potere di controllo del datore di lavoro rispetto all’art. 4 dello Statuto dei lavoratori, sia in materia di mansioni rispetto al vecchio testo dell’art. 2103 c.c. che sanciva solennemente il divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, mentre ora è consentito al datore di lavoro in diversi casi l’adibizione a mansioni inferiori. E la flessibilità è diventata rilevante in materia di sanzioni contro il licenziamento ingiustificato dove la reintegrazione non è più l’unica sanzione ma è diventata marginale rispetto all’indennizzo (art. 3, d.lgs. n. 23 del 2015).

Parimenti, nonostante l’art 1 del d.lgs. n. 81 proclami solennemente che il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro, è agevole constatare che questa forma di lavoro standard non è affatto l’unica forma di assunzione, ma spesso è preceduta da stage della durata di 6 mesi, dall’apprendistato, dal contratto a tempo determinato, dalla somministrazione di mano d’opera, per non parlare delle collaborazioni continuative e coordinate previste dall’art. 409 c.p.c. che resta in vigore o delle collaborazioni eteroorganizzate previste dall’art. 2 del d.lgs. n. 81 citato.

Da ultimo, il d.l. n. 101 del 2019, convertito con modificazioni dalla l. n. 128/2019, ha integrato la disciplina del comma 1 del citato art. 2 con formule che rendono ancora più incerta la qualificazione del rapporto eteroorganizzato, e ha tracciato una definizione di lavoratore nelle piattaforme digitali riconoscendo alcune tutele, certamente inferiori a quelle del lavoratore subordinato.

Sia il ricorso alle forme di assunzione contrassegnate dalla temporaneità del rapporto sia la flessibilizzazione della disciplina di materie importanti come le mansioni e il licenziamento hanno precarizzato, come si dice oggi, il rapporto di lavoro e la vita del lavoratore o, come un tempo si diceva, l’essere del lavoratore¹.

¹ F. Santoro-Passarelli, “*Se tutti gli altri contratti riguardano l’aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l’aver per l’imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l’essere che è condizione dell’aver e di ogni altro bene*” già in *Spirito del diritto del lavoro*,

Mentre, secondo un'altra corrente di pensiero, la presenza di più rapporti di lavoro e la flessibilità della disciplina servono a favorire o a difendere l'occupazione. E tuttavia non si può negare che nell'attuale contesto la produttività e la crescita crescono solo di qualche decimale e secondo alcune stime sarebbero pari allo zero.

Si pone in controtendenza rispetto ai decreti del 2015 il c.d. decreto dignità (d.l. n. 87 del 2018, conv. in legge n. 96 del 2018) che ha invece irrigidito la disciplina legale del contratto a termine senza causali, riducendone la durata da 36 mesi a 12 mesi, e ha aumentato la misura minima e massima dell'indennità dovuta dal datore di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato.

Il tempo dirà se misure di irrigidimento dei vincoli all'assunzione flessibile o al licenziamento siano effettivamente in grado di determinare un aumento o un miglioramento qualitativo dell'occupazione.

Bisogna anche aggiungere che rientrano nel campo di applicazione della nostra materia non soltanto i rapporti di lavoro appena menzionati, ma anche il lavoro autonomo.

Di regola, il diritto sindacale e il rapporto di lavoro sono esaminati congiuntamente nei manuali perché sono numerosi e stretti i nessi tra il contratto individuale e il contratto collettivo. E tuttavia non mancano manuali illustri del solo diritto sindacale o del solo rapporto individuale di lavoro.

1.3. Accanto al diritto del lavoro, ormai staccato da questa disciplina, esiste il diritto della sicurezza sociale che comprende a sua volta la previdenza e l'assistenza sociale: la base normativa della prima è costituita dall'art. 38, comma 1, Cost., e della seconda dall'art. 38, comma 2, Cost.

In origine le prime realizzazioni della tutela previdenziale riguardavano esclusivamente i lavoratori subordinati e questo spiega perché fossero i datori di lavoro dei soggetti protetti obbligati al pagamento dei contributi previdenziali. Successivamente anche per i lavoratori parasubordinati la contribuzione previdenziale è stata posta a carico dei committenti, mentre sono gli stessi lavoratori autonomi e i liberi professionisti che provvedono al pagamento dei contributi per la realizzazione della loro tutela previdenziale.

Ma accanto a questo sistema, che riserva le prestazioni pensionistiche soltanto ai lavoratori che contribuiscono al finanziamento della loro pensione con la contribuzione collegata al loro rapporto di lavoro e senza prendere posizione sulla qualificazione giuridica dei suddetti contributi, non si può ignorare l'esistenza di un sistema di assistenza sociale che si fonda sulla solidarietà universale quando i beneficiari della prestazione siano persone in stato di bisogno indipendentemente dall'esistenza di un rapporto contributivo, perché il finanziamento ne prescinde e, quindi, avviene attraverso il generale prelievo

il diritto della sicurezza sociale riunisce l'assistenza sociale (art. 38, comma 1, Cost.) e la previdenziale sociale (art. 38, comma 2, Cost.)

previdenza ed assistenza: diversità di funzione

in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p. 3 e ora in *Saggi diritto civile*, Napoli, 1961, p. 1071. Cfr. anche R. Scognamiglio, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 83 ss.

fiscale. Esempi di trattamenti assistenziali sono la pensione sociale, dal 1996 sostituita dall'assegno sociale, l'assegno di invalidità e l'indennità di accompagnamento, o ancora il Sostegno per l'Inclusione Attiva (SIA) introdotto dalla legge n. 208 del 2015 (legge di Stabilità 2016), che nel 2018 era stato sostituito dal nuovo strumento del Reddito di Inclusione (Rei), misura introdotta dal d.lgs. n. 147 del 2017, strumento di contrasto alla povertà del nucleo familiare, del tutto avulso dall'esistenza di un rapporto lavorativo o contributivo pregresso.

Il decreto n. 4 del 2019, inoltre, ha sostituito il Rei con il Reddito di cittadinanza, che a differenza del primo è qualificato come una misura di politica attiva, perché impone al soggetto beneficiario in grado di lavorare (così come ai membri del suo nucleo familiare) di stipulare il patto per il lavoro, dichiarando disponibilità alla ricerca di un lavoro.

Orbene, di questa parte, denominata di assistenza sociale, come pure del rapporto tra contribuzione e prestazioni pensionistiche, non si occupa questo manuale perché, come tutti i manuali di diritto del lavoro, non si occupa della sicurezza sociale, che presenta peculiarità proprie regolate da un apparato normativo sterminato e non sempre ordinato, ma spesso determinato da occasioni contingenti e dalle risorse appositamente stanziare.

È il caso dell'introduzione della quota 100 per opera del Governo Conte I, che, mediante il d.l. n. 4 del 2019 conv. in legge n. 26 del 2019, ha modificato al ribasso i requisiti per l'accesso alla pensione², o ancora del recente potenziamento degli ammortizzatori sociali in deroga (per opera del d.l. n. 101 del 2019, capo II³): ambedue gli interventi si pongono in controtendenza rispetto alle politiche di contenimento della spesa previdenziale.

il diritto dell'occupazione

1.4. Questo manuale invece si occuperà di tutte le misure che pur rientrando nella sicurezza sociale, sono qui denominate brevemente diritto dell'occupazione e riguardano:

1) l'**incidenza della contribuzione sul costo del lavoro per le imprese** e, di conseguenza, sulla scelta della tipologia contrattuale economicamente più conveniente e le modalità attraverso le quali l'ordinamento favorisce il ricorso a determinate tipologie contrattuali di assunzione;

2) le **forme di tutela dell'occupazione in costanza di rapporto di lavoro**, e cioè di coloro che non lavorano ma non hanno ancora perso il posto di lavoro (cassa integrazione e contratti di solidarietà difensivi e fondi di solidarietà);

3) le **forme di tutela dell'occupazione per lavoratori in stato di disoccupazione involontaria e quindi che ricercano un posto di lavoro**, e le relative condizioni per usufruire dei trattamenti (c.d. strumenti di "condizionalità");

² Il Governo ha stanziato per la misura 3,9 miliardi di euro per il 2019, 8,3 per il 2020 e 8,7 miliardi di euro per l'anno 2021 per un totale di 20,9 miliardi.

³ Con stanziamenti di milioni di euro per differenti enti territoriali (es. Regione Sardegna, Regione Sicilia) e realtà produttive (es. ILVA di Taranto).

4) i **servizi per l'impiego e le politiche attive**, ossia quelle politiche che aiutano il lavoratore inoccupato ossia mai occupato, o disoccupato ossia in cerca di nuova occupazione, a trovare un posto di lavoro e a ricevere la formazione necessaria a svolgere le mansioni richieste dalla nuova occupazione, insieme al **Reddito di cittadinanza** che, come detto, è una misura di politica attiva (*supra*, par. 1.3).

A queste misure, di solito ad appannaggio dei manuali della previdenza sociale, è dedicata la settima parte del manuale, che giustifica l'aggiunta del titolo "**diritto dei lavori e dell'occupazione**".

Infatti, si tratta a mio avviso di provvedimenti legislativi e amministrativi che, pur potendo rientrare *lato sensu* nell'area della previdenza sociale, tuttavia stanno acquisendo una loro identità che ha come comun denominatore non soltanto l'art. 38 Cost., ma ancor prima l'art. 4 Cost.

Infatti, l'art. 38, comma 2, Cost. sancisce il principio che siano forniti mezzi adeguati e cioè un reddito in caso di disoccupazione involontaria e cioè di perdita del posto di lavoro o di mancanza del lavoro in costanza di rapporto.

Invece l'art. 4 riconosce il più ampio diritto al lavoro, inteso ovviamente non come diritto individuale ad avere un determinato posto di lavoro, ma come il diritto a ricevere assistenza e formazione nella ricerca di un posto di lavoro e cioè misure efficaci di incentivo e di tutela del lavoro e dell'occupazione.

E tutti gli strumenti che verranno descritti nella parte VII corrispondono anche a tali funzioni di incentivo e tutela.

2. In conclusione nel nostro ordinamento lo Stato dovrebbe garantire a coloro che sono in età lavorativa e versano in stato di bisogno, ma non hanno un posto di lavoro, un reddito di sopravvivenza. È questa una forma di assistenza che grava sulla fiscalità generale e rientra perciò nel sistema di sicurezza sociale. È prevista in programmi di diverse forze politiche con varie denominazioni e diversi ambiti di applicazione, ed inizia ad essere regolata dal nostro legislatore ancora in forma marginale.

Viceversa, la funzione del diritto del lavoro è quella di garantire, attraverso un sistema di norme legali e collettive, spesso inderogabili, a chi lavora in modo esclusivamente personale con o senza vincolo di subordinazione un corrispettivo per i periodi di lavoro e un reddito dignitoso per i periodi di non lavoro finanziato dalla contribuzione e, quindi, rientrante nella previdenza sociale.

I principi appena enunciati precedono e non vanno confusi con il diverso principio del contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori. Il fondamento di questo contemperamento, a mio avviso, risiede nell'art. 41, comma 2, Cost. laddove si afferma che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Dove l'utilità sociale è considerata

l'emersione del diritto dell'occupazione come categoria autonoma

differenza tra art. 4 e art. 38 Cost.

il diverso principio del contemperamento tra diritti dei lavoratori ed esigenze delle imprese

la funzione del diritto del lavoro

un limite esterno e non funzionale all'impresa e necessita della mediazione del legislatore⁴.

In altri termini, l'utilità sociale è un contenitore ed esprime un valore, che deve essere riempito di contenuto normativo dal legislatore ordinario e che, conseguentemente risente inevitabilmente degli orientamenti delle diverse maggioranze parlamentari che possono variare nelle diverse legislature.

Certamente quando si afferma che la funzione del nostro diritto è quella di proteggere la parte debole del rapporto non si ignora il contesto in cui il diritto del lavoro si trova ad operare.

È ovvio che la funzione di questa disciplina non comporta la cristallizzazione di un sistema di valori immutabile. La funzione del diritto del lavoro si attegga diversamente alle origini della civiltà industriale rispetto alla civiltà telematica, dove cambia anche l'organizzazione dell'impresa non più sempre gerarchica e fordista.

Ed il richiamo alla funzione del diritto del lavoro non esclude, ovviamente nell'attuale contesto, il perseguimento di obiettivi di politica economica essenziali per l'Italia, come ad esempio l'aumento della produttività e della crescita, ferme da un quarto di secolo, ridurre il debito pubblico per tagliare la spesa per interessi ed eliminare il rischio di crisi finanziarie, e ridurre le disuguaglianze generazionali per contenere le rilevanti emigrazioni dei giovani più meritevoli e intraprendenti.

La funzione del diritto del lavoro non è immutabile e trae fondamento dalla disparità di potere contrattuale tra le parti

Ciò che interessa in questa sede sottolineare è che comunque il diritto che dal lavoro prende nome e ragione, avrà ragione di esistere fino a quando assolverà alla sua funzione tipica che è quella di proteggere la parte debole del rapporto e, conseguentemente, la persona del lavoratore attraverso l'uso della norma inderogabile, certamente tenendo conto del contesto che è profondamente mutato rispetto al tempo dello Statuto dei lavoratori.

Se, viceversa, le nuove normative terranno conto solo delle ragioni dell'economia globalizzata dimenticando la disparità di forza contrattuale che esiste tra le parti del rapporto di lavoro, il diritto del lavoro non avrà più ragione di esistere e il contratto di lavoro tornerà ad esse uno dei tanti contratti regolati dal diritto civile.

⁴G. Minervini, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618; F. Galgano, *Diritto commerciale: L'imprenditore*, Bologna, 1971, pp. 96-97; F. Mancini, *Sub art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1975, pp. 234, 242-243.

Capitolo 2

Le fonti del diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le fonti di produzione: la normativa internazionale ed europea. – 2.1. Gli atti dell'Unione. – 3. La Costituzione, la legge ordinaria, i regolamenti e gli usi. – 4. Le fonti *extra ordinem*: la contrattazione collettiva e il contratto individuale. – 5. L'ampliamento della deroga *in pejus* e una sostanziale equivalenza tra contratti collettivi nazionali e aziendali da parte del legislatore. – 6. Ridimensionamento della norma inderogabile e l'ampliamento della platea dei lavoratori disoccupati e inoccupati che percepiscono un reddito durante il periodo di non lavoro. – 7. La legislazione emergenziale.

1. L'approccio allo studio delle fonti del diritto del lavoro prende le mosse dall'art. 1 delle Preleggi, ai sensi del quale sono fonti del diritto la legge, i regolamenti, le norme corporative e gli usi. *fonti del diritto*

Dopo la caduta dell'ordinamento fascista, i contratti collettivi corporativi sono stati sostituiti da quelli c.d. di diritto comune, che, a differenza dei primi, non hanno valore di atti normativi ma hanno natura negoziale. Essi, pertanto, non possono essere considerati fonti del diritto del lavoro in senso tecnico, nonostante autorevoli opinioni dottrinali tendano a rivedere questa conclusione. *natura negoziale dei contratti collettivi di diritto comune*

I contratti collettivi di diritto comune costituiscono però una importantissima fonte di regolazione del rapporto di lavoro e, nonostante abbiano l'efficacia limitata tra le parti, come tutti gli atti di autonomia privata (art. 1372 c.c.), hanno una naturale vocazione ad estendere i propri effetti anche al di là del loro ambito di applicazione soggettivo e sono comunque inderogabili in *pejus* dalla volontà delle parti del contratto individuale. Non a caso, con una icastica espressione, si è detto che il contratto collettivo ha l'anima della legge e il corpo del contratto¹.

Anche la giurisprudenza, fin dalle origini, ha spesso svolto una funzione suppletiva rispetto al legislatore e, in ogni caso, la funzione nomofilattica della Cassazione ha favorito l'emersione di orientamenti giurisprudenziali integrativi della legge ordinaria e anche di precetti costituzionali. Basti pensare alla giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente e a quella interpretativa di clausole generali, per esempio in materia di giusta causa di licenziamento. *funzione suppletiva della giurisprudenza*

¹F. Carnelutti, *Contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1928, II, p. 184.

E per questi motivi la giurisprudenza è considerata, ovviamente in senso atecnico, alla stregua di una fonte del diritto del lavoro, la cui conoscenza è assolutamente indispensabile nello studio di questa materia.

la normativa internazionale in materia di lavoro

2. La tutela dell'uomo che lavora e la volontà di evitarne lo sfruttamento costituiscono l'obiettivo principale dell'Organizzazione internazionale del lavoro, della quale fanno parte gli Stati membri dell'Organizzazione delle Nazioni Unite. L'Oil svolge un'attività normativa in materia di lavoro, attraverso l'emanazione di raccomandazioni e la predisposizione di progetti di convenzioni, che comunque devono essere recepite o ratificate da provvedimenti legislativi interni degli Stati membri.

Gli atti normativi dell'Oil, pur essendo espressione di importanti principi di civiltà giuridica (basti pensare alla convenzione n. 87 del 1948 e alla n. 98 del 1949 in materia di diritti sindacali e di tutela antidiscriminatoria; alla n. 100 del 1951 in materia di eguaglianza tra lavoratori e lavoratrici; alla n. 103 del 1952 in materia di tutela della maternità; alla n. 132 del 1970 sulle ferie annuali retribuite; alla n. 138 del 1973 sull'età minima di ammissione al lavoro) hanno avuto un'influenza relativa sull'evoluzione del diritto del lavoro italiano, giacché il nostro ordinamento ha già previsto livelli di tutela qualitativamente e quantitativamente più elevati di quelli predisposti dalla Comunità internazionale.

le fonti comunitarie in materia di lavoro

Viceversa, un'influenza sempre più penetrante rispetto all'ordinamento del lavoro in Italia ha assunto la normativa comunitaria.

Appare necessario sottolineare che le politiche comunitarie hanno in parte modificato la prospettiva originaria del Trattato di Roma del 1957. Infatti, quel Trattato riconosceva agli interventi in materia sociale una funzione strumentale rispetto alla realizzazione degli obiettivi diretti a garantire la libera circolazione dei beni e delle persone e la concorrenza tra le imprese. Dopo l'Atto unico europeo, il Trattato di Maastricht e quello di Amsterdam, è riconosciuta all'Unione Europea una competenza crescente e autonoma in materia di tutela del lavoro, ed è previsto un coinvolgimento crescente delle parti sociali nei processi di formazione delle norme comunitarie.

L'ultimo Trattato europeo, quello di Lisbona del 13 dicembre 2007, adottato per superare la situazione di incertezza determinatasi a seguito della bocciatura del c.d. Trattato costituzionale da parte dei referendum popolari francese e olandese, cerca di recepirne, in forma attenuata, il lascito politico istituzionale.

hard e soft law

A queste incertezze, che mettono in evidenza non solo differenze in ordine alla dimensione politico istituzionale della Comunità europea ma anche l'assenza di un sistema compiuto di regole del diritto del lavoro europeo, si devono aggiungere le divergenze sulle tecniche di regolazione tra coloro che privilegiano l'assetto di un'Europa sociale fondato su un sistema di regole rigide e vincolanti e coloro che, viceversa, auspicano il rafforzarsi di strumenti di indirizzo e coordinamento convenzionalmente denominato di *soft law*.

In proposito è appena il caso di ricordare il dibattito sulla *flexicurity* suscitato su iniziativa della Commissione e ripreso con diversi accenti dal Parlamento europeo attraverso atti normativi non vincolanti per indirizzare e orientare le politiche del lavoro degli Stati membri, sulla difficoltà di coniugare le esigenze di flessibilità delle imprese con la necessità di garantire la sicurezza del reddito dei lavoratori nei periodi di non lavoro. la flexicurity

L'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea indica tra i propri obiettivi la promozione di un elevato livello di occupazione e la realizzazione di uno sviluppo equilibrato e sostenibile, mentre l'art. 146, par. 2, nel nuovo titolo IX dedicato all'occupazione, considera questo tema una questione di interesse comune fra gli Stati membri.

L'art. 151 indica come obiettivi della politica sociale comunitaria: il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la promozione dell'occupazione, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione. Il perseguimento di questi obiettivi consente di riscontrare il lento ma continuo avanzamento delle fonti comunitarie in materia sociale. D'altra parte, la stessa norma richiama e riconosce i diritti sociali fondamentali menzionati dalla Carta sociale europea del 1961 e dalla Carta comunitaria del 1989, anche se ad essi non ha attribuito efficacia diretta, nel senso che non sono soggetti al controllo della Corte di Giustizia.

Passo ulteriore è stato però fatto con l'art. 6 TUE che riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (Carta di Nizza) a cui è conferito lo stesso valore giuridico dei trattati e prevede l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In questo modo si sancisce il valore primario di quei diritti che costituiscono l'insieme dei valori fondamentali a cui è tesa l'azione dell'Unione tra i quali, nel capo IV dedicato al valore della solidarietà, sono inclusi il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), la vita familiare e quella professionale (art. 33) e la sicurezza e l'assistenza sociale (art. 34).

In breve, queste disposizioni e il richiamo nel Trattato ai diritti sociali fondamentali considerano la promozione dell'occupazione e la tutela del lavoro valori fondanti della Comunità, sicché ben si può affermare che la legislazione in materia di politica sociale è ormai diretta alla tutela del lavoro, e tende a scomparire la sua funzione ancillare e strumentale rispetto al processo d'integrazione economica della Comunità.

Questo non significa che la normativa comunitaria sopra richiamata sia sufficiente a delineare un sistema compiuto di diritto del lavoro comunitario.

L'art. 153, par. 1, infatti, prevede e stabilisce una competenza concorrente della Comunità con quella degli Stati membri (sostiene e completa l'azione

*promozione
dell'occupazione
e tutela del
lavoro diventano
valori fondanti
della Comunità*

degli Stati membri) per conseguire gli obiettivi previsti dall'art. 151 soltanto in determinati settori: il miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; le condizioni di lavoro; l'informazione e consultazione dei lavoratori, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'art. 150; la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro; la lotta contro l'esclusione; la modernizzazione dei regimi di protezione sociale.

Inoltre, l'art. 153, par. 2 richiede l'unanimità in determinate materie, come ad esempio la sicurezza sociale e la protezione sociale dei lavoratori, la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro, la rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro (compresa la gestione), le condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornino legalmente nel territorio della Comunità, i contributi finanziari volti alla promozione dell'occupazione e alla creazione dei posti di lavoro, fatte salve le disposizioni relative al Fondo sociale europeo. Occorre, però, sottolineare come non sia sempre agevole e di facile applicazione questa disposizione quando le materie, regolate da una stessa fonte comunitaria, sono soggette a due diversi regimi di approvazione: si pensi, per esempio, alla direttiva sui congedi parentali approvata a maggioranza, anche se contiene una disposizione sulla risoluzione del contratto di lavoro, materia per la quale è prevista l'approvazione all'unanimità.

In ultimo appare necessario menzionare la possibilità concessa agli Stati membri di affidare alle parti sociali, anche su loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma del par. 2 o, se del caso, una decisione del Consiglio adottata conformemente all'art. 155.

*i regolamenti sono
tesi a uniformare
le legislazioni
nazionali;
le decisioni
regolano situazioni
specifiche*

2.1. Gli atti emanati dall'Unione Europea (regolamenti, direttive e decisioni) dispiegano efficacia nell'ordinamento degli Stati membri in diversa guisa. In particolare, **i regolamenti**, contenenti precetti generali ed astratti, tendono ad uniformare le legislazioni nazionali, mentre **le decisioni** sono riferite a situazioni specifiche. Entrambi gli atti sono direttamente applicabili nei confronti degli Stati e degli individui e prevalgono sulle norme di diritto interno eventualmente difformi.

*le direttive
devono essere
recepite in atti
interni dei Paesi
membri ...*

Le direttive, invece, per l'adozione delle quali sono previste maggioranze diverse, tendono ad armonizzare le legislazioni nazionali dei Paesi membri attraverso la previsione di determinati obiettivi, ma non incidono sulle forme e i mezzi, e la loro trasposizione resta affidata ad atti interni dei Paesi membri. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia² le direttive, anche in mancanza di norme di attuazione, **possono avere efficacia verticale** nei confronti dello Stato e degli Enti pubblici, quando contengano **disposizioni chiare precise ed incondizionate**, ma **non efficacia orizzontale**, ossia nei rapporti tra privati, perché altrimenti avrebbero la stessa efficacia dei regolamenti.

*... hanno efficacia
verticale ma non
orizzontale*

² *Ex multis* Corte giust. CE, 18 gennaio 2001, causa 150/99, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1844.

Nel caso in cui lo Stato non provveda ad attuare la direttiva nei termini stabiliti, il privato cittadino ha diritto al risarcimento del danno da parte dello Stato³, ma ovviamente non può pretendere l'applicazione immediata della direttiva, non attuata, nei rapporti con altri privati, perché, altrimenti, la stessa direttiva avrebbe non solo efficacia verticale ma anche quella orizzontale, propria dei regolamenti.

mancata attuazione delle direttive e diritto del cittadino al risarcimento del danno

Inoltre, la Corte di giustizia ha più volte affermato che il giudice nazionale deve comunque interpretare il diritto interno, quando non vi sia un insanabile contrasto tra disposizioni interne e quelle comunitarie, in conformità al diritto comunitario (c.d. interpretazione conforme)⁴.

interpretazione conforme

3. Anche la Costituzione repubblicana, che già nel suo primo articolo riconosce al lavoro un valore fondante della Repubblica, garantisce ed assicura un sistema di tutele, in particolare retributiva (art. 36) e di sicurezza sociale (art. 38), al lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35), non solo attraverso la mediazione della legge ordinaria e quindi del giudice, ma soprattutto attraverso il riconoscimento e la mediazione dell'autonomia collettiva (art. 39) e dello sciopero (art. 40), elevato a rango di diritto costituzionalmente garantito.

le norme costituzionali in materia di lavoro

La legge costituzionale n. 3 del 2001 ha modificato il titolo V della parte seconda della Costituzione ed in particolare ha sostituito l'art. 117 Cost.

Costituzione e federalismo: l'art. 117 Cost.

Tale articolo rovescia il criterio di ripartizione tra le materie di competenza dello Stato e delle Regioni mediante un elenco analitico delle materie soggette alla legislazione statale o regionale nel rispetto dei principi fondamentali (c.d. legislazione concorrente).

Rientra espressamente nella competenza esclusiva della legislazione statale (comma 2, lett. l) l'ordinamento civile che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale⁵, intervenuta più volte sia pure con riferimento al vecchio testo, si pone come limite alla legislazione regionale e comprende i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione.

Perciò si possono ragionevolmente ritenere inclusi tra i rapporti privati sia la disciplina del rapporto individuale di lavoro, sia il diritto sindacale nella sua dimensione privatistica.

la competenza esclusiva dello Stato in materia di rapporto di lavoro

Alla legislazione concorrente o residuale delle regioni competono invece la disciplina della formazione professionale, la tutela e sicurezza del lavoro, la

³ Cfr. Corte giust. CE, 9 novembre 1991, cause 6/90 e 9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145. *Ex multis* Corte giust. CE, 12 settembre 2006, causa 300/04, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 7. Tale principio è confermato anche da Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147.

⁴ Cfr., da ultimo, Corte giust. UE, 26 novembre 2014, n. 22, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13.

⁵ Sentenze n. 326 e 82 del 1998, n. 307 del 1996, n. 462 e 408 del 1995, n. 441 del 1994; ordinanza n. 243 del 2000. Cfr. anche Cass. 6 novembre 2001, n. 352.

promozione dell'occupazione (servizi per l'impiego, incentivi alle imprese, ecc.) nonché la previdenza complementare ed integrativa e la disciplina delle professioni.

Com'è noto, il 4 dicembre 2016 il referendum costituzionale ha bocciato la riforma costituzionale proposta dal Governo Renzi, che aveva eliminato la competenza regionale concorrente e riservava in via esclusiva alla legge statale le disposizioni generali e comuni in tema di tutela e sicurezza del lavoro, l'ordinamento delle professioni e la previdenza complementare ed integrativa.

*legge, decreti
legge e decreti
legislativi delegati* La legge statale e le fonti ad essa equiparate, e cioè i decreti legge e i decreti legislativi, costituiscono il vero telaio della disciplina del rapporto di lavoro. Basti ricordare la disciplina dell'impiego privato (r.d.l. n. 1825 del 1924), ancora in vigore in alcune sue parti, per non parlare del codice civile che contiene una disciplina organica del rapporto di lavoro, e dello Statuto dei lavoratori che, da un lato, ha introdotto il sindacato in azienda riconoscendo ad esso una serie di diritti e prerogative, e dall'altro, ha innovato sensibilmente la disciplina codicistica del rapporto di lavoro.

gli usi normativi Quanto agli usi, bisogna distinguere gli usi normativi (art. 2078 c.c.), che possono prevalere su norme dispositive di legge, se più favorevoli per il lavoratore, ma non possono modificare la disciplina inderogabile del rapporto individuale di lavoro, dagli usi aziendali che sono usi negoziali (art. 1340 c.c.). Secondo un orientamento per lungo tempo accolto dalla giurisprudenza, gli usi aziendali si concretano nella concessione generalizzata, durevole e costante di trattamenti non previsti da altre fonti e quindi integrano il contenuto del contratto individuale, con l'ulteriore conseguenza che possono essere modificati **solo con il consenso** del lavoratore che ne è il destinatario, e prevalgono anche sulla disciplina collettiva⁶.

*gli usi aziendali
come usi negoziali* Secondo una più recente giurisprudenza condivisa da una parte della dottrina, l'uso aziendale farebbe sorgere in capo al datore di lavoro un obbligo unilaterale di carattere collettivo produttivo di effetti giuridici sui singoli rapporti individuali di lavoro "allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale"⁷, **sicché per la sua modifica o soppressione potrebbe risultare sufficiente un accordo con il sindacato**⁸.

*la modifica
degli usi*

le fonti del rapporto di lavoro: il contratto individuale, il contratto collettivo e la legge

4. Un discorso sulle fonti di produzione non sarebbe esaustivo e soprattutto non sarebbe realistico se non fosse accompagnato da un'ulteriore osservazione, e cioè che il rapporto di lavoro è regolato da un triplice ordine di fonti, **ovviamente intese in senso non formale**, costituite dalle norme di legge, dalle clausole del contratto collettivo e dalle clausole del contratto individuale.

⁶ Cass., Sez. Un., 30 marzo 1994, n. 3134; Cass., Sez. Un., 17 marzo 1995, n. 3101; Cass. 17 maggio 2002, n. 7200, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2621.

⁷ Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2007, n. 26107, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1220; Cass. 27 maggio 2008, n. 13816.

⁸ Cass. 10 marzo 2005, n. 5320, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 659.

Lo spazio maggiore è occupato dalle disposizioni inderogabili di legge e dalle clausole inderogabili del contratto collettivo che assolvono ad una funzione di integrazione, specificazione e miglioramento delle tutele previste dalla legge, anche attraverso la previsione e il riconoscimento di diritti di origine esclusivamente collettiva. E tuttavia non si può fare a meno di rilevare la tendenza più recente del legislatore di riconoscere al contratto collettivo una funzione derogatoria *in pejus* delle stesse disposizioni imperative della legge.

Ciò non significa che non residui spazio per l'autonomia individuale rilevante nel momento costitutivo del rapporto di lavoro, se non altro per la libertà riconosciuta al lavoratore di accettare o rifiutare la proposta di assunzione del datore di lavoro e, in ogni caso, di scegliere altre forme di impiego della manodopera (contratto a tempo determinato, a tempo parziale, ecc.), ma soprattutto nella fase di svolgimento del rapporto, quando le parti, datore di lavoro e singolo lavoratore, possono pattuire trattamenti più favorevoli di quelli previsti dal contratto collettivo (v. *infra*, analiticamente, cap. 9).

limitazione dello spazio del contratto individuale

Da quanto si è detto emerge che il contratto collettivo rimane pur sempre atto di autonomia privata ed espressione della libertà sindacale (art. 39, comma 1, Cost.), ma opera in modo non diverso dalla legge, anche se in posizione ad essa sottordinata, e con efficacia soggettivamente limitata, per la mancata attuazione dell'art. 39, comma 4, Cost.

Occorre, tuttavia, sottolineare che numerose disposizioni legislative emanate a partire dalla seconda metà degli anni '70 hanno ampliato notevolmente le competenze del contratto collettivo. Queste norme attribuiscono ai contratti collettivi (spesso selezionati sulla base della rappresentatività dei sindacati firmatari) una funzione integrativa o di completamento del dettato legislativo ovvero riconoscono agli stessi contratti il potere di derogare disposizioni legali non modificabili per mezzo di accordi individuali.

la funzione integrativa e derogatoria dei contratti collettivi

È stato talvolta obiettato che tali rinvii sarebbero in contrasto con l'art. 39 Cost., in quanto i loro contenuti sarebbero applicabili anche ai non iscritti ai sindacati stipulanti pur in assenza di una legge di attuazione dell'art. 39, comma 4, Cost., che prevede l'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo. Ma la Corte costituzionale ha sempre respinto, suscitando qualche critica, tali eccezioni di incostituzionalità, replicando che tali contratti **assolvono una funzione regolamentare delegata dalla legge e, in alcuni casi (v. art. 8, d.l. n. 138 del 2011 e art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015), anche derogatoria**. E pertanto dalla legge, e non dall'accordo sindacale, scaturisce l'obbligo del datore di lavoro di conformare i propri comportamenti alle previsioni dei contratti collettivi⁹. Tra le fonti *extra ordinem* meritano una menzione particolare gli accordi triangolari di **concertazione** tra le confederazioni maggiormente rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro e il Governo ormai

la funzione regolamentare delegata

⁹Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2307; Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3833; Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 289.