

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

“IL DIRITTO DELL’IMPRESA”

CURRICULUM: DIRITTO DEL LAVORO – CICLO XXVI°

IUS/07

I LIMITI ALLA DEROGABILITÀ DELLE NORME SUL RAPPORTO DI LAVORO

*Dal principio di inderogabilità all’articolo 8 del decreto legge
n. 138/2011, convertito con modificazioni in legge n. 148/2011.*

Dottorando: Dott. Filippo Lattanzio

Tutor: Prof.ssa Maria Teresa Carinci

Coordinatore: Prof.ssa Gigliola di Renzo Villata

Anno Accademico 2013

INDICE

Introduzione: oggetto e finalità della ricerca.....	iii
---	-----

CAPITOLO I

L'INDEROGABILITÀ DELLA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO. IL FONDAMENTO TEORICO E DOGMATICO DEL PRINCIPIO DI INDEROGABILITÀ DELLE NORME SUL RAPPORTO DI LAVORO.

1. La disciplina inderogabile. Categorie e paradigmi del diritto del lavoro 'classico'.	1
2. Il fondamento teorico e dogmatico dell'inderogabilità del diritto del lavoro.....	10
2.1 La nozione di 'norma inderogabile' nel diritto del lavoro.....	10
2.2 Inderogabilità <i>in peius</i> e derogabilità <i>in melius</i> della disciplina lavoristica.....	21
2.3 La <i>ratio</i> dell'inderogabilità del diritto del lavoro: tra istanze di protezione e regolazione della concorrenza.....	29

CAPITOLO II

DALL'AFFERMAZIONE DELL'INDEROGABILITÀ... AL SUO SUPERAMENTO?

SEZIONE I – IL PERCORSO STORICO DI AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI INDEROGABILITÀ NELL'ORDINAMENTO POSITIVO ITALIANO.

1. Dalla legislazione sociale alla giurisprudenza dei <i>probiviri</i> : la nascita del diritto del lavoro inderogabile.	42
1.1. La 'questione sociale' e la 'legislazione sociale'.	43
1.2. La nascita del movimento operaio e le prime manifestazioni dell'autonomia collettiva: il concordato di tariffa.	60
1.3. La magistratura dei <i>probiviri</i>	68
2. L'ordinamento corporativo e l'inderogabilità del contratto collettivo corporativo.	78
3. Le prime affermazioni compiute dell'inderogabilità della disciplina legale del rapporto di lavoro: l'art. 8, r.d.l. n. 692/1923 e l'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924.	88
4. L'inderogabilità nella legislazione del lavoro post-costituzionale.	95

SEZIONE II – I MECCANISMI DI FUNZIONAMENTO DELLA NORMA INDEROGABILE.

5. Nullità parziale e sostituzione automatica di clausole.	110
6. L'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune.	136

7. Inderogabilità della disciplina e indisponibilità (relativa) dei diritti: cenni.	148
--	-----

SEZIONE III – LA “CRISI” DELL’INDEROGABILITÀ TRA PROPOSTE E RIFORME. VERSO
UN NUOVO ASSETTO DELLE FONTI DEL RAPPORTO DI LAVORO?

8. Dalla legislazione dell’emergenza alla stagione della flessibilità: il diritto del lavoro tra sovranità e globalizzazione.	158
9. Dalla «contrattazione delegata» alla «autonomia individuale assistita»: «crisi» e «critica» dell’inderogabilità.	175
10. Il «fatto nuovo» del diritto del lavoro del nuovo millennio: l’art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modificazioni in l. n. 148/2011.	190
11. L’assetto delle fonti del diritto del lavoro italiano.	212

CAPITOLO III

I LIMITI ALLA DEROGABILITÀ DELLA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DA PARTE DELLA CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ.

SEZIONE I – OGGETTO E METODO DELLA RICERCA

1. Ambiti, finalità e limiti della contrattazione di prossimità in deroga alla legge: un primo inquadramento.	255
2. [segue] I limiti alle deroghe della contrattazione di prossimità: una questione di metodo (nell’interpretazione e nella ricerca).	294

SEZIONE II – AMBITO E LIMITI DELLE DEROGHE

3. Gli impianti audiovisivi e l’introduzione di nuove tecnologie: il controllo a distanza della prestazione di lavoro.	301
4. Mansioni, classificazione e inquadramento del personale.	308
5. I contratti a termine.	319
6. I contratti di lavoro a orario ridotto, modulato e flessibile.	330
7. Il regime della solidarietà negli appalti.	337
8. I casi di ricorso alla somministrazione di lavoro.	343
9. La disciplina dell’orario di lavoro.	349
10. Le modalità di assunzione (e la disciplina del rapporto di lavoro).	355
11. Le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.	358
Conclusioni.	374
Bibliografia.	378

Introduzione: oggetto e finalità della ricerca.

«Nel diritto del lavoro ... il ricorso allo strumento dell'inderogabilità – lungi dal connettersi ad una vicenda evolutiva – trova giustificazione nelle stesse caratteristiche genetiche ovvero appare coesistente al suo stesso porsi. Sin nella sua origine storica (e nella sua essenza più profonda) l'ordinamento del lavoro rivela, infatti, la propria vocazione a contrapporsi al principio della libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata»¹.

«Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le *specifiche intese* di cui al comma 1 – ovvero «i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011» – operano *anche in deroga* alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro»².

¹ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 46.

² Art. 8 comma 2-*bis* d. l. n. 138/2011, conv. con modificazioni in l. n. 148/2011. Ai sensi del precedente comma 2 della disposizione, le specifiche intese sopra citate possono riguardare «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: *a*) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; *b*) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; *c*) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; *d*) alla disciplina dell'orario di lavoro; *e*) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

Sono trascorsi trentacinque anni dalla pubblicazione dello studio di Raffaele De Luca Tamajo sul principio di inderogabilità della norma lavoristica all'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 8 del d. l. n. 138/2011. Il cambiamento di prospettiva tra quella ormai celebre affermazione delle ragioni storiche dell'inderogabilità della norma lavoristica, «coessenziale» alla funzione stessa del diritto del lavoro, e i contenuti dell'art. 8, che individua nella contrattazione di prossimità il nuovo baricentro della regolamentazione dei rapporti di lavoro, appare radicale.

Ma quali sono, concretamente, i limiti alla facoltà di deroga alla legge che l'art. 8 assegna alla contrattazione di prossimità? In funzione di quali interessi si è determinato questo sovvertimento delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro? E soprattutto, l'art. 8 ha davvero 'consegnato alla storia' il principio di inderogabilità della norma lavoristica nell'ordinamento italiano, oppure la norma inderogabile, pur 'aggiornata' nei contenuti, rappresenta ancora uno strumento imprescindibile nella disciplina dei rapporti di lavoro, anche in considerazione delle esigenze di giustizia contrattuale che sottostanno alla prestazione di lavoro?

Il presente studio si propone di rispondere principalmente a questi interrogativi, partendo dalla considerazione preliminare che l'alternativa derogabilità/inderogabilità oggi rappresenta, anzitutto, una questione aperta. Se è vero infatti che l'art. 8 incarna il riconoscimento normativo ormai compiuto di una tendenza, già in atto da diversi anni, verso l'aziendalizzazione dei rapporti di lavoro³, è pur vero che, ad oltre due anni dall'introduzione della norma, il dibattito sull'opportunità dell'intervento legislativo, e, prima ancora, sulla sua stessa legittimità costituzionale, risulta quanto mai acceso. E, oltretutto, ancora relativamente poco numerosi risultano i casi, resi pubblici, di accordi di prossimità,

³ Cfr., su tutti, E. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – n. 134/2011; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012.

derogatori delle disposizioni di legge e delle previsioni dei contratti collettivi nazionali, stipulati ai sensi dell'art. 8⁴.

Date queste premesse, il presente lavoro intende muovere dall'esame del principio di inderogabilità della norma lavoristica, che ha costituito, almeno sino all'estate del 2011, un indiscusso paradigma, sul piano positivo, del nostro diritto del lavoro. Per quanto questo principio sia stato ormai ampiamente indagato dalla dottrina giuslavoristica, si ritiene che l'esame delle ragioni storiche che hanno motivato, sino al recente passato, l'opzione verso la generale inderogabilità della disciplina eteronoma possa fornire qualche utile indicazione sia nella *comprensione* della tendenza in atto, verso una marcata derogabilità della disciplina legale, sia nella *valutazione* di questo nuovo approccio.

L'obiettivo della presente ricerca è infatti duplice.

Da un lato, in una prospettiva *de iure condito*, si intendono evidenziare, nello specifico, i contenuti normativi della novella legislativa e le sue immediate implicazioni su quella parte della disciplina lavoristica interessata dai possibili interventi derogatori della contrattazione di prossimità, individuando quindi i concreti limiti alla derogabilità della disciplina vigente che gli accordi di prossimità dovranno comunque rispettare⁵. Posto che la norma risulta, ad oggi, più discussa che applicata, e nemmeno si possono escludere interventi censori da parte della Corte Costituzionale, è tuttavia indiscutibile che l'art. 8 rappresenti una risposta del legislatore italiano a pressanti istanze di 'individualizzazione' – o 'aziendalizzazione' – della disciplina del rapporto di lavoro, provenienti non solo dal mondo imprenditoriale, ma anche da alcuni settori della dottrina giuslavoristica e dalle stesse

⁴ Dell'uno e dell'altro aspetto si darà ampio conto nel paragrafo 10 del Capitolo II e in tutto il Capitolo III del presente lavoro.

⁵ Desunti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione Europea e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, ovvero le fonti sovraordinate alla legge dello Stato che l'art. 8, con una precisazione forse superflua alla luce del ben più pregnante richiamo operato dall'art. 117 Cost., individua come limite invalicabile dalle deroghe contrattuali.

istituzioni comunitarie⁶. Dunque, anche qualora l'art. 8 fosse oggetto di interventi totalmente o parzialmente abrogativi, ad opera del legislatore o del giudice delle leggi, le istanze che ne hanno ispirato l'emanazione potrebbero tradursi in ulteriori disposizioni del medesimo segno. Occorre perciò domandarsi, ponendosi nell'ottica del legislatore, rispetto a quali interessi e a quali obiettivi una disposizione come l'art. 8 risulti funzionale, mentre non lo sarebbe più la norma di legge inderogabile. L'approfondimento di questi aspetti aprirà inevitabilmente la strada ad una ulteriore digressione, in una prospettiva più marcatamente valutativa, sull'opportunità della scelta di assecondare quelle istanze di aziendalizzazione del diritto del lavoro che l'art. 8 sembra avere accolto.

La struttura del lavoro risulta funzionale agli obiettivi sopra delineati.

Nel Capitolo I, una volta delineata la nozione di norma inderogabile, come tratteggiata dalla dottrina civilistica e dalla teoria generale del diritto, si indagheranno le ragioni dogmatiche di questo principio, ovvero gli interessi la cui protezione ha costituito – *e costituisce tuttora* – la funzione preminente della norma inderogabile. Se è vero infatti che la regolamentazione legale del rapporto giuridico di lavoro non può prescindere da una valutazione tutta politica del contingente e mutevole substrato economico della prestazione di lavoro, non pare possa revocarsi in dubbio l'influenza sulla disciplina legale del rapporto esercitata da quella situazione di squilibrio di forza negoziale e di “potere di fatto” tra le parti del contratto individuale, che ha dato l'impulso originario all'intervento del legislatore nella materia dei rapporti di lavoro, segnandone la *ratio*.

Il Capitolo II, articolato in tre sezioni, intende invece esaminare, da una prospettiva storica, il percorso di affermazione – *prima* – e di tendenziale allentamento – *poi* – della normativa inderogabile. Nella prima sezione del Capitolo si procederà ad un esame, per quanto necessariamente sommario, del percorso storico

⁶ Paradigmatica risulta in tal senso la vicenda FIAT, conclusasi con l'uscita della multinazionale torinese da Confindustria.

di affermazione del principio di inderogabilità, dalla nascita del diritto del lavoro italiano, con la legislazione sociale degli ultimi due decenni dell'Ottocento, sino ad arrivare alla stagione della c.d. flessibilità contrattata. Se è vero infatti, che *tendenzialmente* la limitazione dell'autonomia individuale operata dalla norma di legge inderogabile risponde *sempre*, in ultima istanza, alle esigenze di protezione di una parte del rapporto, pare però opportuno domandarsi se, oltre a questa finalità ricorrente nel tempo, l'intervento dell'ordinamento in materia di rapporti di lavoro non sia stato forse ispirato anche ad altri obiettivi e interessi generali.

Posto che l'inderogabilità della norma di legge costituisce anzitutto una tecnica di regolamentazione dei rapporti tra privati basata sul rapporto di preminenza della fonte eteronoma rispetto ai prodotti dell'autonomia individuale, nella seconda sezione del Capitolo si analizzeranno quindi gli strumenti tecnici di funzionamento della norma inderogabile, in gran parte comuni al diritto civile, senza dimenticare le profonde interconnessioni tra l'inderogabilità della norma lavoristica e l'indisponibilità dei diritti da essa garantiti, profilo che costituisce un distinto capitolo del diritto del lavoro.

Nella terza ed ultima sezione del Capitolo si intende invece tematizzare l'alternativa derogabilità/inderogabilità della disciplina lavoristica, presentando, per sommi capi, il dibattito sorto all'interno della dottrina, almeno a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, a proposito dell'opportunità di modificare, più o meno profondamente, l'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro, assegnando un ruolo di maggiore risalto all'autonomia individuale; non senza tratteggiare, ovviamente, il percorso di progressivo "decentramento" delle fonti lavoristiche di cui l'art. 8 rappresenta il punto di arrivo. Infine, una volta tematizzate la "crisi" – vera o presunta – e la "critica" – questa certamente palesatasi – dell'inderogabilità della norma lavoristica, tacciata di eccessiva rigidità, nell'ultima parte del Capitolo II l'attenzione verrà incentrata proprio sui contenuti dell'art. 8. Segnatamente, si tratteranno i profili di diretta rilevanza "sindacale" della norma, il nuovo assetto delle

fonti di disciplina del rapporto di lavoro delineatosi dopo l'emanazione della disposizione, le censure di illegittimità costituzionale già rivolte verso questa disposizione.

Nel Capitolo III, articolato in due sezioni, si proporrà anzitutto un approfondimento delle condizioni, delle finalità e dei limiti alla facoltà di deroga alla legge riconosciuta dall'art. 8 alla contrattazione di prossimità. Nella seconda sezione del Capitolo, si cercheranno di individuare, materia per materia, i limiti invalicabili da parte delle possibili deroghe, sviluppando un confronto tra la disciplina legale vigente degli istituti richiamati dall'art. 8 ed i contenuti precettivi delle fonti, sovraordinate alla legge ordinaria⁷, a cui i contratti di prossimità dovranno conformarsi. Anche qualora l'art. 8 venisse abrogato o dichiarato costituzionalmente illegittimo (in tutto o in parte), si ritiene che questa ricerca potrebbe comunque servire ad evidenziare i contenuti minimi di protezione della prestazione di lavoro, costituzionalmente imposti, e quindi invalicabili dall'autonomia privata di qualsiasi livello.

Il diritto del lavoro conosce diverse linee di tendenza tra loro non omogenee, come tendenzialmente confliggenti sono gli interessi delle parti del contratto che esso regola, ed è assodato che l'art. 8 segni una direzione diametralmente opposta a quella impressa dal diritto del lavoro 'classico', di cui l'inderogabilità era un corollario. Ciò posto, si ritiene che la precisazione dei contenuti e del significato del principio di inderogabilità, possa contribuire a migliorare la comprensione dei cambiamenti in atto.

Si precisa infine che l'ambito della presente trattazione si è voluto circoscrivere – se così si può dire – alla disciplina del lavoro privato; nella consapevolezza che le tecniche regolatorie del lavoro reso alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni obbediscano a logiche ed esigenze in parte diverse.

⁷ Segnatamente, la Costituzione, il diritto dell'Unione Europea e le convenzioni internazionali.

CAPITOLO PRIMO

L'INDEROGABILITÀ DELLA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO.

IL FONDAMENTO TEORICO E DOGMATICO DEL PRINCIPIO DI INDEROGABILITÀ DELLE NORME SUL RAPPORTO DI LAVORO.

Sommario: 1. La disciplina inderogabile. Categorie e paradigmi del diritto del lavoro 'classico'. 2. Il fondamento teorico e dogmatico dell'inderogabilità del diritto del lavoro. 2.1 La nozione di 'norma inderogabile' nel diritto del lavoro. 2.2 Inderogabilità *in peius* e derogabilità *in melius* della disciplina lavoristica. 2.3 La *ratio* dell'inderogabilità del diritto del lavoro: tra istanze di protezione e regolazione della concorrenza.

1. La disciplina inderogabile. Categorie e paradigmi del diritto del lavoro 'classico'.

Volendo scomporre l'ordinamento normativo in tanti microsistemi quanti sono gli aspetti della vita e delle relazioni sociali dei quali il diritto si occupa, il diritto del lavoro può essere definito, molto genericamente, come l'insieme delle norme che regolano la prestazione di attività a favore di terzi, resa attraverso il prevalente impiego delle energie, fisiche e intellettuali, della persona del prestatore.

Per quanto le reciproche inferenze tra le diverse discipline giuridiche finiscano per ridurre grandemente l'importanza pratica della suddivisione in comparti dell'ordinamento¹ – operazione che mantiene invece una sicura utilità sotto il profilo dell'indagine scientifica –, il coinvolgimento diretto della persona del lavoratore nell'esecuzione della prestazione costituisce un connotato del tutto peculiare di

¹ Tradizionale è la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, talvolta argomentata a partire dall'interesse immediato riconosciuto dalle norme dell'uno e dell'altro comparto. Trattandosi di un tema che esula grandemente dall'oggetto del presente lavoro, si rimanda a S. PUGLIATTI, (voce) *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 696 ss.

quello scambio corrispettivo tra energie e retribuzione, che rappresenta l'oggetto delle disposizioni convenzionalmente assegnate al "diritto del lavoro"².

Posto che l'oggetto di questo corpo normativo è costituito da un contratto³, regolante lo scambio tra una prestazione personale di lavoro ed una

² L'implicazione diretta della *persona* del lavoratore nell'adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto di lavoro, ha rappresentato un elemento di fecondo sviluppo, ma anche una fonte di qualche difficoltà, nella fase iniziale della elaborazione sistematica del contratto di lavoro: si trattava infatti di conciliare l'inserimento in un rapporto obbligatorio di una prestazione di un'energia, per lo più di natura fisica, proveniente direttamente dal corpo del lavoratore, con il principio, universalmente riconosciuto, di libertà dell'individuo, tale per cui la persona umana non può essere degradata a mero oggetto di un contratto. Fu così proposto l'inquadramento del contratto di lavoro all'interno della vendita, una costruzione funzionale a "circoscrivere" l'oggetto dello scambio alle energie ormai distaccate dal corpo del lavoratore, cfr. F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *RDComm*, XI, 1913, p. 384 ss. Come è noto, questa elaborazione teorica sarà abbandonata, a favore dell'inserimento del contratto di lavoro all'interno dello schema della locazione, proposto da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società Editrice Libreria, Milano, 1915-1917, II° ed., v. in particolare pp. 1-19 e pp. 440-593. Il coinvolgimento diretto della persona del lavoratore resta in ogni caso un aspetto doppiamente rilevante del contratto di lavoro, occorrendo da un lato assicurare l'incolumità della persona che si adopera nell'adempimento dell'obbligazione, e dall'altro garantire che dallo scambio corrispettivo il prestatore tragga i mezzi del proprio sostentamento. Proprio per queste ragioni, secondo la dottrina il diritto del lavoro assume autonoma rilevanza rispetto al diritto comune dei contratti e sfugge a quella rigida partizione dell'ordinamento giuridico tra diritto pubblico e diritto privato sopra ricordata: cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, XXXIII° ed., Jovene, Napoli, 1983, p. 13. In realtà, le esigenze di protezione della persona impiegata nella prestazione di lavoro, già affermate da molte disposizioni costituzionali, verranno pienamente riconosciute e tradotte in norme di legge solamente nello Statuto dei lavoratori, destinato a segnare una fase nuova del diritto del lavoro italiano: cfr. M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 92-93. La successiva legislazione anti-discriminatoria, grandemente implementata su impulso del diritto comunitario, sembra rappresentare l'ultima tappa di questo processo di riscossione ed "elevazione" della persona dal contratto di scambio. Tra gli studiosi della materia il tema dei diritti della persona coinvolti nel contratto di lavoro è stato oggetto di costante aggiornamento, particolarmente nei momenti storici in cui la disciplina del lavoro ha subito consistenti sviluppi nella direzione di una maggior protezione del lavoratore o, al contrario, torsioni tali di rimettere in discussione in modo significativo i livelli di tutela raggiunti nella fase precedente. Tra i contributi più significativi in materia può rinviarsi a M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro, riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 309 ss.; L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971; A. PERULLI, *Globalizzazione, governance e diritti sociali*, in AA. VV., *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Vita & Pensiero, Milano, 2006, p. 3 ss.; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 311 ss.; S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 56 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 855 ss.

³ Sebbene in passato si sia sviluppata una corrente di pensiero volta a revocare in dubbio il fondamento negoziale del rapporto, cfr. F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, V° ed., Jovene, Napoli, 2000, p. 10, e ID., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 379 ss., la natura contrattuale del rapporto di lavoro pare rappresentare un dato ormai acquisito nella dottrina lavoristica. Cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJA-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro*, vol. II, VII° ed., Utet, Torino, 2011, p. 67; M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 138; M. ROCCELLA, *Manuale di Diritto del Lavoro*, IV° ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 114 ss.; E. GHERA,

controprestazione di carattere patrimoniale, l'autonomia del diritto del lavoro rispetto al diritto comune dei contratti non si identifica soltanto nell'oggetto della regolamentazione, sicuramente dotato, peraltro, di intrinseca rilevanza sociale ed economica. L'autonomia del diritto del lavoro, che costituisce al contempo anche la sua "devianza" rispetto al diritto civile, è storicamente individuata, piuttosto, nella sua spiccata «vocazione a contrapporsi al principio di libertà contrattuale» – basilare assunto del diritto civile – ed a «sottrarre gli interessi del lavoratore» – contraente debole – «al libero gioco dell'autonomia privata»⁴.

Per quali ragioni, dunque, l'intervento dello Stato sui contenuti del contratto di lavoro assume un carattere tendenzialmente più restrittivo che in altri tipi negoziali? Secondo una ricostruzione ormai consolidata, le motivazioni che ispirano questo intervento limitativo della libertà negoziale sono da ricercare anzitutto nello squilibrio di potere contrattuale dei contraenti, che dà vita ad un rapporto giuridico dai contenuti a sua volta squilibrati⁵. Ora, se il contratto è e resta la fonte dell'obbligazione, il riconoscimento dei suoi effetti giuridici da parte dell'ordinamento non può che essere condizionato al rispetto, da parte di quell'accordo, dei diritti irrinunciabili della persona che l'ordinamento stesso ha

Diritto del Lavoro, XVI° ed., Cacucci, Bari, 2006, p. 61 ss.; M. GRANDI, (voce) *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1985, p. 313; P. TOSI-F. LUNARDON, (voce) *Lavoro (contratto di)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1993, p. 140; S. MAGRINI, (voce) *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 369. Comune, peraltro, è l'osservazione secondo cui il contratto di lavoro incontra limiti più penetranti da parte della legislazione rispetto ad altri contratti tipici, per le ragioni che saranno analizzate nello sviluppo del presente lavoro.

⁴ Così, letteralmente, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 46. Nell'ambito delle relazioni di scambio lavoro-retribuzione il contratto, insomma, «crea l'obbligazione ma non la governa»: L. MENGONI, *Diritto civile*, in L. MENGONI-A. PROTO PISANI-A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, I, p. 7 ss. La natura eminentemente contrattuale del rapporto non impedisce infatti l'introduzione di penetranti limiti legali al contenuto dello scambio negoziale.

⁵ Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, relazione svolta al X° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Udine nei giorni 10-12 maggio 1991, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 490 ss.

assunto a suoi principi costituzionali⁶; in caso contrario, l'ordinamento dovrà intervenire vietando quello scambio, oppure modificandone imperativamente i contenuti. In altre parole, se l'autonomia privata trova pieno diritto di cittadinanza *anche* in materia di rapporti di lavoro, alla libertà negoziale lo Stato dovrà porre un limite tutte le volte e nella misura in cui il libero scambio, "voluto" dalle parti, si traduca in una ingiusta compressione dei diritti fondamentali della persona che l'ordinamento ha assunto a valori guida della propria legislazione⁷. Ed anzi, l'assunzione di questi diritti personali intangibili a principi di rango costituzionale, in una con il diretto coinvolgimento della persona nell'esecuzione della prestazione di lavoro, conferisce all'intervento eteronomo un carattere di assoluta urgenza⁸.

Peraltro, in tempi più recenti si è iniziato a discutere se l'attuale contesto nazionale ed europeo, segnato sul piano economico da un lento ma inesorabile declino, favorito dalla fuga delle imprese e dei capitali verso i nuovi paradisi fiscali e lavoristici, controbilanciato sul piano politico-sociale da una crescente sensibilità verso i diritti della persona, testimoniata dallo sviluppo della legislazione anti-discriminatoria e dalla valorizzazione di nuove posizioni giuridiche legate alla sfera individuale, non giustifichi un ri-orientamento dell'intervento protettivo dello Stato

⁶ Il riferimento immediato va alle disposizioni contenute nel Titolo III, *Rapporti economici*, della Costituzione, in particolare gli artt. 35, 36, 37, 38, contenenti (anche) norme di immediata precettività che la dottrina riferisce generalmente ad un particolare *tipo* di contratto di lavoro, il lavoro subordinato. Ma, prima ancora, ai principi fondamentali affermati nei primi articoli della Costituzione (in particolare, gli artt. 2, 3, 4). L'incidenza delle disposizioni costituzionali sulla normativa lavoristica sarà oggetto di specifico approfondimento nel paragrafo 4 del prossimo Capitolo al quale si rimanda.

⁷ Potrebbe parlarsi di "inidoneità" dello strumento negoziale a porsi come autonoma ed esclusiva fonte di regolamentazione dei rapporti giuridici afferenti le prestazioni di lavoro; ma forse, per non incorrere in fraintendimenti sulla natura genuinamente contrattuale del rapporto di lavoro, è più corretto evidenziare la distinzione tra il momento "genetico" della stipulazione del contratto, in cui la libertà negoziale di "scelta" dell'altro contraente è pressochè assoluta nel nostro ordinamento, dopo la caduta del regime vincolistico delle assunzioni, e il contenuto / oggetto del contratto, dove penetranti sono invece le limitazioni imposte dalla legge, in ragione dello squilibrio di potere tra i due contraenti. Cfr. L. MENGONI, *Diritto civile, cit.*, p. 7 ss.

⁸ Ma vedi *infra*, paragrafo 2.3, a proposito della *ratio* dell'inderogabilità della disciplina eteronoma del rapporto.

dal *lavoratore-contraente* al *lavoratore-persona*⁹. Questo processo, che molta dottrina intravede come già in atto nel nostro ordinamento, potrebbe comportare – come di fatto sta già comportando – un profondo cambiamento sia dei contenuti, sia delle tecniche di regolamentazione legale del rapporto di lavoro. Dopo la ‘questione sociale’ di fine Ottocento, all’attenzione del giuslavorista di inizio millennio sembra porsi, piuttosto, la questione della ‘eccedenza’ di protezione sociale, ovvero della (in)sostenibilità economica dei livelli di tutela del lavoratore nel rapporto e nel mercato.

Se la protezione del lavoratore costituisce comunque, in via di prima approssimazione, la finalità immediata di ogni legislazione del lavoro, o almeno caratterizza storicamente i primi interventi legislativi in materia¹⁰, il ricorso ad una disciplina di carattere cogente, imperativo, ha rappresentato lo strumento tecnico-giuridico più confacente allo scopo: un corpo normativo che si impone alle parti del contratto individuale di lavoro, determinando, in misura più o meno penetrante, i contenuti dello scambio corrispettivo¹¹. Questa particolare e ricorrente tecnica di intervento dello Stato sul contenuto del contratto di lavoro, che assegna il primato alla fonte eteronoma sulla autonomia individuale, viene convenzionalmente indicata nella letteratura giuslavoristica con il sostantivo *inderogabilità*.

Nel corso di questo lavoro cercheremo di assegnare un referente tecnico-giuridico più preciso a questa espressione. Dobbiamo sin da ora puntualizzare però,

⁹ Cfr. in particolare A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 185 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.

¹⁰ Questo è un dato ricorrente in tutte le legislazioni nazionali introdotte in Europa in corrispondenza della rivoluzione industriale. Cfr., *ex multis*, R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 227 ss.; A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 183 ss.; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994. Vedi *amplius* il paragrafo 1 del prossimo Capitolo.

¹¹ A ben vedere, nel nostro ordinamento le prime disorganiche disposizioni di legge riguardanti i rapporti di lavoro furono concepite come un corpo normativo *estraneo* al contratto di lavoro, destinato ad operare a margine dello scambio negoziale determinato dalle parti, al solo scopo di vietare quelle forme più gravi di sfruttamento di alcune categorie di lavoratori, particolarmente deboli. Ma vedi *infra*.

come nella letteratura giuslavoristica il termine “inderogabilità” venga ad assumere significati diversi, a seconda del contesto e del referente normativo sotteso dall’interprete. Più precisamente, il senso dell’espressione “inderogabilità” muta profondamente a seconda che venga utilizzata con riferimento alla singola norma o piuttosto all’intero *corpus* normativo, nell’ambito di una lettura *de iure condito* di alcuni istituti o piuttosto nel contesto di un ragionamento di portata generale, sconfinante nella politica del diritto, dunque in una prospettiva *de iure condendo*¹². Possono quindi evidenziarsi almeno tre distinte accezioni che il sostantivo *inderogabilità* assume nella letteratura lavoristica.

In un primo senso, più tecnico, con *inderogabilità* si allude al *regime giuridico* proprio della norma lavoristica, ovvero della maggior parte delle disposizioni del diritto del lavoro, che sono dotate, per l’appunto, di efficacia invalidante rispetto a previsioni difformi dell’autonomia negoziale. L’espressione *inderogabilità* individua quindi un preciso attributo della norma giuridica, ovvero allude ad un rapporto di natura gerarchica tra le diverse “fonti” di regolamentazione – formali e materiali – del rapporto di lavoro. In questa prima accezione, l’*inderogabilità della norma* pone allo studioso del diritto del lavoro l’immediata questione delle conseguenze giuridiche del contrasto tra le diverse “fonti” di disciplina del rapporto di lavoro, ovvero dei rimedi che l’ordinamento appresta in caso di “inosservanza” da parte di una “fonte” sotto-ordinata verso una fonte sovra-ordinata. Rimedi che, come si vedrà, sono in gran parte “importati” dal diritto comune dei contratti, e in minor parte elaborati “in proprio” dal *corpus* lavoristico¹³.

¹² Sui diversi “usi” dell’espressione nella letteratura lavoristica può rinviarsi a M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, in particolare p. 1 ss. e p. 130 ss.; ID., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 503 ss.; G. FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, relazione svolta al XIII° Congresso nazionale dell’Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss.

¹³ Il rapporto tra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, il regime di efficacia della norma inderogabile e i rimedi apprestati dall’ordinamento in caso di concorso-conflitto tra fonti di diverso livello saranno trattati nella seconda sezione del prossimo Capitolo.

In senso più ampio, assai meno tecnico, con inderogabilità si allude ad una *caratteristica generale* della disciplina legale del rapporto di lavoro, dal carattere inderogabile, imperativo, che è possibile attribuire con certezza, in base al dato letterale, alla maggior parte delle disposizioni di legge regolanti il rapporto di lavoro, attraverso un ragionamento sillogistico di tipo induttivo si costruisce un principio generale: l'*inderogabilità del diritto del lavoro*. Se l'affermazione del carattere inderogabile (o meglio, unilateralmente inderogabile in senso peggiorativo per il prestatore) della disciplina legale del rapporto di lavoro deve considerarsi assolutamente corretta da un punto di vista meramente descrittivo, l'elevazione dell'inderogabilità "a principio" comporta alcune immediate ricadute sul piano interpretativo: tale operazione apre la strada all'attribuzione, in via presuntiva, del medesimo regime giuridico proprio della norma inderogabile anche a quelle disposizioni che, letteralmente, non sono assistite da sanzioni, invalidanti o di altro tipo, verso atti di autonomia privata di contenuto difforme¹⁴. La presunzione di inderogabilità – si dirà meglio, di *inderogabilità unidirezionale*¹⁵ – delle norme lavoristiche, costituisce in realtà un dato abbastanza acquisito dalla dottrina¹⁶, confermato per di più dalla tendenza del legislatore ad evidenziare a chiare lettere il carattere imperativo delle disposizioni in materia di lavoro. Semmai questa prima "astrazione" dell'inderogabilità, da attributo della singola norma a *principio generale* della materia, costituisce un passaggio critico perchè prepara ad un secondo ulteriore processo ermeneutico, dagli esiti assai meno scontati.

¹⁴ Sui possibili effetti distorsivi di tale presunzione cfr. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 4 ss.

¹⁵ Vedi *infra* paragrafo 2.2.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113. Il Codice Civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 19 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 49; M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 158 ss.; O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 89 s.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 139 ss.

Nella sua terza accezione che è possibile rinvenire nella letteratura lavoristica, l'inderogabilità viene infatti ad assumere un significato più marcatamente *politico*. Partendo dalla osservazione empirica per cui l'inderogabilità costituisce un attributo ricorrente della disciplina legale del rapporto di lavoro, e valutando come altrettanto costanti nel tempo le esigenze di protezione del lavoratore che motivano storicamente l'intervento imperativo dello Stato, si deve allora presumere che, se privata dell'attributo dell'inderogabilità, la disciplina legale sarebbe per definizione *inidonea* a soddisfare quelle esigenze di protezione del lavoratore che costituiscono lo scopo immediato di questa legislazione¹⁷. Così intesa, l'inderogabilità assume la portata di un *valore*, diviene un attributo *imprescindibile* di *ogni* legislazione lavoristica, o – per usare un'espressione quanto mai eloquente – è «il colore della pelle del diritto del lavoro»¹⁸. In questo terzo livello l'inderogabilità non appartiene più alla sfera dell'*essere*, ma alla sfera del *dover essere* del diritto del lavoro: trasfigurata da “tecnica” a “valore”, l'inderogabilità apre immediatamente la strada alla critica serrata verso ogni atto legislativo che attribuisca all'autonomia privata – individuale o collettiva – un potere più o meno ampio di deroga a questa o a quella parte di disciplina legale, *originariamente* inderogabile.

È abbastanza immediato comprendere come nella seconda e soprattutto nella terza accezione, l'inderogabilità si presti alle più varie letture: elevata a principio e valore del diritto del lavoro garantista, quello sviluppatosi soprattutto attraverso la legislazione degli anni Settanta attuativa dei principi costituzionali, che convenzionalmente abbiamo definito nell'intitolazione di questo paragrafo “il diritto

¹⁷ Cfr., su tutti, M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, op. loc. cit.: «A differenza di quanto accade nel Diritto civile, l'inderogabilità è intrinseca alla normazione, nel senso che le ragioni dell'inderogabilità sono le stesse che inducono il legislatore a intervenire ... La legge interviene per riequilibrare i rapporti di potere tra le parti del contratto di lavoro. Certo l'idea del contraente debole non è sempre richiamabile. Ma sarebbe mistificante l'idea di un lavoratore maturo che non ha bisogno di protezione della legge, poichè potrebbe autotutelarsi sul mercato del lavoro».

¹⁸ L'espressione è di R. VOZA, in V. PINTO-R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 471. Ma vedasi anche M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., p. 4 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit.

del lavoro *classico*”, l’inderogabilità smarrisce inevitabilmente il proprio significato tecnico-giuridico e fornisce addirittura un facile argomento alle accuse, mosse al diritto del lavoro, di essere la causa dell’inefficienza economica del mercato del lavoro e, quindi, di produrre effetti esattamente contrari a quelli protettivi voluti¹⁹.

La questione della “eccedenza” della norma inderogabile nel diritto del lavoro, e delle risposte al problema che la dottrina, gli operatori del diritto e, da ultimo, il legislatore, hanno individuato, saranno oggetto di sviluppo nella seconda parte di questa tesi.

Nell’immediato prosieguo del lavoro si cercherà piuttosto di indagare i contenuti, le ragioni e gli strumenti di funzionamento della norma inderogabile, iniziando dalla prima accezione di inderogabilità sopra individuata. L’esistenza di più “concetti” di inderogabilità *nel / del* diritto del lavoro, pare tuttavia già costituire un primo elemento degno di rilievo, e rappresenta in ogni caso la doverosa premessa del ragionamento che si andrà a sviluppare.

Da ultimo, sin da questo primo accostamento al tema dell’inderogabilità, ci sembra opportuno evidenziare come questo particolare attributo della regolamentazione eteronoma del rapporto individuale di lavoro non ricorra solamente nella disciplina legale, ma si rinvenga, con analoga frequenza, anche nella disciplina contrattuale collettiva²⁰. Sebbene il contratto collettivo di diritto comune non costituisca una “fonte” in senso formale del rapporto, e le sue previsioni non possano di conseguenza qualificarsi come “norme” – della cui “derogabilità condizionata” vuole occuparsi questo scritto – sarebbe del tutto fuorviante trattare

¹⁹ Cfr., in particolare, A. ICHINO-P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell’inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 457 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996. Cfr. anche C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit.

²⁰ Cfr., *ex multis*, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, cit., p. 19 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 358 ss.; M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 205 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, IV° ed., Giappichelli, Torino, 2012, p. 260 ss.

dell'inderogabilità della legge senza accennare all'inderogabilità del contratto collettivo. Anche perchè la questione della derogabilità delle “fonti” portata dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, investe tanto la disciplina legale, tanto la disciplina contrattuale collettiva, di livello nazionale; ed anzi, può registrarsi come questa disposizione, cui dedicheremo ampio spazio nella seconda e nella terza parte del lavoro, abbia suscitato sin dai primi commenti le maggiori riserve proprio in ordine all'intervento 'autoritativo' che essa compie sugli assetti interni alla contrattazione.

2. Il fondamento teorico e dogmatico dell'inderogabilità del diritto del lavoro.

Si è avvertito nell'avvio del ragionamento come il termine “inderogabilità” assuma nella letteratura giuslavoristica almeno tre distinte accezioni. In questa sede ci concentreremo essenzialmente sul primo di questi distinti significati, ovvero sulla nozione di “norma inderogabile” rintracciabile nella legislazione lavoristica, proponendo un confronto con la nozione – non necessariamente sovrapponibile – di norma inderogabile elaborata dalla teoria generale del diritto e dalla dottrina civilistica.

Successivamente, si cercherà di indagare il fondamento dogmatico dell'inderogabilità nel diritto del lavoro, dal momento che questo costituisce la premessa dell'elevazione “a principio” di questa tecnica legale di regolamentazione del rapporto.

2.1. La nozione di 'norma inderogabile' nel diritto del lavoro.

Al discorso che si va conducendo sulla nozione di norma inderogabile nell'ordinamento lavoristico, occorre premettere come la dottrina utilizzi per lo più *indifferentemente* gli attributi “inderogabile”, “imperativa”, “congente”, “categorica”, per descrivere il particolare regime giuridico della disciplina legale del

contratto di lavoro (subordinato)²¹, ovvero la posizione di sovraordinazione della norma inderogabile rispetto alla diversa “fonte” – il contratto individuale o il contratto collettivo –, regolante il medesimo rapporto giuridico, con la quale essa debba venire confrontata²². La disciplina eteronoma si impone sul difforme voluto negoziale essenzialmente attraverso quei meccanismi ablativi e sostitutivi, previsti negli artt. 1339 e 1419 comma 2 c.c., di cui tratteremo più approfonditamente in seguito.

Nella letteratura civilistica, invece, i due concetti di imperatività e inderogabilità vengono tenuti solitamente distinti²³, seppure non manchino

²¹ Una precisazione, in realtà abbastanza ovvia, attiene all’ambito di riferimento del tema dell’inderogabilità: la disciplina inderogabile è infatti storicamente connessa alla fattispecie di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c., ovvero alla figura social-tipica di lavoratore, impiegato a tempo pieno e indeterminato nella grande fabbrica fordista, tipizzato dal codice civile del 1942. Noto è il dibattito sorto nella dottrina italiana a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, circa l’opportunità di individuare altri criteri selettivi, da utilizzarsi unitamente o in sostituzione del criterio della eterodeterminazione, in funzione di garantire l’effettività di quei principi costituzionali di solidarietà economica e sociale di cui la disciplina inderogabile del rapporto di lavoro subordinato ha rappresentato la diretta applicazione. Non potendo affrontarsi in una nota un tema di tale spessore, può per ora rinviarsi a M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all’art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359 ss., ed agli ampi riferimenti bibliografici *ivi* indicati. Peraltro, può già rilevarsi come oggi, all’esito della novellazione apportata dal d. lvo. n. 276/2003, istitutivo del lavoro a progetto, ed ancor più dopo la più recente l. n. 92/2012, anche quella fascia del lavoro autonomo più contigua all’area del lavoro dipendente gode di alcune, pur limitate, tutele, assicurate dall’ordinamento attraverso una disciplina di carattere inderogabile.

²² Così C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 346. V. anche R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 18; M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., pp. 106-107; R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 605. Per la verità, in passato anche nella letteratura lavoristica, sulla scorta delle distinzioni prospettate dai civilisti e di cui *infra* alla nt. successiva, era stata proposta una distinzione interna alle norme “non dispositive”, tra «norme imperative», dotate di efficacia meramente invalidante degli atti di contenuto difforme, «norme inderogabili», dotate di forza sostitutiva delle contrarie manifestazioni di autonomia privata ma non anche dell’effetto di conservazione automatica della restante parte del negozio, e «norme sostitutive», che oltre ad operare la sostituzione delle clausole difformi impedirebbero altresì la caducazione dell’intero contratto: V. SIMI, *Il favore dell’ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 114.

²³ Senza pretesa di completezza, si può ricordare la distinzione tra «norme proibitive» e «norme imperative in senso stretto», le prime volte a porre divieti alle parti del negozio (sotto forma ad esempio di limiti di durata, divieti di recesso), le seconde finalizzate ad imporre alle parti un certo regolamento, sia in caso di difformità delle clausole che in caso di mancanza delle stesse: così E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 51 ss.; altra dottrina propone una distinzione tra «norme inderogabili in senso stretto», che designano le modalità attraverso le quali la volontà privata rileva giuridicamente, e «norme imperative», che entrano nell’oggetto nel negozio giuridico, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV° ed., ESI, Napoli, 2009, p. 15 ss.; simile nei contenuti seppure non corrispondente nella terminologia la distinzione,

ricostruzioni volte a sovrapporre, presentandole come fungibili, le due nozioni di inderogabilità e imperatività²⁴.

La scelta di non operare distinzioni interne al “diritto cogente” del contratto di lavoro e di non distinguere, in particolare, tra le nozioni di “norma imperativa” e “norma inderogabile”, viene motivata dai giuslavoristi a partire dalla mancanza di vincoli di carattere legale, che impongano l’utilizzo differenziato delle due espressioni, nonché dall’irrelevanza della distinzione sotto il profilo del regime giuridico delle disposizioni²⁵. Il legislatore ha infatti ommesso di fornire qualsiasi definizione degli aggettivi “inderogabile” e “imperativa” che pure compaiono in numerose disposizioni del codice, in parte collocate nel Titolo II del Libro IV contenente la disciplina generale del contratto (vedasi in particolare gli artt. 1343, 1354, 1418, 1419 comma 2 c.c.), in parte inserite nella disciplina di altri istituti giuridici (ad esempio, l’art. 634 c.c. in materia di disposizioni testamentarie, l’art. 1932 c.c. in tema di assicurazione, l’art. 2113 c.c. in materia di rinunce e transazioni del prestatore di lavoro)²⁶. Può lasciarsi agli storici del diritto la questione se questa omissione abbia rappresentato il frutto di una scelta consapevole, dettata da

teorizzata da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 141 ss., e ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 156 ss., e riproposta da F. DI MARZIO, *Norme imperative*, in *I contratti in generale*, a cura di P. CENDON, vol. VI, *Causa – Oggetto – Motivi – Frode alla legge*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 155 ss., tra «norme genericamente inderogabili», che fissano gli elementi fondamentali degli istituti giuridici, e «norme imperative», finalizzate per risolvere conflitti tra “fonti”, autonome ed eteronome, tra loro confliggenti, regolanti il medesimo rapporto negoziale; tutta interna alle norme imperative è invece la partizione, proposta da F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in AA. VV., *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell’annullabilità del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1998, sub art. 1418, tra «norme proibitive», «norme precettive» e «norme ordinative» (che pongono particolari condizioni alla validità dell’atto); E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma disponibile, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 573 ss., distingue invece tra «norme imperative», espressione dell’ordine pubblico e del buon costume e «norme cogenti», non fondate sull’esigenza di tutela di questi principi fondamentali pubblicistici.

²⁴ Cfr. ad esempio A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII° ed., Giuffrè, Milano, 2004, pp. 18-20; D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di G. LISERRE-G. FLORIDIA, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 14-15.

²⁵ Tale approccio è ampiamente tematizzato da M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 34 ss.

²⁶ Altri esempi sono riportati da M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 32.

insanabili contrasti interni agli stessi redattori del codice del 1942, come alcuna dottrina evince dalla lettura della Relazione al Re di accompagnamento al codice²⁷, oppure se si sia trattato di una lacuna (involontaria). Fatto sta che il legislatore del '42 non ha definito espressamente gli attributi “imperativa” e “inderogabile”, ma ha dettato, agli artt. 1343, 1418 e 1419 comma 2 c.c., una disciplina generale dei negozi giuridici di contenuto patrimoniale contrastanti con una norma imperativa. Di fatto, il concetto di “norma imperativa” o “norma inderogabile” è quindi frutto di un’elaborazione della dottrina che, attraverso un percorso logico cui non fa difetto una certa circolarità²⁸, individua la nozione a partire dagli effetti giuridici, i soli positivizzati nel codice civile²⁹.

²⁷ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, op. cit., p. 20; v. anche A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, p. 3 ss.

²⁸ C. CESTER, *La norma inderogabile*, cit., p. 347 nt. 12.

²⁹ Dal punto di vista applicativo, la mancanza di una definizione positiva di norma imperativa o inderogabile potrebbe ritenersi tutto sommato superabile: al giurista interessa conoscere *gli effetti* del carattere imperativo, cogente o inderogabile che dir si voglia di una disposizione, mentre solo su un piano speculativo o sistematico può rilevare l’esistenza di una qualche nozione generale di norma imperativa. Senonchè, l’assenza di una nozione positiva di norma imperativa rileva anche sul piano direttamente applicativo, nella misura in cui il carattere imperativo o dispositivo di un determinato precetto non venga esplicitato dal legislatore attraverso un rimando alle disposizioni contenenti il regime generale di efficacia della norma imperativa, o altre espressioni del tipo «è nullo ogni patto contrario», «a pena di nullità», «diversi accordi non sono validi» o similari. Quando il tenore letterale non contenga elementi sufficienti per determinare il carattere cogente o derogabile della disposizione, l’effetto invalidante rispetto a difformi accordi negoziali, che costituisce il regime tipico della norma imperativa, non può essere argomentato *ex se*, ma necessita preliminarmente l’accertamento del suo presupposto logico-giuridico, ovvero che la disposizione considerata possa farsi rientrare in quella classe di precetti convenzionalmente definiti come imperativi o inderogabili, per i quali tale regime giuridico è espressamente previsto. Si ricorda infatti che ai sensi dell’art. 1418 comma 1 c.c. «il contratto è *nullo* quando è *contrario a norme imperative*, salvo che la legge non disponga diversamente». La previsione codicistica pone quindi la complessa categoria della c.d. “nullità virtuale” del contratto, per il cui approfondimento si può rimandare, in questa sede, a M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, op. cit., p. 76 ss. ed all’ampia bibliografia sull’argomento *ivi* indicata p. 77 nt. 176.

Anche nella disciplina speciale del rapporto di lavoro non è rinvenibile, a quanto consta, alcuna definizione positiva di “norma imperativa” o “norma inderogabile”. In ambito lavoristico l’importanza della questione risulta peraltro grandemente ridimensionata dalla frequente precisazione letterale del carattere imperativo della disciplina di legge, oltre che dalla generale presunzione di inderogabilità unidirezionale della disciplina legale: all’accertamento della natura inderogabile del precetto può pervenirsi attraverso l’utilizzo di criteri interpretativi letterali/formali, oppure di natura prettamente teleologica: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, op. cit., p. 20, dove l’A. rileva come «la previsione della caratteristica efficacia ... non è sempre testuale, ricadendo sovente sull’interprete l’onere di stabilire il carattere inderogabile o meno di una determinata disposizione di legge mediante l’utilizzazione di svariati criteri distintivi e la rilevazione di connotati analoghi a quelli che contraddistinguono le norme esplicitamente inderogabili. Una siffatta individuazione, per via analogica, può essere innanzitutto realizzata in base ad elementi di carattere estrinseco e formale,

Al fine di meglio precisare questo attributo di inderogabilità tanto ricorrente nelle disposizioni lavoristiche, la dottrina generalmente la approccia a partire dalla comune nozione di norma imperativa proposta dai privatisti: per tale può intendersi, molto genericamente, la norma «destinata a trovare applicazione indipendentemente dal consenso o dal dissenso del/i destinatario/i»³⁰.

Compiendo un ulteriore passo indietro nella definizione dei concetti, è possibile rilevare, peraltro, come la teoria generale del diritto intraveda nell'imperatività (intesa in senso ampio) un attributo proprio di *tutte* le disposizioni normative: in quanto appartenente al linguaggio prescrittivo, ogni disposizione possiede infatti l'attitudine ad esprimere un comando e a dirigere l'attività umana³¹. Tuttavia, la stessa teoria generale del diritto propone una fondamentale distinzione all'interno dei comandi eteronomi, e riconduce la 'norma imperativa' al genere delle 'norme di condotta o regolative'³²: in questa macro-categoria possono distinguersi le 'norme permissive', che attribuiscono mere facoltà di azione, dalle 'norme imperative', che esigono comportamenti attivi od omissivi da parte del destinatario. Dalle 'norme di condotta', indirizzate ad influenzare direttamente i comportamenti umani attraverso divieti, comandi o mere facoltà di azione, vanno distinte le 'norme costitutive o di competenza': queste non prescrivono alcun comportamento attivo od

quali, ad esempio, l'incisivo tono imperativo della norma, l'esistenza di apposita sanzione penale, ecc. ... A risultati più affidanti è possibile pervenire avvalendosi, invece, del criterio fondato sul tipo di interessi tutelati e dei fini perseguiti dalla norma, dal momento che è proprio la peculiare prospettiva teleologica che ne legittima la "cogenza"». Sulla presunzione generale di inderogabilità della norma lavoristica, sorretta dal dato teleologico, cfr. anche M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 139 ss.

³⁰ Letteralmente, M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 12.

³¹ Cfr. in particolare, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 82 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, tomo primo, Giuffrè, Milano, 1998, p. 24; D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, op. cit., p. 11 ss.

³² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 28.

omissivo, ma realizzano direttamente il risultato voluto, ad esempio attribuendo ad un dato fatto un determinato effetto giuridico³³.

La terminologia elaborata dalla teoria generale del diritto mal si presta però ad una immediata trasposizione nel lessico civilistico, dove la nozione di norma imperativa sembra assai più vicina a quella che la teoria generale chiama norma costitutiva. Nel porre una disciplina legale imperativa degli atti di autonomia negoziale, il diritto civile non utilizza tanto frequentemente disposizioni contenenti comandi o divieti di azione³⁴; molto più spesso ricorre invece a norme che dettano direttamente le condizioni di validità e/o di efficacia dell'atto giuridico.

La dottrina evidenzia quindi come la nozione civilistica di norma inderogabile possa forse meglio comprendersi prendendo le mosse dal concetto, speculare, di norma dispositiva o derogabile, con cui si sogliono ricomprendere tutte quelle disposizioni destinate ad applicarsi salvo diversa volontà delle parti o salvo patto contrario, potendo gli interessati sostituire l'assetto di interessi previsto dal precetto legale con un autonomo, e difforme, regolamento negoziale³⁵. La norma dispositiva o derogabile si compone dunque di due indefettibili elementi costitutivi:

³³ R. GUASTINI, *ult. op. cit.*, p. 24. La stessa teoria generale propone peraltro ulteriori sotto-distinzioni all'interno delle suddette categorie, anche se le definizioni proposte sembrano mutare a seconda che l'interprete soglia riferirsi alla norma in generale o alla norma impiegata nel solo diritto privato. Sui diversi usi dell'espressione "norma imperativa" cfr., oltre a R. GUASTINI, *ult. op. cit.*, p. 24 ss. e ID., *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2010, anche N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 105 ss. e ID., *Norma giuridica*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, 1965, p. 330 ss.; G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 209 ss.

³⁴ Lo sono, ad esempio, le disposizioni che impongono al creditore e al debitore della prestazione di comportarsi secondo correttezza – art. 1175 c.c. – o di agire in buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto – art. 1337 c.c.

³⁵ Cfr., *ex multis*, A. TORRENTE-P. SCHELESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 19; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XIII° ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 163-165; D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, op. cit., p. 15; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, II° ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 12. All'interno della categoria delle norme generalmente definite come derogabili, la dottrina civilistica propone poi un'ulteriore sotto-distinzione tra le norme «suppletive» (che intervengono a disciplinare il rapporto solo in mancanza di una espressa pattuizione privata), e le norme propriamente «dispositive» (che prevedono che per espressa volontà delle parti il rapporto possa essere disciplinato in maniera difforme): cfr. ad esempio F. DI MARZIO, *Norme imperative*, cit., p. 156. V. anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma disponibile, norma suppletiva*, cit., p. 595 ss.

α) un precetto o comando eteronomo; β) una norma che attribuisce al destinatario un potere di deroga, che può così sottrarsi al novero dei destinatari del precetto contenuto nella disposizione³⁶. Essa presuppone dunque l'esistenza di un potere – di deroga – attribuito da un'altra norma (che può ricavarsi dalla stessa disposizione, qualora essa faccia salva espressamente la diversa volontà dei contraenti, oppure attraverso un'interpretazione di carattere sistematico, che conduca all'accertamento del carattere dispositivo del precetto), intendendosi per *potere* la possibilità per il soggetto destinatario della disposizione di compiere validamente l'atto giuridico oggetto della previsione normativa³⁷.

Ragionando *a contrario*, la norma imperativa o inderogabile si caratterizza, in negativo, per la carenza in capo al destinatario del potere di sottrarsi alla sua applicazione: il regolamento imposto dalla legge non potrà subire modifiche o amputazioni da parte dei privati contraenti³⁸. Quindi, se il legislatore attribuisce ai destinatari della norma il potere di sottrarsi alla sua applicazione, la disposizione può

³⁶ Così M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 14.

³⁷ Cfr. anche G.U. RESCIGNO, (voce) *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964.

³⁸ Questo "potere di deroga" che caratterizza le norme dispositive in campo privatistico, nel diritto del lavoro assai di rado viene accordato direttamente ai contraenti individuali, se non in senso migliorativo per il prestatore. Quale esempio (discusso) di potere di deroga (peggiorativa) assegnato alle parti individuali, può ricordarsi la facoltà, riconosciuta alle parti del contratto di lavoro subordinato a tempo parziale dall'art. 3 comma 7, d. lvo. n. 61/2000, di stabilire clausole elastiche e flessibili (anche in assenza di previsioni da parte dei contratti collettivi, dopo la novella apportata dall'art. 22 comma 4, l. n. 183/2011), in deroga alla regola generale della fissazione per iscritto della durata, ridotta, e della collocazione oraria della prestazione, stabilita dall'art. 2 comma 2 del medesimo decreto. Più frequente è invece l'attribuzione di una facoltà di deroga – *in peius* – del regolamento legale ai soggetti collettivi, in funzione di mediazione degli interessi collettivi in gioco. Quale esempio classico di facoltà di deroga (anche peggiorativa) della disciplina legale riconosciuta alle parti collettive può ricordarsi l'art. 2120 comma 2 c.c., che consente ai contratti collettivi di derogare al principio della onnicomprensività degli elementi retributivi nella determinazione della base di calcolo del t.f.r. Diveso fenomeno è rappresentato invece dal rinvio operato dalla legge al contratto collettivo in funzione non tanto derogatoria, quanto propriamente integrativa della disciplina legale. Praticamente la gran parte della disciplina vigente dell'orario di lavoro, attualmente contenuta nel d. lvo. n. 66/2003, lascia ai contratti collettivi la determinazione in concreto della durata della prestazione, entro limiti massimi fissati dalla legge. Peraltro, può sin da ora osservarsi come una questione specifica posta dall'applicazione di questi meccanismi di deroga (e rinvio) della legge da parte del contratto collettivo di lavoro attenga al livello contrattuale (nazionale, territoriale o aziendale) e al grado di rappresentatività dei soggetti collettivi a cui la fonte legale conferisce il potere di deroga. E questo costituisce per inciso uno dei problemi posti anche dall'art. 8, d.l. n. 138/2011, su cui ci intratteremo più avanti nel corso di questa trattazione.

dirsi derogabile. Diversamente, l'impossibilità di sottrarsi alla sua applicazione dimostra la natura non dispositiva della norma stessa³⁹.

Intesa quale tecnica di regolamentazione "forte", "cogente" del rapporto di lavoro, tale da non lasciare al destinatario della disposizione legale alcuna facoltà di sottrarsi alla sua applicazione, la norma inderogabile non sembrerebbe necessitare ulteriori approfondimenti concettuali; più meritevoli di interesse parrebbero invece i meccanismi tecnico-giuridici che sottostanno al funzionamento della norma inderogabile, ovvero i rimedi previsti dall'ordinamento in caso di contrasto tra "fonti" di diversa natura incidenti sul medesimo rapporto. Non a caso, nella letteratura lavoristica le questioni definitorie sino a tempi piuttosto recenti non avevano trovato, a quanto consta, particolari sviluppi; ed anzi, come si è visto, largamente diffuso risulta l'utilizzo indifferenziato dei concetti di "inderogabilità" e "imperatività" della disciplina legale. La sistematica ricorrenza del carattere cogente delle disposizioni afferenti il rapporto di lavoro ha piuttosto orientato gli sforzi ricostruttivi della dottrina lavoristica verso la ricerca di un fondamento unitario delle norme inderogabili⁴⁰, quella che suole definirsi la *ratio* dell'inderogabilità della disciplina lavoristica.

Una recente monografia, cui questo studio è largamente debitore⁴¹, ha invece riportato alla ribalta il problema definitorio⁴², al dichiarato fine di verificare se qualcuna delle diverse classificazioni proposte dalla dottrina civilistica potesse risultare funzionale anche alla soluzione delle questioni interpretative poste nello specifico dal diritto del rapporto di lavoro. L'Autore fa propria la prospettiva di quella dottrina civilistica che distingue tra *norme imperative* (che impongono alle

³⁹ Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 82.

⁴⁰ A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto del civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv giur. lav.*, 2008, I, p. 171. E vedi *infra* paragrafo 2.3.

⁴¹ Il riferimento va ovviamente a M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, cit.

⁴² M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, v. in particolare pp. 41-108.

parti del negozio un preciso assetto di interessi, non modificabile), la cui violazione comporta l'*illiceità* del contratto, e *norme ordinarie* (che impongono determinati oneri formali e procedurali per la validità del contratto), la cui inosservanza produce piuttosto l'*illegalità* del contratto⁴³. Posto che le peculiarità e le problematiche interpretative della disciplina lavoristica inderogabile sembrano cogliersi proprio in continuità con la prima delle due categorie normative richiamate, secondo questa ricostruzione il fondamento unitario della nozione di norma imperativa andrebbe ricercato non tanto nella natura, pubblica o generale – come a lungo sostenuto dalla dottrina civilistica⁴⁴ – dell'interesse sottostante, quanto piuttosto nell'*indisponibilità* dell'interesse protetto, che si realizza attraverso l'indisponibilità dei rimedi previsti dalla legge: anche un interesse individuale può quindi sottostare ad una disposizione di carattere imperativo, se l'ordinamento appresta dei rimedi applicabili a prescindere dall'iniziativa del soggetto titolare dell'interesse leso⁴⁵.

Potrebbe rilevarsi a questo proposito come, ferma restando la distinzione teorica ormai acquisita, in dottrina come in giurisprudenza, tra l'indisponibilità (assoluta) *della disciplina* imperativa e l'indisponibilità (relativa) *dei diritti* assegnati

⁴³ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, II° ed., UTET, Torino, 1950, p. 379; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, p. 82; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, e ID., *L'invalidità del contratto di lavoro subordinato*, in *Contratti e impresa*, 2005, p. 200 ss.

⁴⁴ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, Cedam, Padova, 1993, p. 287. V. anche O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 84.

⁴⁵ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., pp. 72-76, che afferma: «è d'uopo muovere dall'intuizione dottrinale che mette in relazione l'illiceità del contratto con l'indisponibilità degli interessi protetti dalla norma violata. Secondo tale dottrina, diversamente dalle più tradizionali opinioni, non è la valutazione della dimensione individuale o superindividuale, privata o pubblica, dell'interesse protetto dalla norma a guidare la qualificazione in termini, rispettivamente, di illegalità o invece di illiceità del contratto. Seguendo questa indicazione, si può affermare che decisivo è invece l'apprezzamento dell'indisponibilità della tutela apprestata dall'ordinamento». Nullità del contratto, esclusione della convalida dell'atto nullo e rilevanza d'ufficio del vizio costituiscono secondo l'A. sicuri indici del carattere imperativo della norma. Anche questa ricostruzione, peraltro, non può fare a meno di ricavare la nozione di norma imperativa dagli effetti giuridici che l'ordinamento ricollega a questa: ma è lo stesso A. ad affermare, in conclusione del ragionamento, la valenza meramente stipulativa della nozione di imperatività della norma.

al prestatore dalla stessa disposizione di legge⁴⁶, l'effettiva tutela degli interessi del prestatore affermati dalla regolamentazione imperativa del rapporto di lavoro non possa ritenersi del tutto prescindente dall'azione in giudizio di questo soggetto. Se è vero infatti, che una parte importante della disciplina legale del rapporto è assistita da sanzioni penali e amministrative, destinate ad applicarsi, in caso di inosservanza, ad iniziativa dell'autorità pubblica di vigilanza (il che confermerebbe l'assunto della autonoma forza cogente della disciplina eteronoma), d'altro canto l'inflizione della sanzione penale o amministrativa, per quanto incisiva e deterrente, non produce effetti immediati sul rapporto giuridico – di contenuto obbligatorio – pendente tra le parti private. Ed anzi, vi è una parte importante della regolamentazione eteronoma del rapporto (si pensi solo all'istituto della retribuzione, dove nei minimi tabellari fissati dai contratti collettivi i giudici rinvengono, generalmente, il livello di retribuzione sufficiente e proporzionata costituzionalmente previsto come 'diritto' del lavoratore), il cui eventuale inadempimento non risulta generalmente passibile di sanzione penale o amministrativa da parte dell'ordinamento, restando di fatto necessaria l'iniziativa del soggetto leso affinché possano venire rimossi gli effetti dell'inosservanza della disciplina eteronoma⁴⁷. Dunque, il carattere cogente delle

⁴⁶ Vedi *infra* paragrafo 8 Cap. II.

⁴⁷ Vero, peraltro, che il legislatore ha introdotto, con l'art. 12, d. lvo. n. 124/2004, l'istituto della diffida accertativa, con il quale il personale ispettivo delle Direzioni Territoriali del Lavoro, qualora riscontri un'inosservanza della disciplina contrattuale, da cui derivino crediti patrimoniali a favore del lavoratore, può diffidare il datore di lavoro a corrispondere, entro trenta giorni, le somme risultanti insolute. Cfr., da ultimo, la Circolare n. 1/2013 con cui il Ministero ha precisato le violazioni il cui accertamento può dare luogo all'emissione del provvedimento di diffida, che, se non impugnato, costituisce titolo esecutivo a favore del lavoratore. Dai dati statistici risultati dall'ultimo rapporto annuale sull'attività ispettiva e di vigilanza, reperibile sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali all'indirizzo http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/E45EFA51-8217-4CBD-B52B-D0A77E9F8F76/0/Rapporto_annuale_vigilanza_2012.pdf, solo per l'anno 2012 risultano convalidati 16.243 provvedimenti di diffida accertativa. Si consideri tuttavia che nello stesso anno le imprese soggette a controlli ispettivi sul territorio nazionale sono state 243.847, circa il 15% del totale stando ai dati diffusi dallo stesso rapporto, per un totale di ben 100.193 rapporti completamente sommersi accertati (fattispecie che rientra nel novero delle ipotesi alle quali la citata Circolare ritiene applicabile il procedimento di diffida). Altro istituto ispirato alle medesime finalità di promozione dell'effettività della disciplina lavoristica, sul fronte previdenziale, è rappresentato dal DURC, il cui possesso è requisito indispensabile tanto per la partecipazione a gare pubbliche d'appalto, ai sensi dell'art. 118, d. lvo. n. 163/2006, tanto per lo svolgimento di lavori in edilizia, ai sensi dell'art. 90, d. lvo. n. 81/2008.

norme lavoristiche sembra assumere un tratto del tutto peculiare anche rispetto al concetto di norma imperativa elaborato da questa dottrina civilistica.

L'inderogabilità della norma lavoristica si caratterizza quindi per il particolare trattamento giuridico riservato al caso della difformità tra il regolamento negoziale 'voluto' dalle parti e la disciplina imposta dal legislatore: la deroga (non consentita) operata dai privati contraenti altro non costituirebbe che una specifica ipotesi di violazione di norma imperativa, tale per cui la distinzione tra "norma inderogabile" e "norma imperativa" rivestirebbe, in effetti, una valenza meramente stipulativa o classificatoria⁴⁸.

In conclusione, anche alla luce dei risultati prospettati da questa ulteriore recente indagine terminologica⁴⁹, può quindi convenirsi sul fatto che l'inderogabilità cui fa riferimento la dottrina giuslavoristica esprime nient'altro che un «concetto di relazione»⁵⁰ tra la legge e il contratto – che rileva nella duplice veste di *atto giuridico* e *regolamento di interessi* –, ovvero l'assenza di «potere» in capo ai contraenti di definire tra di loro un assetto di interessi dal contenuto difforme (in senso peggiorativo per il prestatore) da quanto previsto dalla legge⁵¹.

⁴⁸ Così M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 107: «Nell'ambito delle norme imperative, le norme inderogabili si distinguono non per una presunta differente natura o struttura, ma per il fatto che le parti attraverso il contratto predispongono una disciplina autonoma difforme rispetto a quella imposta o vietata dalla norma. La configurazione della norma inderogabile, nel diritto privato, dipende in ultima analisi dal fatto che il contratto è ad un tempo oggetto di disciplina (la legge lo considera nella veste di atto-contratto), ma anche, a sua volta, fonte di disciplina del rapporto contrattuale (e in questo senso assume le vesti di contratto-regolamento). La distinzione tra norma inderogabile e norma imperativa ha pertanto valenza soltanto descrittiva e classificatoria (ma non per questo è inutile) e carattere stipulativo. La deroga (intesa nel senso di cui sopra) realizza, né più né meno, una ipotesi di contrarietà a norma imperativa: la sola differenza è che, in ragione delle modalità con le quali si realizza la non conformità, l'ordinamento reagisce attraverso l'applicazione di conseguenze (nullità, nullità parziale, inserzione/sostituzione di clausole) che escludono l'efficacia dell'atto o della clausola difforme, in applicazione delle consuete tecniche di controllo e di conformazione dell'autonomia contrattuale. La nozione di norma inderogabile, in questa prospettiva, attiene alla sfera delle formule descrittive delle conseguenze che l'ordinamento collega al manifestarsi di una fattispecie».

⁴⁹ Rimandando in ogni caso nell'ambito del "primo livello" di inderogabilità richiamato nel precedente paragrafo.

⁵⁰ M. NOVELLA, *op loc. ultt. citt.*

⁵¹ C. CESTER, *La norma inderogabile*, op. loc. citt.; M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 512. Peraltro, la stessa dottrina osserva come l'inderogabilità, quale relazione tra diverse fonti, trovi applicazione non solo nei rapporti tra legge e contratto (collettivo o individuale), ma anche nei binomi «uso normativo e

Prima di esaminare il diverso problema, assai più dibattuto nella dottrina lavoristica, della *ratio* complessiva della disciplina inderogabile, occorre tuttavia svolgere ancora qualche ulteriore breve precisazione sulla natura e sulla portata dell'attributo di inderogabilità proprio della disciplina legale.

2.2. Inderogabilità in peius e derogabilità in melius della disciplina lavoristica.

A chiusura del discorso sulla nozione di norma inderogabile proposta nel precedente paragrafo, deve ancora richiamarsi rapidamente un corollario del principio di inderogabilità, ovvero la sua *unidirezionalità*.

Con l'espressione "inderogabilità unidirezionale"⁵² si intende riferirsi alla regola secondo cui la prevalenza della disciplina inderogabile eteronoma (legale ma anche collettiva) sul difforme assetto fissato dall'autonomia individuale è circoscritta alle ipotesi in cui il trattamento pattuito individualmente sia di contenuto effettivamente deteriore per il prestatore di lavoro. Nel caso in cui le parti del contratto individuale abbiano invece concordato un assetto di interessi più favorevole

contratto individuale», «contratto collettivo e contratto individuale»: così A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 186; osservazione ripresa e fatta propria anche da O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 85.

⁵² Che si deve a M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 142 ss. Lo stesso concetto si trova espresso in dottrina anche con altri termini, quali "inderogabilità relativa" o "inderogabilità unilaterale". Quest'ultima espressione, come rileva l'A., rischia invero di risultare fuorviante nella misura in cui porti a confondere il contenuto della regolamentazione eteronoma con il regime di efficacia della stessa. Già in passato tuttavia la più attenta dottrina aveva rilevato i possibili incerti derivanti dall'approssimazione terminologica; v. infatti R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 189: «Il principio del trattamento più favorevole non trova più spiegazione in una peculiarità del *regime di efficacia* della normativa lavoristica, costituendo piuttosto un postulato direttamente desumibile dai suoi tratti *contenutistici*: al di sopra del limite minimale stabilito dal precetto legale, l'autonomia privata è pienamente legittimata a porre in essere pattuizioni "migliorative" senza porsi *in contrasto* (o in deroga) con la normativa legale ma, anzi, in piena coerenza e negli spazi da questa stabiliti. Indubbiamente contribuisce a rafforzare l'equivoco appena evidenziato l'utilizzazione della formula "*inderogabilità unilaterale*", la quale sembra conferire al regime di efficacia della norma quella che invece è una caratteristica del limite in essa contenuto: è quest'ultimo che, solo *minimo* o solo *massimo*, ben può *qualificarsi* "unilaterale", non, invece, il regime di efficacia da cui promana una preclusione *assoluta* nei confronti dell'autonomia privata di *entrambi* i soggetti del rapporto».

al lavoratore, tale assetto rimane fermo e non viene inciso dalla disciplina eteronoma⁵³.

Si tratta di un approccio pressochè pacifico in dottrina, che osserva come l'unidirezionalità dell'attributo di inderogabilità sia connaturata alla *ratio* protettiva della normativa lavoristica⁵⁴.

Se il principio di unilateralità della disciplina legale inderogabile non è mai stato di fatto in discussione, meno univocità di opinioni si è invece registrata nella dottrina circa il suo fondamento giuridico.

Secondo un noto orientamento dottrinale⁵⁵ il fondamento dell'inderogabilità unilaterale andrebbe ricercato nel principio di *favor* dell'ordinamento nei confronti del lavoratore: questo principio opererebbe come criterio derogatorio dell'ordine gerarchico delle fonti, delineato dall'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale. In caso di concorso-conflitto tra più fonti di diverso rango applicabili al medesimo rapporto, l'interprete dovrebbe operare un confronto tra le diverse discipline astrattamente applicabili, ed accordare la prevalenza a quello di contenuto più favorevole al lavoratore.

⁵³ L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 1995, V° ed., p. 65: «Mentre nel diritto civile la nullità parziale dà luogo all'elementare processo della sostituzione della clausola contrattuale con il precetto imperativo, nel diritto del lavoro tale meccanismo si verifica unicamente nell'ipotesi in cui l'atto di autonomia privata modifichi *in peius* il precetto di legge. Invece, qualora concorra con quest'ultimo una qualsiasi altra fonte più favorevole, l'imperativo al quale bisogna sottostare è quello della valorizzazione massima del soggetto tutelato, al quale si ottiene sostituendo il precetto inderogabile di legge col precetto più favorevole traibile dalle fonti concorrenti». Sul concreto operare del meccanismo sostitutivo dell'invalidità parziale vedi *infra*.

⁵⁴ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 185 ss. e in particolare pag. 188, dove si afferma: «Un'attenta rilevazione della *ratio* della normativa del lavoro, confermata altresì dalla sua diffusa derivazione dalla disciplina collettiva, evidenzia, infatti, come da essa promani, almeno in via generale, una tutela soltanto minimale del prestatore... e come, in conseguenza, la clausola di salvezza del trattamento più favorevole debba necessariamente considerarsi intrinseca e essenziale al contenuto di ogni singola norma protettiva».

⁵⁵ Compiutamente teorizzato da A. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966. Analogamente, vedasi L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, op. loc. cit.; P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 321; M. GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1985, IX° ed., p. 17; G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977, V° ed., p. 213.

Altra dottrina⁵⁶ non individua invece nel *favor* un criterio alternativo al principio di prevalenza della fonte di rango superiore. La ragione della prevalenza della fonte più favorevole agli interessi del prestatore andrebbe piuttosto ricercata nella funzione protettiva assegnata dalla Costituzione alla legge ordinaria. Questa ha il compito di dotare il soggetto sottoprotetto di una *tutela minimale*, rispondente ai valori di solidarietà sociale fissati dalla norma costituzionale. E tuttavia, una norma di legge ordinaria che imponesse imperativamente *un determinato* livello di tutela, privando così l'autonomia negoziale della possibilità di individuare, nel caso concreto, un assetto di interessi addirittura migliore per il soggetto destinatario dell'intervento protettivo eteronomo, si porrebbe in contrasto con i principi della progressiva elevazione e del pieno sviluppo della personalità morale del lavoratore costituzionalmente sanciti⁵⁷.

Se il fondamento giuridico dell'unidirezionalità della tutela inderogabile continua ad essere discusso, dal punto di vista pratico l'accoglimento dell'uno o dell'altro orientamento (principio del *favor* o funzione di tutela minima) sembra condurre al medesimo risultato.

Peraltro, la prevalenza del trattamento più favorevole sembra essere stata data per scontata dagli interpreti⁵⁸, al punto da costituire una sorta di presunzione, argomentata a partire dalle esigenze di protezione del lavoratore quale persona e quale contraente debole⁵⁹.

D'altro canto, tale presunzione trova piena giustificazione dal momento che l'unidirezionalità della disciplina inderogabile è stata affermata da numerose

⁵⁶ Cfr. V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit. Su posizioni analoghe L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, vol. XI, t. I, Unione tipografica editrice torinese, Torino, 1973, p. 163; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 186; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, XVII° ed., p. 73.

⁵⁷ Cfr. in particolare V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., p. 95 ss.

⁵⁸ O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 93; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 142.

⁵⁹ Ma vedasi *infra* paragrafo 2.3.

disposizioni normative, sparse in un lunghissimo arco temporale; al punto che è difficile stabilire se l'inderogabilità *unidirezionale* debba qualificarsi come un regola generale elaborata dalla dottrina e poi recepita dal legislatore, oppure se si tratti di un principio generale dell'ordinamento positivo, tematizzato dalla dottrina a partire da un costante dato normativo⁶⁰. Possono citarsi, solo a titolo esemplificativo, l'art. 17, r.d.l. n. 1825/1924 e l'art. 98 disp. att. c.c. in tema di disciplina del rapporto impiegatizio, l'art. 12, l. n. 604/1966, sui licenziamenti individuali, l'art. 40, l. n. 300/1970, sull'esercizio dei diritti sindacali in azienda, l'art. 2240 c.c. sul lavoro domestico, l'art. 2077 comma 2 c.c. sul raffronto tra contratto collettivo e contratto individuale (norma espressamente dettata per il contratto corporativo ma che la giurisprudenza richiama anche nelle controversie inerenti l'applicazione del contratto collettivo post-corporativo), sino ad arrivare, in tempi più recenti, all'art. 61, d. lvo. n. 276/03, sulla disciplina del lavoro a progetto. Solo in casi del tutto sporadici ed eccezionali il legislatore ha invece fatto ricorso a norme "assolutamente inderogabili", ovvero dotate di efficacia invalidante nei confronti di deroghe pattizie sia migliorative che peggiorative per il lavoratore. Assai noto, anche per il contezioso sollevato avanti la Corte Costituzionale, è il d.l. n. 12/1977, conv. con modifiche nella l. n. 91/1977, con cui fu razionalizzato, con finalità anti-inflazionistiche, il sistema di indicizzazione automatica delle retribuzioni al costo della vita. Proprio le argomentazioni con cui la Corte salvò una prima volta⁶¹ quelle disposizioni dalle censure di incostituzionalità e le ritenne invece incompatibili, in una seconda occasione⁶², con i principi fissati dall'art. 36 Cost. in materia di giusta retribuzione e

⁶⁰ Sullo sviluppo del principio in connessione al dato normativo si rinvia all'analisi di M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 1984, p. 71 ss.

⁶¹ Cfr. Corte Cost., 20 luglio 1980, n. 141, in *Foro it.*, 1980, I, 2641.

⁶² Cfr. Corte Cost., 29 marzo 1991, n. 124, in *Foro it.*, 1991, I, 1333, nella cui celebre motivazione si afferma: «L'autonomia collettiva non è immune da limiti legali. Il legislatore può stabilire criteri direttivi, quali gli accennati principi di uniformità del sistema di indicizzazione per le varie categorie e di limitazione di esso a una parte della retribuzione, o vincoli di compatibilità con obiettivi generali di politica economica, individuati nel quadro dei programmi e controlli previsti dall'art. 41, terzo comma, Cost. Ma, entro le linee-guida tracciate dalla legge, le parti sociali devono essere lasciate libere di determinare la misura dell'indicizzazione e gli elementi retributivi sui quali incide.

dall'art. 39 in materia di libertà sindacale, confermano la generalità della regola secondo cui l'accordo di contenuto migliorativo per il prestatore non viene inciso dallo standard legale o contrattuale-collettivo deteriore.

Se a livello teorico il principio della prevalenza del trattamento più favorevole, comunque argomentato, non risulta particolarmente controverso, più problematica si presenta invece la determinazione, a livello pratico, dei criteri di comparazione tra le diverse "fonti" di regolamentazione. Astrattamente, possono infatti utilizzarsi, quali parametri di confronto, tanto la singola clausola, quanto la disciplina di un determinato istituto, quanto il trattamento normativo e retributivo previsto nel suo complesso dal contratto collettivo in rapporto al contratto individuale. La questione pare avere trovato una sistemazione ormai abbastanza consolidata in giurisprudenza⁶³, che assegna la prevalenza al criterio del cumulo tra singole clausole⁶⁴ qualora il confronto debba svolgersi tra la legge e il contratto collettivo o individuale⁶⁵, mentre considera generalmente la disciplina dell'intero

Compressioni legali di questa libertà, nella forma di massimi contrattuali, sono giustificabili solo in situazioni eccezionali, a salvaguardia di superiori interessi generali, e quindi con carattere di transitorietà, senza peraltro che la durata del provvedimento debba necessariamente essere predeterminata con l'indicazione di una precisa scadenza. Cessata l'emergenza che lo legittimava, la conservazione del provvedimento si pone in contrasto non solo con l'art. 39 Cost. (non richiamato nell'ordinanza di rimessione), ma anche con l'art. 36, del quale la contrattazione collettiva, secondo una interpretazione costituzionale consolidata, è lo strumento di attuazione».

⁶³ Vedi nella recente manualistica F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro, vol. 1. Diritto sindacale*, Utet, Padova, VI° ed., 2013, pp. 240-241; M. PERSIANI, *Diritto Sindacale*, Cedam, Padova, 2012, XIV° ed., pp. 189-191; O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2011, pp. 134-136. Cfr. anche O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., pp. 94-96; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 149 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 378 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 192 ss.

⁶⁴ Di per sé il termine "clausola" assume due significati distinti, potendosi intendere con essa semplicemente una proposizione grammaticale di senso compiuto inserita nel negozio giuridico (c.d. clausola-proposizione), o, diversamente, una previsione dispositiva autonoma, tale da predisporre un effetto giuridico insuscettibile di ulteriore scomposizione (c.d. clausola precetto). La finalità di comparazione diretta tra trattamenti normativi suggerisce senz'altro di accogliere la seconda delle due accezioni prospettate: cfr. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 150 ss.

⁶⁵ Possono ricordarsi le risalenti Cass. 8 agosto 1951, n. 2465, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 347; Cass. 10 gennaio 1958, n. 50, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 4; Cass. 13 maggio 1954, n. 1548, in *Riv. dir. lav.*, 1955, II, p. 48. Si tratta di un principio che pare ormai acquisito nel sistema.

istituto in discussione (c.d. criterio del conglobamento)⁶⁶ quando il raffronto debba essere operato tra il contratto collettivo e il contratto individuale⁶⁷. E questa pare in effetti rappresentare una delle maggiori differenze operative tra l'inderogabilità della legge e l'inderogabilità del contratto collettivo, nderogabilità argomentata dalla giurisprudenza a partire dal disposto dell'art. 2077 comma 2 c.c.⁶⁸.

La scelta della giurisprudenza di affidare al criterio del cumulo la soluzione della questione, nel raffronto tra disposizioni di legge e previsioni contrattuali, pare pienamente rispondente ai meccanismi sostitutivi previsti dal legislatore agli artt. 1339 e 1419 comma 2 c.c.: dal momento che la norma inderogabile costituisce una limitazione e dunque un'eccezione al principio generale della libertà contrattuale, compensazioni tra posizioni giuridiche eterogenee costituirebbero un'operazione arbitraria, priva di fondamento in diritto⁶⁹. Diversamente stanno le cose qualora la comparazione debba invece avvenire nel perimetro dell'autonomia privata: «è ben vero che la forza inderogabile del contratto collettivo si traduce in un effetto

⁶⁶ Spesso sono gli stessi contratti collettivi che, per esigenze di controllo delle dinamiche salariali, escludono a priori il ricorso al criterio del cumulo attraverso le c.d. clausole di inscindibilità, su cui può rinviarsi a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 199 ss.

⁶⁷ Vedi ad esempio Cass. 22 gennaio 1979, n. 491, in *Riv. dir. lav.*, 1980, II, p. 350; Cass. 17 maggio 1980, n. 3253, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Lavoro (contratto di)*, n. 26; Cass. 18 gennaio 1983, n. 456, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3022; Cass. 1° agosto 1986, n. 4933, in *Mass. Foro it.*, 1986; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205, in *Mass. Foro it.*, 1992; Cass. 13 maggio 1995, n. 5244, in *Giust. civ. mass.* 1995, p. 994. Deve precisarsi che secondo consolidata giurisprudenza la retribuzione costituisce a questi fini un unico istituto.

Infine, quando il confronto debba essere operato tra contratti collettivi di diverso livello, la comparazione al fine di stabilire quale risulti più favorevole al lavoratore va operata secondo un criterio del conglobamento "allargato", che consideri insieme trattamento retributivo e trattamento normativo, v. ad esempio Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 680.

Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello costituisce peraltro un capitolo a sè del diritto sindacale, che, pur esorbitando il tema oggetto del presente lavoro, sarà accennato nello sviluppo del lavoro. In questa sede può solo ricordarsi come la questione, che è stata oggetto di ripetuti interventi delle parti sociali negli Accordi Interconfederali del 1993, del 2009 e del 2011, sia stata da ultimo risolta dalla giurisprudenza ammettendosi la deroga peggiorativa da parte del contratto aziendale rispetto al contratto collettivo nazionale, nel rispetto del criterio della competenza dei diversi livelli contrattuali: cfr., ad esempio, Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 118. Nella manualistica il tema trova ampio svolgimento in M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 307 ss.

⁶⁸ Ma vedi *infra* paragrafo 5 Cap. II.

⁶⁹ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., pp. 379-380.

invalidante-sostitutivo dell'autonomia individuale» – per il disposto dell'art. 2077 comma 2 c.c. – «ma è anche vero che solo la norma inderogabile di legge presuppone, a monte, una valutazione conforme dell'ordinamento generale, basata sul perseguimento di un interesse ascrivibile alla generalità, e dunque già “vaghiato” e già passato attraverso le mediazioni proprie della scelta politica. In contratto collettivo, invece, è esso stesso sede e frutto di mediazione con riguardo ad interessi non generali ma collettivi, di talchè saranno gli esiti essenziali di quella mediazione, nel confronto fra le organizzazioni sindacali contrapposte, a dover essere, appunto, garantiti»⁷⁰.

Da ultimo, sia nella giurisprudenza che nella più recente dottrina è sorta una certa dialettica circa il momento effettivo in cui il confronto tra discipline di diverso livello debba essere operato: se in via preventiva rispetto allo svolgimento del rapporto, ovvero in astratto, come afferma la dottrina⁷¹; oppure soltanto in un momento successivo all'applicazione del trattamento contestato, ovvero in concreto, a consuntivo, posizione su cui sembra propendere la giurisprudenza⁷².

Accogliendo la soluzione generalmente proposta dalla dottrina, la questione dello straordinario forfettizzato richiamata nella nota precedente potrebbe anche

⁷⁰ Letteralmente C. CESTER, *ult op. loc. cit.* In passato alcuna dottrina aveva peraltro espresso preferenza per il criterio del cumulo anche nel raffronto tra la prodotti dell'autonomia privata, salvo il caso della clausole di inscindibilità: v. su tutti R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 197 ss.

⁷¹ Cfr. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 159 ss.; O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 96.

⁷² Nota è la vicenda dello straordinario forfettizzato, ossia di quelle clausole inserite nel contratto di individuale che assicurano al lavoratore una voce aggiuntiva di retribuzione indipendentemente dalle ore di straordinario effettivamente svolte, in sostituzione della percentuale di maggiorazione retributiva stabilita dal contratto collettivo per le ore prestate oltre l'orario normale. La giurisprudenza ammette la legittimità di queste clausole a condizione che al lavoratore sia comunque riconosciuta la facoltà di provare l'effettiva quantità di lavoro straordinario prestato, tale da garantirgli la corresponsione di una retribuzione maggiore in linea con i parametri previsti dal contratto collettivo. Cfr., *ex multis*, Cass. 24 giugno 1986, n. 4209, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1668; Cass. 26 maggio 2000, n. 6902, in *Orient. giur. lav.* 2000, I, p. 448; Cass. 12 novembre 2008, n. 27027, in *Dir. giustizia*, 2009. Tale orientamento, che è finalizzato ad assicurare il rispetto del principio della giusta retribuzione fissato dall'art. 36 Cost., presuppone evidentemente che la valutazione del trattamento più favorevole possa essere effettuata *ex post*, a consuntivo. Al momento della conclusione del contratto individuale infatti, per il prestatore non sarebbe possibile determinare la convenienza di siffatte clausole, nè potrebbe accertarsi l'effettivo rispetto del dettato costituzionale.

risolversi affermando la radicale illegittimità della clausola di conglobamento dello straordinario nel superminimo individuale: questa pattuizione non permette infatti di operare, *ex ante*, alcun raffronto comparativo tra il contenuto del contratto individuale e le previsioni collettive in merito al trattamento economico dello straordinario. Solo a consuntivo sarà possibile stabilire se il superminimo individuale sia quantomeno assorbente rispetto al trattamento minimo del lavoro straordinario fissato dal contratto collettivo, risultando così rispettato il principio della giusta retribuzione fissato dall'art. 36 Cost., dovendosi procedere, contrariamente, a corresponsioni integrative. Per contro, la soluzione "intermedia" fatta propria dalla giurisprudenza, se da un lato risulta necessitata dall'esigenza di garantire l'effettivo rispetto del dettato costituzionale, dall'altro frustra l'interesse dell'impresa di predeterminare in anticipo del costo del lavoro, esigenza concreta che sta alla base della stipulazione della clausola.

Al di là dei diversi apprezzamenti che possono legittimamente manifestarsi sulla specifica problematica, la vicenda dello straordinario forfettizzato insegna forse come l'inderogabilità unilaterale, lungi dal rappresentare questione di rilievo unicamente dogmatico, costituisce un tratto della regolamentazione giuridica intimamente connesso e strumentale alla protezione di beni e valori di rilevanza costituzionale (nello specifico, a venire in rilievo è il diritto alla giusta retribuzione). Al di là della giustificazione teorica che si voglia assegnare alla tecnica normativa, deve quindi rilevarsi, convenendo su questo aspetto con quella dottrina che rinviene nella inderogabilità unilaterale un carattere insopprimibile, almeno in linea generale, della disciplina lavoristica⁷³, come la funzione di garanzia dei principi costituzionali di solidarietà economica assolta dalla tecnica legislativa non possa essere misconosciuta da qualsiasi processo di riforma delle fonti della disciplina eteronoma.

⁷³ Vedi, su tutti, M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit.

2.3. La ratio dell'inderogabilità del diritto del lavoro: tra istanze di protezione e regolazione della concorrenza.

Posto che l'apposizione del vincolo di inderogabilità caratterizza la maggior parte delle disposizioni lavoristiche, di matrice legale e contrattuale collettiva⁷⁴, al punto da fare dell'inderogabilità un principio generale della materia nel senso sopra chiarito, occorre domandarsi le ragioni di una così ampia e frequente limitazione dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro.

Si tratta di una questione che ha da sempre appassionato la dottrina giuslavoristica: praticamente non vi è saggio, articolo o monografia che tratti il tema dell'inderogabilità senza provare a fornire una risposta circa il fondamento di questo principio. Qualche Autore ha rilevato come un'operazione siffatta, volta a ricercare una *ratio* comune, generale dell'inderogabilità *nel / del diritto* del lavoro, non possa che risultare affetta da grande approssimazione, soprattutto in ragione del fatto che l'oggetto dell'indagine è rappresentato da una disciplina in continua evoluzione, frutto di stratificazioni legislative succedutesi nel tempo ed ispirate a logiche nient'affatto coerenti, quando non addirittura imposte da specifiche esigenze contingenti⁷⁵.

L'obiezione coglie nel segno, anche se la ricorrenza della limitazione alla libertà negoziale che si riscontra in materia di rapporti di lavoro sembra giustificare l'ampio spazio dedicato, dalla dottrina lavoristica ma anche, da ultimo, civilistica⁷⁶, alla ricerca di un minimo comun denominatore dell'inderogabilità. Peraltro, non è

⁷⁴ O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 89.

⁷⁵ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit. p. 167. Ma già si è rilevato in apertura del discorso, vedi *supra* paragrafo 1, come l'espressione inderogabilità assuma nel linguaggio giuslavoristico almeno tra diversi referenti: discutere della *ratio* generale dell'inderogabilità significa assumere l'esistenza di una regola generale, un "principio generale" nel diritto del lavoro, secondo cui la disciplina di matrice legale o contrattuale collettiva prevale sempre, salvo espresso contrario avviso, sulla difforme pattuizione individuale.

⁷⁶ Cfr. ad esempio A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, cit., p. 165, e ID., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.

affatto da escludere⁷⁷ che le diverse “ragioni” dell’inderogabilità “fatta a principio”, di volta in volta rinvenute dalla dottrina, abbiano costituito elementi tra loro intrecciati e in gran parte compresenti nelle diverse fasi storiche della legislazione. La vera questione a cui l’interprete può essere chiamato a rispondere *oggi*, è piuttosto se quelle istanze, che nel passato hanno motivato il ricorso alla normativa inderogabile, si mantengano tuttora vive, e in che misura. Pur senza la pretesa di fornire una risposta valida in senso assoluto al quesito posto – dipendendo la soluzione di esso da una serie di variabili contingenti, non ultima la sensibilità individuale dell’interprete – l’individuazione di *più* fondamenti del ricorso all’inderogabilità e la diretta correlazione di queste motivazioni – o di *alcuni* di questi fattori – al contesto sociale ed economico coevo all’apprestamento della regolamentazione inderogabile, possono già fornire alcune indicazioni per rispondere al quesito proposto.

Date queste premesse, in questa sede si cercherà di fornire anzitutto un quadro, necessariamente sintetico, delle proposte ricostruttive avanzate in dottrina⁷⁸. È d’altro canto abbastanza scontato che domandarsi a quali ragioni e interessi risponda la disciplina inderogabile significa assumere una prospettiva di analisi *teleologica*, che prepara a sua volta ogni ulteriore sviluppo, in qualsiasi modo argomentato, circa l’opportunità di mantenere o superare, in tutto o in parte, il principio stesso.

Secondo un filone dottrinale piuttosto risalente, il fondamento dell’inderogabilità andrebbe ravvisato nella protezione di interessi di natura pubblica, di ordine pubblico o comunque di natura collettiva⁷⁹. Altrove viene invece affermata

⁷⁷ Anzi, è proprio questa l’opinione di chi scrive.

⁷⁸ Per un maggiore approfondimento può rinviarsi a M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit. p. 163 ss.; O. DESSÌ, *L’indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l’art. 2113 c.c.*, cit., p. 89 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 347 ss.

⁷⁹ Cfr. G. D’EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1969, I, p. 14 ss.; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA

la natura essenzialmente privata degli interessi direttamente tutelati dalla norma imperativa⁸⁰. Se bene si è compreso il pensiero degli Autori citati, non pare del tutto corretto contrapporre le due posizioni: la natura *originariamente* privata degli interessi tutelati non impedisce affatto di attribuire loro una rilevanza pubblica, generale, o comunque superindividuale, “ipostatizzata” attraverso una valutazione normativa – e non meramente sociale – che si estrinseca nell’emanazione, da parte dello Stato, di un regolamento di carattere imperativo, indisponibile da parte degli stessi titolari degli interessi protetti⁸¹. In altre parole, la natura privata, individuale di alcuni interessi sottesi all’oggetto del rapporto di lavoro, non pare contrastare con la rilevanza generale di questi stessi interessi, che si colloca evidentemente su un diverso piano concettuale, e rappresenta il frutto di una valutazione compiuta dall’ordinamento giuridico, coesistente alla propria autoconservazione o, piuttosto, al sovvertimento degli equilibri sociali voluto da una maggioranza politica emergente⁸². Per inciso, sempre a proposito della natura (pubblica o privata) degli interessi protetti dall’inderogabilità, vanno pure registrate tesi “mediane”, che distinguono a seconda degli interessi direttamente coinvolti dalle singole norme⁸³ o

SANSEVERINO-G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1972, III, p. 722 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell’impresa*, cit., p. 170; R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1969, III, p. 984 ss.; G. SUPPIES, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, ESI, Napoli, 1972, V, p. 1087 ss. In particolare, quest’ultimo A. intravede nella disciplina legale del rapporto di lavoro una delle concrete manifestazioni del «principio pluralista» affermato dall’art. 2 Cost.: non un interesse strettamente pubblico, bensì un interesse di gruppo, ovvero della comunità di impresa, motiverebbe il ricorso alla norma inderogabile ed alla conseguente limitazione del potere imprenditoriale. Sul concetto di norma ordine pubblico, quale presidio di un interesse di carattere generale, v. R. NICOLÒ, (voce) *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 913 ss.

⁸⁰ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 13 ss. Similmente, M. NAPOLI, *Interrogativi sull’inderogabilità*, cit., p. 158.

⁸¹ Ma v. *infra*, e così R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., in particolare p. 24 ss. e p. 29 nt. 33.

⁸² Ma le finalità politiche “ultime” per le quali l’ordinamento ricorre alla norma inderogabile sarebbero, sotto questo profilo, del tutto indifferenti.

⁸³ Ad esempio, R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Laterza, Bari, 2005, II° ed., p. 18, distingue tra «norme di diritto privato regolatrici delle situazioni soggettive, attive e passive, del datore e del prestatore di lavoro e norme di ordine o di diritto pubblico quando nel rapporto sono coinvolti interessi di rilevanza generale». Ma v. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p. 15.

identificano l'oggetto della protezione legale in un interesse di rilevanza collettiva, pur sempre connesso alla disparità di forza contrattuale tra le parti⁸⁴.

Va ancora osservato, del resto, che il riconoscimento della *natura* eminentemente privata degli interessi generalmente protetti dalla norma inderogabile – che non contrasta affatto con la *rilevanza* pubblica, generale o superindividuale che dir si voglia di questi stessi interessi – non risulta del tutto indifferente rispetto al regime giuridico della norma inderogabile. La natura privata dell'interesse protetto consente infatti di aprire l'interpretazione della disciplina inderogabile ad operazioni di riduzione teleologica⁸⁵, tutte le volte in cui si verifichi, in concreto, un contrasto tra un interesse (individuale) del lavoratore, protetto dalla norma imperativa, ed un contrapposto interesse *qualificato* (sempre individuale), facente capo allo stesso soggetto, riconosciuto e protetto da altre disposizioni dell'ordinamento. Quale riscontro empirico di questa tendenza può richiamarsi l'orientamento giurisprudenziale che legittima accordi individuali di demansionamento, in deroga al divieto imperativo previsto dall'art. 2103 comma 2 c.c., realizzati nell'interesse del lavoratore al mantenimento dell'occupazione⁸⁶: in questi casi, dovendosi procedere ad un giudizio di bilanciamento tra la tutela della professionalità, di cui la norma è diretta espressione, e la continuità dell'impiego, bene primario, di rango costituzionale, viene assegnata prevalenza al secondo. A tale risultato non potrebbe pervenirsi, evidentemente, qualora all'interesse sotteso alla disposizione inderogabile sulle mansioni del prestatore venisse ascritta natura pubblica o collettiva.

⁸⁴ Cfr. E. GHERA, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1013 ss., e ID., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, XVII° ed., p. 69 ss., che individua la *ratio* dell'inderogabilità nella protezione di una classe sociale sotto-protetta; U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 5 ss.

⁸⁵ Tale è definito il criterio interpretativo che consente di “arrestare” l'applicazione di una norma, di per sè imperativa, quando il difforme regolamento negoziale realizzi un interesse differente e prevalente rispetto a quello oggetto di immediata protezione da parte della norma, anch'esso riconosciuto e tutelato dall'ordinamento.

⁸⁶ Cfr., ad esempio, Cass. 18 febbraio 2008, n. 4000, in *Dir. & giustizia* 2008; Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 3, p. 458; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 1, p. 50.

Alquanto ricorrente in dottrina è piuttosto la motivazione dell'inderogabilità con l'esigenza di tutelare interessi del lavoratore quale *contraente debole*⁸⁷: la disciplina inderogabile, secondo questa tesi, risulta quindi funzionale al ripristino della giustizia contrattuale; l'inderogabilità sarebbe quindi strumentale allo scopo di impedire che l'autonomia negoziale, da espressione della libertà individuale quale era stata originariamente concepita nello Stato liberale, si trasformi in nuovo strumento di oppressione di alcune classi sociali, in ragione della disuguaglianza sostanziale tra gli individui che contraggono⁸⁸. D'altro canto, il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale tra i cittadini e la specifica protezione del

⁸⁷ Cfr., in particolare, O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 490; A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, p. 177 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione delle categorie lavoratrici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, p. 3 ss., il quale afferma con forza l'immediata precettività delle norme costituzionali poste a presidio del lavoratore quale soggetto economicamente e socialmente sottoprotetto; U. ROMAGNOLI, *Il principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1326 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 2000, I, p. 12 ss. Questo A. intravede in particolare nelle distorsioni del funzionamento del mercato del lavoro, condizionato dalle asimmetrie informative e di potere negoziale tra i due contraenti, la principale ragione dell'intervento riequilibratore operato dallo Stato attraverso il ricorso all'imposizione di trattamenti minimi inderogabili. Peraltro, lo stesso A. sottolinea come la disciplina imperativa, perfettamente funzionale rispetto ad un sistema monopsonistico come quello risalente al primo sviluppo industriale, possa provocare a sua volta gravi disfunzioni nel mercato del lavoro, nella misura in cui ostacoli l'ingresso dei soggetti inoccupati (*outsiders*) a tutto vantaggio dei lavoratori occupati (*insiders*). Cfr. anche A. ICHINO-P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro*, cit., p. 457 ss.

⁸⁸ V., su tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., in particolare pp. 38-45: «Il riconoscimento e la valorizzazione dell'autonomia privata corrisposero, nelle società dell'Europa occidentale, alla fase di transizione da un'organizzazione economica di tipo agrario e signorile ad una di tipo commerciale ed industriale di impronta tipicamente borghese ... Un siffatto modello di organizzazione sociale e una simile concezione dei rapporti interprivati finirono per condizionare lo stesso ruolo dello Stato (e dell'ordinamento giuridico), cui si chiedeva in definitiva un atteggiamento neutrale nei confronti dei conflitti tra privati e di garanzia delle regole del mercato concorrenziale ... Senonchè ben presto – alterati in modo vistoso i presupposti effettuali e il vincolo sociale di riferimento – quei principii vennero palesemente screditati dall'evolversi della stessa civiltà industriale alla cui costituzione e sviluppo lo strumento contrattuale era stato funzionalizzato ... L'inarrestabile logica interna dei modelli di sviluppo della società industriale in genere, e di quella capitalistica in particolare, finì, dunque, per sconfessare ampiamente il postulato che voleva circoscritta la tensione dialettica tra autorità e libertà soltanto ai rapporti tra Stato ed individuo e per estendere, con incalzante progressione, il fenomeno in parola ai rapporti interprivati ed a quelli tra privati e corpi intermedi, evidenziando come nell'odierna realtà sociale i maggiori pericoli per la libertà e l'autonomia individuale provengono non solo dai pubblici poteri, ma anche e soprattutto dai privati e sul terreno del diritto privato ... Tutte queste diverse eppure confluenti motivazioni concorrono in definitiva a delineare l'intervento eteronomo inderogabile nella sfera interprivata innanzitutto quale intervento di *tutela del contraente debole*. E non si può certo negare che proprio in tale direzione è dato rintracciare la ragione più appariscente e, anche sul piano storico, più avvertita, del fenomeno di conformazione legale dei rapporti privati».

cittadino-lavoratore che si rinviengono nella Carta costituzionale, se non impongono direttamente un determinato standard di tutela, certamente esprimono una precisa linea di indirizzo, tale per cui la posizione di una regolamentazione legale dal carattere dispositivo, del tutto equiparabile a una deregolazione generalizzata del rapporto di lavoro, risulterebbe chiaramente contraria al disegno costituzionale⁸⁹.

Altri Autori, pur senza disconoscere la finalità correttiva dei potenziali squilibri negoziali insita nella disciplina eteronoma inderogabile, sottolineano con maggiore enfasi le esigenze di protezione della *persona* del lavoratore, che, impegnandosi nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare al fine di ottenere una forma di sostentamento per sè e per la propria famiglia, si sottopone tanto ad un penetrante «potere di fatto» della controparte contrattuale⁹⁰, quanto ai rischi per la propria incolumità personale connessi all'esecuzione della prestazione⁹¹. Molta parte della dottrina evidenzia come proprio il coinvolgimento diretto della persona del lavoratore nell'esecuzione della prestazione, segni un solco profondo tra la situazione di inferiorità del prestatore di lavoro subordinato e quella di qualsiasi altro contraente

⁸⁹ V., ancora recentemente, con riferimento alla paventata “deregolazione”, M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 159.

⁹⁰ Almeno ove tale potere di dedotto nel contratto, ovvero nell'area del lavoro subordinato. «Nella misura in cui la persona risulta “implicita” nella propria prestazione, e questa è assoggettata al potere di conformazione del soggetto organizzatore del processo lavorativo, la persona stessa è compromessa nel vincolo di subordinazione. Ed è proprio questa compromissione che sta a fondamento del programma protezionistico, che arricchisce il rapporto di lavoro di un complesso sistema di effetti giuridici, finalizzati alla tutela della libertà e della dignità della persona attratta nel vincolo di subordinazione»: testualmente, M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro*, cit., p. 315. Lo stesso A. rileva, tuttavia, *ivi*, p. 335: «È però opportuno precisare che l'area di rilevanza della persona, ai fini del programma protettivo, non coincide con l'area del lavoro subordinato, che rappresenta il prototipo di schema contrattuale, in cui l' “implicazione” della personalità non concerne soltanto l'adempimento dell'impegno lavorativo, ma coinvolge, con l'ordinaria immissione del prestatore in un altrui organismo di lavoro, aspetti essenziali della vita, delle libertà e della sicurezza ... Il lavoro subordinato designa soltanto l'esperienza prototipica di compromissione della persona in un'attività a servizio altrui e in un'organizzazione del lavoro altrui».

⁹¹ Cfr., su tutti, M. GRANDI, *ult. op. cit.*, p. 333: «Così assorbente è l'impegno della persona nell'esecuzione dell'attività lavorativa che gran parte del programma normativo di protezione, che oggi fa da cornice al sistema dei rapporti di lavoro, ha destinazione non tanto al lavoro come astrazione oggettiva, quanto alla persona del lavoratore, come soggettocoinvolto con tutto il suo essere nell'esecuzione dell'attività stessa»; vedi anche M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 155 ss.; L. MENGONI, *Diritto civile*, cit., p. 5 ss., e ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Giuffrè, Milano, 2004, p. 53; A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, cit., p. 178.

debole, cui l'ordinamento offra una strumentazione di protezione giuridica indisponibile: la distanza tra colui che impegna se stesso nell'adempimento dell'obbligazione di lavorare e un qualsiasi altro contraente debole, dall'acquirente di un pacchetto turistico al correntista bancario, è di natura non solamente «quantitativa», ma propriamente «qualitativa»⁹².

Se il carattere unilaterale dell'inderogabilità spiega la sostanziale identificazione degli interessi protetti dalla disciplina imperativa con quelli propri di una parte del rapporto, così da poter avvicinare, nei contenuti e nelle funzioni, l'inderogabilità del diritto del lavoro alla nullità di protezione di matrice civilistica⁹³, alcuna dottrina ha peraltro sottolineato come l'uniformità della disciplina inderogabile possa risultare funzionale anche alla gestione unitaria di rapporti di lavoro facenti capo ad un unico creditore della prestazione⁹⁴, in una con l'interesse che per alcuni imprenditori rappresenta la fissazione di minimi di trattamento inderogabili, in funzione anticoncorrenziale⁹⁵. Ma la funzione “anticoncorrenziale”

⁹² Vedi ancora R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 53 ss. e, p. 61: «L'esigenza di un intervento protettivo si delinea, cioè, non solo in funzione (del rilievo generale) di ciò che il lavoratore trae dallo scambio – i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia – quanto in vista di ciò che il lavoratore è costretto ad offrire: le proprie energie lavorative, notoriamente inseparabili dalla sua persona e per ciò stesso tendenzialmente implicati nel rapporto alcuni aspetti di libertà, dignità e sicurezza. La previsione di un limite all'autonomia privata non è quindi dettata esclusivamente dalla necessità di garantire al contraente debole la fruizione di determinate utilità ritenute essenziali (si pensi al bene “casa”) bensì anche dalla rilevanza dei beni e interessi di natura “personale” che il prestatore apporta o “implica” nel rapporto»; S. MAGRINI, (voce) *Lavoro (contratto individuale di)*, cit., p. 388; cfr. anche A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, cit., p. 179.

⁹³ Vedi A. ALBANESE, *ult. op. cit.*, p. 167 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 349. Gli stessi A. non mancano peraltro di evidenziare le peculiarità proprie dell'inderogabilità lavoristica. Sul punto v. anche R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 46 ss.

⁹⁴ Vedi C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, op. loc. citt. Il riferimento pare diretto soprattutto alla regolazione collettiva dell'organizzazione del lavoro nell'impresa.

⁹⁵ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 21: alcune imprese, sottoposte ad un maggiore controllo pubblico in ragione di particolari clausole di salvaguardia inserite nei contratti di appalto pubblici, o maggiormente sindacalizzate, sarebbero notevolmente svantaggiate dalla concorrenza di altri soggetti in ipotesi non sottoposti all'applicazione dei medesimi standard collettivi. Forse, più che dalla fissazione di uno standard minimo, queste imprese sarebbero tutelate dall'effettività della disciplina legale e contrattuale collettiva imposta. E proprio l'effettività della disciplina legale e collettiva sembra l'obiettivo della strumentazione giuridica approntata dall'ordinamento in alcuni settori, quali gli appalti, in cui maggiori si rivelano i rischi di elusione: cfr., sul punto, M.T. CARINCI-C. CESTER-

della disciplina inderogabile pare davvero sussistere soltanto se di inderogabilità *bi-laterale* si tratti⁹⁶; altrimenti, l'esposizione dell'imprenditore a nuove istanze rivendicative, tanto in sede collettiva, quanto individuale, parrebbe vanificare grandemente la funzione uniformatrice e razionalizzatrice della disciplina eteronoma.

A ben vedere, nella ricostruzione del fondamento dell'inderogabilità solitamente proposta in dottrina, la necessità di correzione delle asimmetrie di potere contrattuale non si contrappone, ma *si affianca*, all'affermata urgenza di garantire beni e interessi propri della persona, di rilievo costituzionale⁹⁷. Secondo una impostazione divenuta ormai classica, nel diritto del lavoro si assisterebbe anzi ad una piena sovrapposizione tra motivazioni soggettive (legate alla disparità di potere contrattuale delle parti individuali) e ragioni oggettive (derivanti dal rilievo costituzionale degli interessi in gioco), tali da «autorizzare una spiegazione della *ratio* dell'inderogabilità ... tanto in termini di asimmetria di potere tra le parti del rapporto, quanto in termini di oggettiva rilevanza, nella graduazione dei valori ordinamentali, degli interessi e dei beni oggetto dello scambio»⁹⁸. In altre parole, lungi dal rappresentare una situazione passeggera, legata a difficoltà contingenti del mercato del lavoro e destinata comunque a superarsi grazie al progressivo arricchimento della società prodotto dallo sviluppo economico, la debolezza del prestatore di lavoro, intesa tanto in senso relativo (ovvero nei confronti della controparte contrattuale), tanto in senso assoluto (risultando questo soggetto privo di altri mezzi di soddisfacimento di quelle esigenze vitali proprie e della propria

M.G. MATTAROLO-F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti: inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011.

⁹⁶ Ovvero dell'imposizione di una disciplina non modificabile anche *in melius* ad opera dell'autonomia individuale: a tale scopo sono finalizzate le clausole di contingentamento dei contratti collettivi, mentre sono del tutto eccezionali nella legislazione disposizioni inderogabili in senso bilaterale: v. *supra* paragrafo 2.2.

⁹⁷ Cfr. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 350; M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., pp. 158-159; O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., pp. 89-91.

⁹⁸ Letteralmente, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 48. Vedi anche M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 21.

famiglia), rappresenterebbe una condizione stabile, strutturale. Ed oltretutto la debolezza economica del prestatore, fattore preesistente alla stipulazione del contratto di lavoro, risulterebbe aggravata da fattori connessi proprio allo svolgimento del rapporto stesso, quali la sottoposizione del prestatore al «potere privato di fatto» dell'imprenditore, e la conseguenze coazione psicologica derivante dall'inserimento del lavoratore in una struttura gerarchica aliena⁹⁹. Proprio in ragione dell'assommarsi di questi fattori, soggettivi ed oggettivi insieme, l'ordinamento giuridico avrebbe assunto, tramite un giudizio astratto, normativo, ipostatizzato nella disciplina legale, l'interesse privato di una parte del rapporto ad interesse generale della collettività¹⁰⁰.

Quale che sia la *ratio* attribuita all'inderogabilità della disciplina eteronoma, è certo che essa ha costituito il presupposto del ricorso ad un criterio teleologico nell'individuazione della normativa caratterizzata dall'immediata cogenza sul

⁹⁹ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *ult. op. cit.*, pp. 53-63: «Lo squilibrio di potere che caratterizza il rapporto di lavoro, lungi dal costituire il portato di mutevoli e cangianti equilibri del mercato, affonda stabilmente le sue radici in una diversa collocazione dei rispettivi soggetti nella stratificazione fondamentale e dicotomica della società ... Se è vero che anche per il prestatore di lavoro, come per qualsivoglia contraente, la causa prima della situazione di inferiorità contrattuale è costituita dalla penuria del bene oggetto del rapporto (posto di lavoro) ... è parimenti vero che lo squilibrio si acuisce in vista dell'essenzialità e della non surrogabilità del bene medesimo, cioè a dire in vista della funzione insostituibile che esso assolve ai fini del sostentamento del prestatore e della sua famiglia, della improcrastinabilità della soddisfazione dei bisogni ad esso relativi nonché dell'impossibilità ... che il prestatore si crei valide alternative alla prestazione di lavoro subordinato ovvero tragga *aliunde* i mezzi per un'esistenza libera e dignitosa». Ed ancora: «La soggezione del prestatore si atteggia quale momento ineliminabile della fattispecie tipizzata e si traduce in una precisa scelta normativa di situazione giuridiche di potere da un lato e di soggezione dall'altro ... Lo squilibrio (soggettivo) di potere tra le parti rinviene un sicuro moltiplicatore nel rilievo oggettivo dei beni ed interessi implicati nel rapporto».

¹⁰⁰ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *ult. op. cit.*, pp. 24-34, che a proposito delle disposizioni inderogabili in materia di lavoro afferma: «si tratta di statuizioni normative nelle quali non si realizza un rifluire in via strumentale degli interessi dei singoli (o di gruppi) in quelli (diversi) della comunità statale, bensì di una vera e propria identificazione degli uni con gli altri ... Solo ipotizzando, sia pur mediante un'astrazione, che l'ordinamento coinvolge l'intera comunità giuridicamente organizzata nell'interesse alla soddisfazione di una determinata esigenza o bisogno individuale, è dato fornire una spiegazione logicamente appagante della sottrazione al soggetto protetto dei poteri negoziali in ordine alla situazione giuridica regolata in modo categorico. Ciò, sia chiaro, non significa necessariamente che la norma inderogabile sia espressione di interessi generali in cui tutti i cittadini di ritroverebbero, il che specie in società caratterizzate da elevati livelli di conflittualità è impensabile, significa soltanto che gli interessi ad essa sottesi, per quanto parziali, vengono valutati come meritevoli di una particolare tutela ad opera degli organi rappresentativi della generalità e degli strumenti giuridici di cui questi dispongono».

contratto individuale¹⁰¹. Proprio argomentando dal valore oggettivo degli interessi protetti dalla norma inderogabile e dallo squilibrio di forza contrattuale tra i soggetti del rapporto, nel diritto del lavoro *si presume* l'inderogabilità delle norme di legge, salvo che dal dato testuale non emerga una rigorosa prova del contrario¹⁰². Riprendendo quanto anticipato parlando dell'inderogabilità unidirezionale nel precedente paragrafo, va osservato come la presunzione operata dalla dottrina abbia trovato conforto nella ricorrente precisazione del carattere imperativo delle norme lavoristiche da parte del legislatore: da caratteristica ricorrente delle singole disposizioni, l'inderogabilità ha finito per assumere così il valore di una regola generale, di un principio, autoconsolidatosi nell'interpretazione delle stesse norme.

Tirando le fila del discorso sin qui condotto, da un esame delle ricostruzioni prospettate dalla dottrina risulta abbastanza agevole individuare, su un piano generale, almeno tre distinte *ragioni* dell'inderogabilità della disciplina lavoristica, considerata nel suo insieme: la protezione di interessi soggettivi (patrimoniali e biologici) della persona del lavoratore, l'esigenza di ripristinare una sorta di "giustizia contrattuale" (o almeno di vietare gli abusi peggiori della disparità di forza contrattuale) nel rapporto di lavoro, l'opportunità di disciplinare in maniera uniforme rapporti facenti capo ad un'unica organizzazione produttiva (nei limiti, segnalati, in cui la disciplina inderogabile si presti effettivamente a tale scopo).

Di queste tre possibili finalità, l'ultima, che potremmo definire "di carattere strutturale", è immanente alla struttura stessa dell'impresa quale aggregazione, di capitali, mezzi e forza lavoro, *organizzata*. Ma questa esigenza di uniformità della disciplina dei rapporti interni all'azienda trova forse la sua realizzazione piena non tanto nella disciplina legale, destinata ad applicarsi su tutto il territorio nazionale e

¹⁰¹ Cfr. O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., pp. 91-92; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 139 ss.

¹⁰² Vedi, su tutti, G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore.*, cit., p. 19 ss.; M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 158 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 49 ss.

quindi scarsamente sensibile alle istanze di diversificazione provenienti dalle differenti realtà locali, quanto piuttosto nel contratto collettivo aziendale. Ed anzi, proprio l'emergere della *ragione aziendale* nella regolamentazione uniforme dei rapporti di lavoro, pur limitatamente ad un singola realtà produttiva, motiva nuove istanze di superamento del primato della fonte nazionale inderogabile¹⁰³.

Quanto invece alle ragioni dell'inderogabilità connesse al ristabilimento di una "giustizia contrattuale", in una con la disparità di forza negoziale tra le parti del negozio, occorre fare una precisazione. La dottrina, che argomenta l'inderogabilità della disciplina eteronoma partendo dalla debolezza negoziale del prestatore individuale, opera un confronto diretto tra i due soggetti del contratto di lavoro, il singolo imprenditore e il singolo prestatore di lavoro. Questa prospettiva ben si attaglia ad una realtà economica in cui il soggetto "forte" del rapporto di lavoro possa confrontarsi in condizioni di sostanziale parità (di regole) rispetto ai suoi *competitors*, in quanto vincolati all'applicazione dei medesimi standard di trattamento dei relativi prestatori di lavoro, e, di conseguenza, ai medesimi costi. In uno scenario globalizzato come quello attuale, il singolo imprenditore nazionale si trova però esposto alla concorrenza *differenziale* di altri soggetti, avvantaggiati dall'essere localizzati in ordinamenti che prevedono regole sul rapporto di lavoro decisamente meno restrittive e, di conseguenza, minori costi per l'impiego della manodopera. L'imprenditore nazionale, soggetto "forte" sul piano del rapporto di lavoro, risulta al tempo stesso soggetto "debole" nel confronto con (molti) dei suoi attuali competitori. Detto altrimenti, la globalizzazione dell'economia non muta – almeno in una prima fase – i rapporti di forza *interni* alle parti del contratto di lavoro, ma fa sì che l'ordinamento nazionale – di cui il diritto del lavoro rappresenta solo un

¹⁰³ Il tema sarà oggetto di specifico approfondimento nella seconda parte del lavoro. Per il momento, può rinviarsi a E. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – n. 134/2011; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012; S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 6, p. 440 ss.

settore, per quanto di primaria importanza – assuma quale prospettiva visuale *anche* l'emergente posizione di debolezza – vera o presunta – sul piano internazionale del soggetto contrattualmente forte nell'ambito – tutto interno all'ordinamento – del rapporto di lavoro. Un cambiamento di prospettiva che il diritto del rapporto di lavoro *subisce*, in funzione di interessi generali – la permanenza delle imprese all'interno dei confini nazionali rappresenta infatti la preconditione da cui dipende l'esistenza stessa di una qualche prospettiva di mantenimento dell'occupazione e di redistribuzione del reddito – che l'ordinamento giuridico è chiamato a contemperare con le esigenze fatte proprie dal diritto del lavoro e dalla norma inderogabile.

Non incise dai mutamenti cennati sembrano invece le istanze di protezione di beni attinenti alla sfera personale del lavoratore, quali ad esempio l'integrità fisica, il diritto a non subire discriminazioni, la realizzazione della propria personalità individuale attraverso l'esercizio del diritto al lavoro. Queste esigenze, che vengono implicate nel rapporto di lavoro ma che esulano dall'aspetto puramente mercantile del contratto, danno vita ad altrettante istanze di protezione non soggette a mutazioni nel tempo, in quanto espressione dei valori fondamentali riconosciuti dalla Carta costituzionale. Anzi, l'implementazione della legislazione antidiscriminatoria, su impulso dell'Unione Europea, testimonia una crescente attenzione del legislatore nazionale – seppure “indotta” – per le istanze di protezione dell'individuo che implica se stesso nell'adempimento di un contratto.

L'ipotesi prospettata dalla dottrina, e che sarà oggetto di verifica nella seconda parte del lavoro, è che i cennati mutamenti del contesto economico comportino un ri-orientamento della protezione del lavoratore dalla sfera contrattuale alla sfera più direttamente personale¹⁰⁴. Una ‘selezione’, dunque, dei beni oggetto di protezione da parte dell'ordinamento lavoristico, che non necessariamente impone

¹⁰⁴ Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., in particolare p. 65 ss.; A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 185.

tuttavia anche un superamento della tecnica legislativa di regolazione: i contenuti della norma sono altro rispetto alla sua cogenza.

Sul presupposto, empiricamente verificabile, per cui il contesto economico e sociale in cui le norme sono poste, ovvero l'aspetto temporale del sistema, non costituisce una variabile indipendente rispetto ai contenuti ed alle tecniche della legislazione, nell'immediato prosieguo del lavoro si cercherà quindi di passare in rassegna, almeno per sommi capi, le tappe più significative dello sviluppo della nostra legislazione lavoristica, al fine di verificare se già in passato si siano manifestati fenomeni di riarticolazione delle tutele ed in funzione di quali interessi.

CAPITOLO SECONDO

DALL'AFFERMAZIONE DELL'INDEROGABILITÀ... AL SUO SUPERAMENTO?

SEZIONE I – IL PERCORSO STORICO DI AFFERMAZIONE DEL PRINCIPIO DI
INDEROGABILITÀ NELL'ORDINAMENTO POSITIVO ITALIANO.

Sommario: 1. Dalla legislazione sociale alla giurisprudenza dei *probiviri*: la nascita del diritto del lavoro inderogabile. 1.1. La 'questione sociale' e la 'legislazione sociale'. 1.2. La nascita del movimento operaio e le prime manifestazioni dell'autonomia collettiva: il concordato di tariffa. 1.3. La magistratura dei *probiviri*. 2. L'ordinamento corporativo e l'inderogabilità del contratto collettivo corporativo. 3. Le prime affermazioni compiute dell'inderogabilità della disciplina legale del rapporto di lavoro: l'art. 8 r.d.l. n. 692/1923 e l'art. 17 r.d.l. n. 1825/1924. 4. L'inderogabilità nella legislazione del lavoro post-costituzionale.

1. Dalla 'legislazione sociale' alla giurisprudenza dei probiviri: la nascita del diritto del lavoro inderogabile.

Secondo un'osservazione piuttosto ricorrente nella dottrina giuslavorista, l'inderogabilità della disciplina del rapporto di lavoro ha rappresentato, sin dal primo embrionale sviluppo della legislazione, un tratto distintivo di questa materia, a tal punto da meritarsi l'appellativo di «attributo genetico del diritto del lavoro»¹.

Peraltro, proprio in un momento in cui le istanze dell'economia globale sembrano in grado di imporre al diritto del lavoro un generale ripensamento di principi e categorie generali, a partire dal sistema delle fonti, l'utilità di una rilettura in chiave 'storica' dei fondamentali della nostra materia, tra cui l'inderogabilità delle sue regole, è osservazione condivisa dalla dottrina, in una con la necessità di fornire

¹ Cfr. R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 227 ss. Tra gli studi più recenti sulle prime fasi storiche della legislazione italiana in materia di lavoro possono ricordarsi, oltre al saggio da ultimo citato, L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994; EAD., *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, vol. I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 3 ss.; AA. VV., *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, a cura di M. NAPOLI, Vita & Pensiero, Milano, 2003.

un'immagine dinamica, non stereotipata delle tecniche regolative impiegate dal legislatore.

In questo paragrafo, diviso per facilità di lettura in tre sottoparagrafi, incentreremo l'attenzione sulle prime fasi storiche dello sviluppo del diritto del lavoro italiano, cercando di enucleare, per quanto possono rilevare ai fini del presente studio, le caratteristiche dei tre elementi che diedero impulso a questo processo di formazione della scienza lavoristica e di consolidamento delle sue fonti: la legislazione sociale, il concordato di tariffa e la giurisprudenza dei *probiviri*.

1.1. La 'questione sociale' e la 'legislazione sociale'.

Con il termine 'legislazione sociale' si indicano, convenzionalmente, i primi provvedimenti emanati dallo Stato unitario in materia di rapporti di lavoro, a partire dagli ultimi due decenni dell'Ottocento, in risposta all'esplosione della 'questione sociale' posta dalla progressiva diffusione di un nuovo modello produttivo: la fabbrica industriale.

Si trattò in realtà di una serie di provvedimenti piuttosto disorganici e di contenuto assai limitato se confrontati con l'analogia legislazione già emanata in altri Paesi europei di più antica industrializzazione, finalizzati essenzialmente a limitare le forme peggiori di sfruttamento della manodopera, in particolare delle 'mezze forze', donne e fanciulli in tenera età, nell'industria manifatturiera allora nascente.

Prima di esaminare più da vicino il contenuto di queste leggi e di proporre una possibile lettura limitatamente ai fini del presente lavoro, riteniamo opportuno svolgere una duplice premessa.

Da un punto di vista specificatamente giuridico, il nuovo modo di lavorare che iniziò a diffondersi anche nel neonato Regno d'Italia con l'avvento della fabbrica fordista, basata sull'organizzazione del lavoro in turni e sulla rigida divisione delle competenze, non trovava un referente diretto nel sistema dei contratti delineato dal

codice civile del 1865. Come è noto, questo codice, di derivazione napoleonica, contemplava all'art. 1568 il contratto di locazione, che poteva avere ad oggetto «le cose o le opere»; il seguente art. 1570 definiva la locazione di opere come «un contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». E ancora, all'interno della locazione di opere, l'art. 1627 individuava a sua volta tre distinte sotto-categorie di prestazione del lavoro, la prima delle quali, «quella in cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio», rappresentò il tipo legale – la *locatio operarum*² – in cui la gran parte della dottrina italiana, facendo proprio un orientamento espresso nel primo trattato di Lodovico Barassi del 1901³, inquadrerà il contratto di lavoro intercorrente tra l'imprenditore e l'operaio che prestava continuativamente le proprie energie, in regime di subordinazione, in cambio di un salario.

Non può darsi conto in questa sede del lungo processo di costruzione scientifica del tipo “lavoro subordinato”, frutto dell'elaborazione paziente della dottrina e della giurisprudenza del primo Novecento, che porterà alla tipizzazione del “lavoratore subordinato” contenuta nell'art. 2094 del codice civile del 1942⁴. Il dato

² *Locatio operis e locatio operarum*, categorie concettuali di derivazione romanistica, sogliono presentarsi come gli antecedenti storici delle moderne figure di lavoro autonomo e lavoro subordinato, tipizzate nel codice civile del 1942, rispettivamente agli artt. 2222 e 2094. A ben vedere, la distinzione tra le due categorie romanistiche era funzionale semplicemente alla imputazione tra le parti del negozio dei rischi inerenti all'adempimento dell'obbligazione: l'utilità della prestazione (c.d. *commodum obligationis*) e l'impossibilità del lavoro (c.d. *periculum obligationis*). Saranno soltanto la diffusione su larga scala del lavoro nelle fabbriche e la successiva posizione di una legislazione protettiva dei salariati a connotare questa distinzione concettuale di una ulteriore rilevanza pratica, derivando dalla qualificazione del rapporto in termini di locazione *di opere* l'applicazione del regime protettivo connesso allo *status* soggettivo del prestatore. Sulla distinzione concettuale tra *locatio operis* e *locatio operarum* può rinviarsi a E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, cit., p. 36 ss.

³ Risale al 1901 la prima edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* di L. BARASSI, trattazione che sarà riproposta, quasi integralmente rinnovata, in una seconda edizione composta da due volumi pubblicati tra il 1915 e il 1917. Come noto, all'inquadramento del lavoro subordinato all'interno della locazione di opere si contrapponeva una diversa teoria, proposta da Francesco Carnelutti, che concepiva diversamente la prestazione di lavoro come forma di vendita di energie. Per un accenno al dibattito interno alla dottrina circa l'inquadramento del lavoro salariato ed i riferimenti bibliografici inerenti, vedi *supra*, nt. 2 p. 2.

⁴ Per un approfondimento del tema cennato può rinviarsi a L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit.; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit.; AA.VV., *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di M. NAPOLI, cit.

che in questa sede si vuole piuttosto rimarcare, perchè costituisce un elemento significativo per la comprensione del processo che accompagnò la formazione della legislazione sociale, è la mancanza di una cornice civilistica costruita *ad hoc* entro cui inquadrare, sotto il profilo tipologico, il fenomeno, allora del tutto nuovo, del lavoro nelle fabbriche.

La seconda premessa che si ritiene utile al discorso che si va conducendo sulla legislazione sociale è di ordine più prettamente storico-economico. Lungi dal rappresentare una ‘variabile indipendente’ dal contesto sociale, la regolamentazione legale dei rapporti negoziali trae fondamento proprio dalle esigenze e dalle pressioni esercitate dai consociati, nonchè dal substrato economico di riferimento.

Al momento dell’unificazione politica, compiuta nell’anno 1861, l’Italia presentava condizioni generali di povertà e arretratezza economica, con scarsissima diffusione della impresa industriale rispetto ai più avanzati Paesi europei, come la Germania, anch’essa in corso di unificazione ad iniziativa dello Stato prussiano, la Francia e il Regno Unito⁵. Le condizioni generali dell’economia, complessivamente non buone, erano aggravate dallo squilibrio, già all’epoca significativo, tra Nord e Sud del Paese. L’arretratezza del Meridione, dove di fatto mancavano capitali e una classe dirigente in grado di avviare uno sviluppo industriale su larga scala, fu anzi acuita dal processo di unificazione, che comportò per l’economia meridionale il passaggio dal sistema doganale fortemente protezionistico, vigente durante la dominazione borbonica, alle politiche libero-scambistiche adottate dalla Destra storica su modello dello Stato piemontese. La nuova politica liberale in materia doganale, imposta dal Governo dello Stato unitario, determinò una immediata perdita di competitività per quelle industrie meridionali, per lo più meccaniche e tessili, che precedentemente avevano tratto vantaggio dal protezionismo doganale⁶.

⁵ Per uno studio delle condizioni economiche e delle vicende storiche del Paese all’indomani dell’unificazione, può rinviarsi a R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d’Italia (1861-1940)*, Giappichelli, Torino, 2001; R. ROMANELLI, *L’Italia liberale (1860-1900)*, Il Mulino, Bologna, 1979.

⁶ R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d’Italia*, cit., p. 5 ss.

Le esigenze di bilancio dello Stato liberale ed il costante aumento del debito pubblico, derivanti dalla necessità di dotare il neonato Regno d'Italia di un adeguato apparato amministrativo e di potenziarne la capacità militare, imposero oltretutto l'adozione di un sistema fiscale, per l'epoca, assai pesante, e per di più caratterizzato da una forte imposizione sui consumi, anche dei generi alimentari più poveri⁷. Diffuso risultava ancora l'analfabetismo, con punte superiori all'80% nelle regioni meridionali ancora agli inizi degli anni Settanta. Scarsamente sviluppate risultavano la rete viaria e soprattutto ferroviaria, fattore questo che contribuì certamente a ritardare (unitamente alla frammentazione politica perdurante sino oltre la metà del secolo) l'industrializzazione su larga scala.

Fino al 1880 l'economia italiana manterrà del resto una fisionomia prettamente agricola, e lo sviluppo dell'industria sarà poco significativo, concentrato quasi esclusivamente in alcune province del Nord del Paese. La manifattura più importante era in assoluto quella tessile, in particolare della seta e della lana, e la produzione, per lo più di prodotti semilavorati, era in buona parte destinata all'esportazione. Le filande e i piccoli opifici industriali, ambienti stretti e malsani dove le condizioni di lavoro erano pressoché disumane, con orari di lavoro compresi tra le dodici e le sedici ore giornaliere⁸, erano caratterizzati per lo più dalla scarsa

⁷ Vedasi R. ALLIO, *ult. op. cit.*, pp. 10-11.

⁸ Sulle condizioni di lavoro nei vecchi opifici industriali sono stati condotti diversi approfonditi studi, alcuni anche recenti, sia su scala nazionale che a livello locale, dai quali si evince come l'arretratezza tecnologica della manifattura tessile si accompagnava a condizioni di lavoro talmente insopportabili da porre in pericolo persino la tenuta demografica della nazione e, di conseguenza, le sue prospettive di sviluppo militare e industriale. Oltre alle pubblicazioni già citate vanno senz'altro ricordati, anche per la dovizia dei dati storici e statistici proposti, A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Bontempelli, Roma, 1913; F. ARCÀ, *Legislazione sociale*, 1914, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. VI, p. I ss., Società Editrice Libreria, Milano, 1930; M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979; S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, La Nuova Italia, Firenze, 1972; G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge sul lavoro dei fanciulli*, in *Movimento operaio e socialista*, 1974, p. 235 ss.; L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, in *Quaderni Fiorentini*, nn.3/4, 1974-5, p. 103 ss.; U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995; A. COVA, *Impresa e lavoro a Milano ai primi del Novecento*, in AA.VV., *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, a cura di M. NAPOLI, cit., p. 45 ss.

meccanizzazione, imputabile alla limitata disponibilità di capitali privati, che veniva compensata dal basso costo della manodopera, favorito dal diffuso impiego di donne e fanciulli di tenera età⁹.

All'avvento al potere della Sinistra storica, nel 1876¹⁰, seguì l'adozione di una politica doganale maggiormente protezionistica (soprattutto a partire dal 1887) che diede finalmente impulso agli investimenti industriali, in particolare dei settori tessile, caseario, meccanico ed anche siderurgico grazie alle commesse statali¹¹. Questo sviluppo economico, caratterizzato da un nuovo soggetto produttivo, la grande fabbrica meccanizzata, sarà ulteriormente favorito, a partire dagli ultimi anni del secolo, dal miglioramento della congiuntura economica internazionale, oltre che dal sempre più cospicuo intervento di capitali pubblici nell'industria, promosso dal Governo Giolitti a cavallo tra i due secoli. Accanto alla tradizionale industria tessile e siderurgica, dipendente dalle commesse statali, crebbe così una più moderna imprenditoria, che nel tempo diede vita a diversi gruppi industriali diffusi su scala nazionale, alcuni dei quali (Fiat, Olivetti, Pirelli, Ilva) sono sopravvissuti con alterne fortune sino ad oggi.

⁹ Nei lavori che non richiedevano particolari sforzi fisici, le donne e i fanciulli di tenera età erano infatti preferiti dagli industriali rispetto ai lavoratori maschi adulti, in quanto più disciplinati e meno inclini allo sciopero, oltre che disposti a ricevere paghe ancor più misere dei colleghi uomini. Dai dati elaborati dall'allora Ministero dell'Agricoltura Industria e Commercio («MAIC», presso cui solo nel 1902 fu istituito un Ufficio del Lavoro) nel corso di un'inchiesta svolta nell'anno 1877, e riportati da R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d'Italia*, cit., pp. 34-35, e da L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit., p. 119, sappiamo ad esempio che su complessivi 200.393 lavoratori ufficialmente impiegati nei setifici del Regno in allora, ben 64.273 erano fanciulli sotto ai quindici anni e 120.428 le donne, a fronte di soli 15.692 maschi sopra i quindici anni. Complessivamente, su 382.131 lavoratori ufficialmente impiegati in quell'anno negli opifici e nelle manifatture industriali, quasi la metà (188.486) erano donne e 90.083 i fanciulli, a fronte di "appena" 103.562 maschi di età superiore ai quindici anni. Cfr. anche S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, cit, p. 31 ss.

¹⁰ Con Destra e Sinistra Storica si intendono le formazioni, entrambe assimilabili al pensiero liberale, che nulla hanno a che vedere il significato politico corrente oggi; tali denominazioni dipendevano semplicemente dalla collocazione dei loro esponenti nelle Camere del Parlamento. La nascita dei partiti in senso moderno rappresentò un fenomeno di molto successivo all'unificazione politica del Paese: il Partito dei Lavoratori Italiani (destinato a diventare poi Partito Socialista, dopo una serie di divisioni interne) fu fondato solo nel 1892, il Partito Popolare nel 1919, il Partito Comunista nel 1921.

¹¹ Cfr. R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d'Italia*, cit., p. 34 ss.

Il progressivo avanzamento verso un'economia capitalistica e la contestuale nascita di una nuova classe sociale, il proletariato urbano, costretto a vivere in condizioni di miseria nei sobborghi delle grandi città e in prossimità delle fabbriche, provocò un aumento delle tensioni sociali e degli scioperi, spesso di carattere violento e repressi duramente¹². I problemi (anche di ordine pubblico) derivanti dall'inurbamento di una gran massa di persone, emigrate dalle campagne per impiegarsi nelle fabbriche cittadine, e la necessità di promuovere degli interventi per mitigare l'asprezza delle condizioni di vita e di lavoro della neonata classe operaia, furono rilevati anche da alcune inchieste parlamentari¹³, che daranno l'*input* ai primi disegni di legge in materia di lavoro nelle industrie. Progressivamente, ai politici dello Stato liberale si rese evidente l'inadeguatezza di un atteggiamento di carattere esclusivamente poliziesco e repressivo del nascente conflitto sociale¹⁴; occorreva piuttosto approntare una normativa di segno diverso, che fosse in grado di eliminare alla radice, o per lo meno di mitigare, le origini di questo nascente malessere, che minacciava l'esistenza stessa dello Stato e il mantenimento degli equilibri sociali¹⁵. Limitando la forma più inaccettabile di sfruttamento della manodopera, ovvero l'impiego indiscriminato delle 'mezze forze', donne e fanciulli, si sarebbe potuto arginare sul nascere il conflitto tra le classi, e mantenere così il malcontento del proletariato entro livelli tali da consentire comunque lo sviluppo della nascente

¹² Dai dati ufficiali, assolutamente parziali, diffusi dal MAIC e riportati da G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge sul lavoro dei fanciulli*, cit., p. 87 ss., sappiamo che tra il 1860 e il 1869 si verificarono 132 scioperi, 553 nel decennio successivo, 263 solo nel quadriennio 1878-1882.

¹³ Devono ricordarsi in particolare l'inchiesta sulle condizioni di lavoro nelle fabbriche promossa nel 1879 dall'onorevole Cairoli, allora presidente del Consiglio e Ministro *ad interim* per l'Agricoltura, e l'inchiesta sugli scioperi della commissione presieduta dal consigliere della Corte di cassazione di Roma Bonassi nel 1878.

¹⁴ Ricordiamo che sino alla promulgazione del codice penale Zanardelli nel 1889, il vigente codice penale sardo piemontese del 1859 incriminava lo sciopero. Vedi *infra* il paragrafo successivo.

¹⁵ Il dibattito parlamentare antecedente al varo delle prime leggi sociali e la tenace opposizione degli industriali a misure che limitassero lo sfruttamento delle mezzeforze (con il conseguente rincaro del costo della manodopera impiegabile) è ben descritto da L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit.

industria capitalistica. Alla ‘questione sociale’, lo Stato liberale rispose dunque con la ‘legislazione sociale’.

Il primo provvedimento legale rivolto a limitare l’impiego delle mezze forze nella manifattura fu la legge 11 febbraio 1886, n. 3657¹⁶, rubricata quale «Legge sul lavoro dei fanciulli» ma passata alla storia, in ragione dei suoi contenuti protettivi a dir poco minimali, come “legge infame”¹⁷. Essa prevedeva il divieto di ammettere al lavoro, negli opifici industriali, nelle cave e nelle miniere, i fanciulli di ambo i sessi di età inferiore ai nove anni, dieci per i lavori sotterranei. Subordinava l’ammissione al lavoro dei giovani sotto ai quindici anni al possesso di una certificazione medica attestante il buono stato di salute e l’idoneità allo svolgimento del lavoro. Fissava in quindici anni l’età minima per lo svolgimento di lavori pericolosi o insalubri¹⁸, da individuarsi con un successivo regolamento¹⁹. Quanto alla durata della giornata lavorativa, questa veniva limitata ad otto ore ma solamente per i fanciulli di età compresa tra i nove e i dodici anni. Quale sanzione in caso di trasgressione ai divieti si prevedeva una multa tra le 50 e le 100 lire per ogni fanciullo irregolarmente ammesso al lavoro, raddoppiata in caso di recidiva, a carico del contravventore.

¹⁶ Il testo è consultabile nella *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, parte principale, Serie terza, vol. LXXX°, anno 1886, pp. 144-147.

¹⁷ L’espressione, attribuita all’Onorevole Nitti e citata da L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p. 6, nasceva dalla consapevolezza da parte degli stessi parlamentari che l’avevano votata della sua totale inadeguatezza: «si è discusso per vent’anni per fare una legge mostruosa e infame, una legge che tutti sapevano che non si poteva applicare e che i deputati e i senatori votarono con questo profondo convincimento».

¹⁸ Da notarsi che il lavoro notturno, ai sensi del regolamento di esecuzione della stessa legge, era considerato insalubre, quindi vietato di regola per i fanciulli di età inferiore ai dodici anni, e limitato, nella durata massima, a sei ore consecutive. Peraltro, qualora «necessità tecniche ed economiche» avessero imposto la continuità del lavoro, il Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio, previo parere favorevole del consiglio superiore di sanità e del consiglio dell’industria e del commercio, poteva consentire il lavoro notturno anche ai fanciulli di età inferiore ai dodici anni.

¹⁹ Approvato con Regio Decreto n. 4082 del 17 settembre 1886, consultabile nella *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, parte principale, Serie terza, vol. LXXXII°, anno 1886, pp. 3184-3205. Questo regolamento specificava la nozione di «opificio industriale» ai fini dell’applicazione delle disposizioni della legge, definito come «ogni luogo ove si compiano lavori manuali di natura industriale col mezzo di motore meccanico, qualunque sia il numero di operai adibiti. Quando non si adoperi alcuna specialità di motori, è considerato opificio ogni luogo dove lavorino riuniti in modo permanente almeno dieci operai».

Questa legge, già di per sè deteriore quanto a contenuti protettivi rispetto ad analoghe normative in vigore negli stessi anni in altri Paesi europei²⁰, era resa praticamente ineffettiva dagli scarsissimi controlli, affidati agli ingegneri delle miniere e agli ispettori delle industrie²¹. Oltretutto, proprio la nozione di opificio industriale contenuta nel regolamento di esecuzione consentiva facili elusioni da parte degli industriali, ai quali era sufficiente decentrare la produzione in piccoli stabilimenti con meno di dieci operai per eludere i limiti e i divieti imposti dalla legge.

Da sottolineare che la normativa del 1886, contrariamente ai primi disegni di legge presentati in parlamento e poi ritirati per la tenace opposizione degli industriali²², non disciplinava in alcun modo il lavoro delle donne. Questa lacuna sarà colmata solamente dalla legge 19 giugno 1902, n. 242²³, passata agli annali come ‘legge Carcano’ dal nome del Ministro presentatore, poi parzialmente modificata dalla legge 7 luglio 1907, n. 416 e quindi confluita nel Testo Unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli (legge 10 novembre 1907, n. 818²⁴), a sua volta implementato dal regolamento di esecuzione contenuto nel decreto luogotenenziale 6 agosto 1916, n. 1136²⁵. La legge Carcano innalzava a dodici anni l’età minima per

²⁰ Ad esempio, la normativa tedesca e danese vietavano il lavoro festivo dei fanciulli, ammesso invece da quella italiana; l’età minima di accesso al lavoro fissata da questa in nove anni era la più bassa tra tutti gli Stati continentali; nessuna limitazione veniva prevista per il lavoro delle donne in coincidenza col parto, profilo già regolato dalla legislazione inglese e francese: cfr. M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, cit., pp. 11-12.

²¹ Questi ultimi, come ricorda L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell’Italia liberale*, cit., p. 120, al momento dell’approvazione della legge, ammontavano a “ben” tre unità su tutto il territorio nazionale, e tali rimasero sino al 1893.

²² Questi temevano infatti le conseguenze immediate di una legislazione che ponesse dei limiti stringenti all’utilizzo tanto diffuso delle mezze forze, in termini di aumento del costo della manodopera impiegabile e conseguente perdita di competitività per un sistema produttivo che, dato lo scarso sviluppo tecnologico, si reggeva soprattutto grazie allo sfruttamento delle mezze forze: cfr. L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell’Italia liberale*, cit., p. 120 ss.

²³ Consultabile in *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, parte principale, vol. III°, anno 1902, pp. 2412-2420.

²⁴ Consultabile nella *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, parte principale, vol. VIII°, anno 1907, pp. 6736-6743.

²⁵ Vedilo in *Raccolta Ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d’Italia*, vol. III°, anno 1916, pp. 2313-2133.

l'ammissione al lavoro dei fanciulli di ambo i sessi e vietava l'impiego delle donne di qualsiasi età nei lavori sotterranei. Vietava il lavoro notturno delle donne minorenni e dei maschi di età inferiore ai quindici anni, salve sempre le deroghe concesse in sede amministrativa. Prevedeva un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro di un mese (riducibile a tre settimane in caso di certificazione medica) dopo il parto, peraltro non accompagnato da alcuna prestazione economica²⁶. Limitava a undici ore la giornata lavorativa dei fanciulli tra i dodici e i quindici anni, prevedendo per loro riposi minimi giornalieri e un riposo obbligatorio settimanale di ventiquattro ore consecutive. In caso di inosservanza delle disposizioni sull'ammissione al lavoro, sull'orario di lavoro e sui riposi obbligatori dei fanciulli e delle donne, la legge comminava pene pecuniarie di vario importo a favore della Cassa nazionale di previdenza per la vecchiaia e l'invalidità al lavoro, già istituita con la legge 17 luglio n. 1898, n. 350²⁷.

Dalle dichiarazioni di voto rese durante il dibattito parlamentare precedente all'approvazione della legge del 1902²⁸, possono apprezzarsi le finalità prettamente sanitarie di questo provvedimento: i limiti all'eccessivo sfruttamento della manodopera femminile (equiparata a quella minorile) erano finalizzati infatti ad evitare una flessione dei tassi di natalità e a non peggiorare le già precarie condizioni di salute in cui versava la popolazione impiegata nelle industrie.

Accanto alle misure dirette a limitare l'impiego di manodopera infantile e femminile nelle fabbriche, sempre nell'ambito dei primi provvedimenti legislativi in materia di legislazione sociale vanno annoverati i primi interventi in materia di previdenza sociale e assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Si ricordano, in

²⁶ Le casse di maternità furono infatti istituite solo nel 1910 ad opera della legge 17 luglio 1910, n. 520.

²⁷ Consultabile in *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. II°, anno 1898, pp. 1762-1777.

²⁸ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, p. 22 ss.

particolare, la legge 8 luglio 1883, n. 1473²⁹, istitutiva della cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro, la legge 15 aprile 1886, n. 3818³⁰, per il riconoscimento legale delle società di mutuo soccorso operaie³¹, la legge 17 luglio 1898, n. 350³², istitutiva della Cassa nazionale di previdenza per la vecchiaia e l'invalidità al lavoro, e la legge 17 marzo 1898, n. 80³³, sugli infortuni sul lavoro, poi riversata nel Testo Unico sugli infortuni sul lavoro degli operai, contenuto nel regio decreto 31 gennaio 1904, n. 51³⁴.

Tra le disposizioni da ultimo ricordate, non v'è dubbio che la disciplina degli infortuni sul lavoro degli operai si rivelerà la misura di maggiore impatto sociale, anche in ragione dell'elevatissima incidenza degli infortuni registrata nelle fabbriche³⁵. Il tradizionale rimedio civilistico del risarcimento del danno a carico dell'imprenditore, dovuto a seguito dell'accertamento della sua responsabilità civile per il sinistro, si rivelava generalmente inadeguato a ristorare il lavoratore e la sua famiglia dalle conseguenze patrimoniali dell'infortunio, sia per gli oneri probatori incombenti sull'infortunato, sia per la lunghezza e il costo del procedimento, sia per il rischio di insolvenza dell'imprenditore in caso di vittoria in giudizio³⁶. Il sistema

²⁹ Vedila in *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, serie terza, vol. LXIX^o, anno 1883, pp. 1783-1791.

³⁰ *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, serie terza, vol. LXXXI^o, anno 1886, pp. 1350-1358.

³¹ Provvedimento finalizzato essenzialmente ad assicurare il controllo politico e finanziario da parte dello Stato delle ormai declinanti società di mutuo soccorso: cfr. L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit., p. 122 ss.; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, p. 76 ss.

³² In *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. II^o, anno 1898, pp. 1762-1777.

³³ *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. I^o, anno 1898, pp. 213-230.

³⁴ *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. I^o, anno 1904, pp. 202-230.

³⁵ Dai dati ufficiali risultanti da un'inchiesta commissionata dal Ministero dell'Interno e riportati da L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit., p. 132, emerge come soltanto nel triennio 1879-1881 gli operai coinvolti in infortuni sul lavoro furono ben 8.783, con una media annuale di 697 morti sul lavoro (si consideri che il numero ufficiale degli occupati nelle industrie, relativo al 1877, era inferiore alle 400.000 unità).

³⁶ Cfr. L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p. 24 ss. Da notarsi che ai sensi dell'art. 1151 c.c. del 1865 il soggetto che per colpa avesse causato a terzi un evento

consegnato dalla legge del 1898 prevedeva invece, in deroga alle regole codicistiche sulla responsabilità civile, l'indennizzo automatico da parte della cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni a favore dell'operaio infortunato, indipendentemente dalla prova della responsabilità civile del datore. L'imprenditore, dal canto suo, si trovava generalmente esonerato dalle conseguenze risarcitorie della responsabilità civile per l'infortunio occorso al lavoratore semplicemente assicurando il dipendente presso la cassa infortuni³⁷. Questo sistema produceva così sostanziali vantaggi per entrambe le parti del rapporto: il lavoratore poteva infatti beneficiare subito di un indennizzo economico in caso di inabilità al lavoro, permanente o totale, senza dover attendere l'esito favorevole del processo ed assumersene i costi e i rischi, in termini di difficoltà probatorie e di eventuale insolvenza della controparte; mentre gli imprenditori si trovavano avvantaggiati proprio dalla possibilità di tradurre un rischio, economicamente non quantificabile *ex ante*, in costo predeterminato, pari ai premi pagati alla cassa.

dannoso era tenuto a risarcire il danno; il successivo art. 1153 specificava ulteriormente come l'obbligo al risarcimento del danno derivasse non solo da un fatto proprio, ma anche dal fatto commesso dalle persone per le quali si fosse assunta la responsabilità (ad esempio, i commessi destinati dal padrone all'esercizio delle incombenze inerenti all'impresa) o provocato dalle cose in custodia. In base alla regola civilistica, spettava quindi al lavoratore provare il fatto dannoso, il nesso di causalità con il danno e la colpa dell'imprenditore, mentre veniva escluso il risarcimento del danno qualora in giudizio si fosse provato il caso fortuito o l'imprudenza dell'operaio. Parte della giurisprudenza, per alleggerire l'onere probatorio incombente sul lavoratore, propose alcuni correttivi al regime generale, prevedendo ad esempio l'inversione dell'onere probatorio e la responsabilità del padrone anche in caso di colpa lievissima. Altra giurisprudenza sostenne una deroga ancora più radicale al regime civilistico, attraverso l'elaborazione della c.d. 'teoria del rischio professionale', per la quale, prescindendosi da ogni collegamento con la colpa dell'imprenditore, la responsabilità di questo discendeva direttamente dalla situazione di pericolo, ineliminabile, creata dall'organizzazione del lavoro di impresa, rispetto alla quale il verificarsi degli infortuni sul lavoro era una conseguenza non controllabile. Per un approfondimento del tema può rinviarsi a L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1986.

³⁷ La legge speciale del 1898 accoglie quindi implicitamente le premesse empiriche della teoria del rischio professionale elaborata da parte della precedente giurisprudenza: considerando il verificarsi degli infortuni un'eventualità pressochè ineliminabile, e prendendo atto della sostanziale inadeguatezza alle peculiarità poste dal lavoro nelle industrie delle regole del diritto comune sulla responsabilità civile, la legge esonerava quindi l'imprenditore dalla responsabilità civile a patto che stipulasse un'assicurazione per gli infortuni sul lavoro dei propri dipendenti, gestita dalla cassa nazionale o da altro ente privato riconosciuto in base alla legge del 1883. In mancanza dell'assicurazione, tornava invece ad operare il regime generale previsto dal codice civile del 1865.

Sempre nell'ambito dei primi provvedimenti di 'legislazione sociale', deve infine ricordarsi la legge del 7 luglio 1907, n. 489, sul riposo settimanale³⁸, seguita dal relativo decreto di attuazione dell'8 agosto 1908³⁹, la quale, pur concedendo ampie deroghe alle industrie di alcuni settori in ragione delle loro peculiari esigenze produttive⁴⁰, assegnava al lavoratore un periodo di ventiquattro ore di riposo settimanali consecutive, di regola coincidenti con la domenica.

Non è possibile esaminare più nel dettaglio il contenuto dei provvedimenti legislativi che abbiamo convenzionalmente ricompreso nell'espressione 'legislazione sociale'. Tuttavia, dai dibattiti parlamentari che precedettero l'approvazione di queste leggi⁴¹ e dalla lettura che ne proposero i giuristi dell'epoca⁴², è possibile evidenziarne il tratto eminentemente conservativo dell'ordine economico-sociale costituito. Deve anche osservarsi come questi provvedimenti non nascessero affatto dall'iniziativa politica dei rappresentanti dei lavoratori⁴³, ma venivano per così dire "concessi" dallo Stato liberale con lo scopo esclusivo del mantenimento della pace sociale⁴⁴.

³⁸ Vedila in *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. V°, anno 1907, pp. 4056-4061.

³⁹ Pubblicato in *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. VI°, anno 1908, pp. 4917-4923.

⁴⁰ Interessi evidentemente ancora preminenti, per il legislatore italiano, persino sulle più elementari necessità socio-sanitarie del prestatore di opere.

⁴¹ Ampiamente riportati da L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit., e da M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, cit.

⁴² Cfr., su tutti, A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, cit.; F. ARCA, *Legislazione sociale*, 1914, cit.

⁴³ Si consideri che nel 1861, anno dell'unità d'Italia, l'elettorato attivo, corrispondente ai soli cittadini di sesso maschile che avessero compiuto i 25 anni era ulteriormente selezionato in base al censo o al titolo di studio, al punto da raggiungere a malapena il 2% della popolazione complessiva, e di poco verrà allargato negli anni successivi. È quindi evidente come proprio i beneficiari delle misure poco o tanto limitative dello sfruttamento della manodopera fossero politicamente privi di rappresentanza, e dunque non direttamente partecipi al processo legislativo.

⁴⁴ «La classe capitalista, smettendo il gretto egoismo che la distingue, impari che ogni concessione fatta ai lavoratori, non è già soltanto una grazia che essa accorda loro per spontanea filantropia ma è un prodotto fatale e necessario della evoluzione civile, è spesso un sacrificio apparente, che reca in fondo un vantaggio agli stessi capitalisti, è in ogni caso, l'unico mezzo per mantenere la pace sociale e per assicurare alla civiltà un progresso ininterrotto»: sono espressioni di A. CONTENTO, *La legislazione operaia. Origini, sviluppo, stato attuale*, Torino, 1901, riportate da L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, cit., p. 107, nt. 9.

L'avvento della macchina stava determinando un cambiamento radicale e irreversibile nella struttura economica e sociale, ovvero il passaggio da un sistema produttivo ancora poggiato sulla corporazione medievale, in cui l'apprendista e il maestro della bottega artigiana erano avvicinati dal lavorare fianco a fianco e dall'appartenenza alla medesima classe sociale, identificata dal comune mestiere esercitato, ad un sistema produttivo capitalistico, in cui l'operaio e il padrone della fabbrica non solo erano fisicamente distanziati nei luoghi di lavoro, ma erano altresì stabilmente e profondamente separati nella collocazione sociale: il divario economico, rappresentato rispettivamente dalla alienità o dalla titolarità dei mezzi di produzione, segnava in modo permanente ed irrimediabile la condizione di vita dell'uno e dell'altro e la rispettiva appartenenza sociale⁴⁵.

Al tempo stesso, lo sfruttamento dei lavoratori, ed in particolare delle 'mezze forze' che l'avvento della macchina aveva reso possibile, in un contesto caratterizzato dall'assenza di una cornice legale entro cui circoscrivere il rapporto di lavoro connotato dalla dipendenza economica e funzionale di uno dei contraenti, era causa di crescenti tensioni sociali e di un complessivo peggioramento delle condizioni di vita e di salute della popolazione: entrambi questi fattori, se non affrontati tempestivamente, mettevano a rischio la stessa permanenza del sistema capitalistico allora nascente e, con esso, la sopravvivenza dell'ordine sociale e dell'ordinamento giuridico che a questo rispondeva.

Nella consapevolezza dell'insufficienza della mera repressione poliziesca del malcontento operaio, gli esponenti dello Stato liberale ritennero dunque necessario procedere ad alcune limitate concessioni alla classe dei lavoratori, così da abbassare i

⁴⁵ Cfr. F. ARCA, *Legislazione sociale*, cit., p. 11 ss. Entrato nella fabbrica l'operaio perdeva la sua identità personale per divenire un costo, un fattore di produzione al pari delle macchine; egli era assoggettato ad un regolamento, imposto dal padrone, che conteneva tutte le regole di disciplina del lavoro. Spesso questi regolamenti di fabbrica imponevano condizioni di svolgimento della prestazione lavorativa a dir poco inumane, come testimoniato dalla ricerca condotta da S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, cit., p. 143 ss.

livelli di malcontento e di scontro sociale, ed impedire un eccessivo deterioramento delle condizioni sanitarie della popolazione impiegata nelle industrie.

Sotto un profilo più strettamente giuridico, e per quanto concerne in particolare l'assetto delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro che si andava lentamente delineando, l'intervento imperativo dello Stato nei rapporti economici attraverso la legislazione sociale risultava alquanto problematico agli occhi della cultura accademica dell'epoca, ancora saldamente ancorata ai dogmi privatistici della libertà negoziale e della parità formale dei contraenti, affermati nel codice. Del resto, il fondamentale principio dell'eguaglianza giuridica tra i privati contraenti, portato della Rivoluzione francese e della successiva codificazione napoleonica, mal si conciliava con la condizione di sostanziale disparità di potere negoziale sottostante al rapporto locativo: il contratto, se lasciato alla totale disponibilità delle parti, da strumento di libertà dell'individuo dallo Stato si stava trasformando in strumento di sopraffazione di un classe sociale sull'altra.

Tra i giuristi dell'epoca più sensibili alle istanze della classe operaia, si fece quindi corpo l'opzione favorevole ad una riforma del codice civile del 1865, che avrebbe dovuto incorporare una disciplina organica della locazione d'opere: questa riforma, superando il principio illuministico della parità giuridica dei contraenti privati, avrebbe dovuto rispondere alla mutata realtà sociale ed economica, ben lontana dal mondo produttivo coevo alla codificazione napoleonica⁴⁶. A prevalere fu invece l'opzione più "moderata", consistente per l'appunto in un intervento *minimale*, perchè teso a vietare solamente le forme più odiose di sfruttamento del lavoro, e *di carattere pubblicistico*, ovvero incidente solo in via indiretta sul

⁴⁶ Tale posizione era sostenuta, tra gli altri, da giuristi come E. Cimbali, G. D'Aguanno, G. Vadalà-Papale, G. Salvioli, P. Jannacone, che si annoverano tra i fondatori della dottrina giuslavoristica italiana, cfr. L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p. 30 ss., e da R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit., p. 229 ss.; M.G. GAROFALO, *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, cit., p. 145 ss.

contratto, attraverso la previsione di divieti e sanzioni di carattere penale e amministrativo⁴⁷.

Scorrendo i repertori di giurisprudenza risalenti a quegli anni, è impossibile non osservare, del resto, la pressochè totale assenza di controversie individuali in cui la violazione di una qualche norma imperativa di quella legislazione sociale, espressamente presidiata dal legislatore con sanzioni di carattere penale o amministrativo, fosse dedotta in giudizio dal lavoratore quantomeno al fine di ottenere un risarcimento del danno alla persona, derivante dall'infrazione alla legge (salvo il caso, particolarmente ricorrente, del danno alla persona derivante da infortunio)⁴⁸. Se è ben vero che il codice civile del 1865 ancora non conosceva una

⁴⁷ Come osservato da R. VOZA, *ult. op. cit.*, p. 233, il codice civile del 1865 allora vigente non conteneva una norma analoga all'art. 1418 c.c., che prevedesse espressamente la nullità del patto contrario a norma di legge imperativa.

⁴⁸ Quale unico esempio di controversia tra padrone ed operaio in cui fosse dedotta da parte di quest'ultimo la violazione di una norma imperativa in materia di lavoro, al fine di conseguire il risarcimento dei danni alla persona del lavoratore, si annovera quella decisa dalla sentenza della Corte di Cassazione penale del 21 settembre 1910, riportata in *Mon. trib.*, 1911, p. 117, n. 19. La vicenda riguardava l'apertura notturna di un panificio, in violazione dell'art. 1 della legge 22 marzo 1908, n. 105, sull'abolizione del lavoro notturno dei fornai. A seguito della contestazione della contravvenzione e della conseguente apertura del procedimento penale a carico del proprietario del forno, uno dei lavoratori chiedeva di costituirsi parte civile, sia in qualità di rappresentante della locale Lega dei lavoratori fornai, sia in proprio. Confermando la pronuncia impugnata del Pretore di Bologna, e affermando, in linea di principio, come l'azione civile di risarcimento del danno proposta in sede penale fosse ammissibile solo in presenza di un danno diretto ed immediato derivante dal fatto di reato, la Cassazione rigettò la domanda di costituzione di parte civile del lavoratore, ritenendo per l'appunto di non poter ravvisare nell'accertata violazione della norma imperativa un antecedente diretto e immediato del danno asserito dal privato: «avvegnacchè la legge 22 marzo 1908 che aboliva il lavoro notturno nei panifici e nelle pasticcerie – si legge nella motivazione –, anzichè intesa allo scopo economico di prevenire o reprimere la sleale concorrenza tra i padroni fornai, e di riflesso, tra gli operai loro dipendenti, ha per sua unica finalità politico-sociale, quella di provvedere al miglioramento delle condizioni igieniche della classe degli addetti al servizio dei forni, vietando, a tal uopo, il lavoro durante le ore della notte, che potrebbe, estenuarne le forze, compromettere la loro sanità fisica. Perciò vuolsi ravvisare affatto inattendibile la deduzione del ricorrente, che cioè la contravvenzione, ascritta al De Maria, si concreti, di per se stessa, in una diminuzione di lavoro e della corrispondente mercede in danno dei lavoratori presso altri forni in cui si ottemperava al divieto ... è di evidenza intuitiva che l'asserita diminuzione di lavoro e di salario, ove pure risultasse accertata in punto di fatto, non potrebbe, al postutto, costituire che una conseguenza molto indiretta (e, per giunta, di difficile valutazione economica), del fatto contravvenzionale».

Al di là della contraddizione logica piuttosto evidente in cui incorre la motivazione, che partendo dalla (corretta) premessa della finalità protettiva della persona del lavoratore impiegato nei forni, finisce con l'escludere categoricamente che dalla sua violazione possa scaturire un qualche danno al lavoratore, anche nei termini prospettati dal ricorrente di perdita economica, derivante dallo sfruttamento abusivo della manodopera al di fuori delle regole legali, e prescindendo dalla specifica questione relativa alle condizioni previste dall'allora codice di procedura penale per la costituzione di parte civile, stride il contrasto tra questa decisione e altre, di opposto segno, che ammettono invece la costituzione di parte civile in sede penale, proprio in occasione di contestate violazioni della

norma analoga al primo comma dell'art. 1418 del vigente codice civile del 1942, che affermasse espressamente la nullità di pattuizioni contrattuali contrarie a norme imperative (e sul carattere imperativo della legislazione sociale non v'è possibilità di dubitare stante l'apparato sanzionatorio previsto – sulla carta – dal legislatore), questo dato pare assumere un rilievo non trascurabile, perchè di fornisce l'esatta cifra del carattere inequivocabilmente pubblicistico di quella legislazione sociale, distante anni luce, nella concezione, nelle finalità e finanche nei riflessi sul contratto di lavoro, dalla legislazione post-costituzionale su cui la categoria dell'inderogabilità è stata teorizzata in tempi moderni.

La legislazione sociale fu così concepita e sviluppata quale insieme di misure che si ponevano e agivano *all'esterno* (e non solo *dall'esterno*) del contratto; e tale limitazione della libertà negoziale poteva giustificarsi, secondo una lettura destinata a riscuotere ampia fortuna nella dottrina giuslavoristica post-costituzionale, in ragione dell'implicazione della persona del lavoratore nell'esecuzione della prestazione⁴⁹.

disposizione sul riposo settimanale, a favore di esercenti concorrenti del contravventore, sul presupposto del danno alla concorrenza commerciale recato dalla violazione del precetto: cfr., ad esempio, Cass. pen., 21 ottobre 1908, in *Mon. trib.*, 1909, p. 477, n. 19; *contra*, Cass. pen., 2 dicembre 1909, in *Mon. trib.*, 1910, p. 638, n. 17. Evidentemente, non essendo configurabile quale operatore economico, il lavoratore, secondo la Cassazione, non può dolersi di alcun danno derivante dalla violazione di legge; al pari di un mero utensile da lavoro egli non sarebbe titolare di alcun interesse qualificato che possa assumere un qualche rilievo al cospetto della Pubblica Autorità. Sotto altro profilo, la pronuncia della Cassazione fornisce una (ulteriore) conferma del carattere pubblicistico della legislazione sociale, che non attiene all'aspetto contrattuale, né 'apre' in alcun modo al riconoscimento di un interesse collettivo, di classe, alla limitazione della concorrenza al ribasso nelle condizioni di impiego.

Peraltro, è agevole rilevare come, a parte l'esempio succitato, le disposizioni imperative della legislazione sociale dessero vita a contenziosi di carattere esclusivamente penalistico, contrapponenti il contravventore della norma, assistita dal precetto penale, alla Pubblica Autorità. Mentre, come detto, e fatta eccezione per la pronuncia sopra riportata, dai massimari non è possibile rinvenire casi in cui la violazione dei precetti legali fosse addotta quale fatto costitutivo del diritto – quantomeno – al risarcimento del danno del lavoratore. Ma certamente anche gli alti costi della giustizia civile ordinaria non favorivano, a monte, l'accesso dei lavoratori ai Tribunali dello Stato, costituendo così un ulteriore fattore di indebolimento dell'effettività della legislazione sociale.

⁴⁹ Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, 2° ed., 1917, p. 328: «Anche nel contratto di lavoro riterremo che la regola è l'autonomia delle parti; ma qui quell'intervento limitatore dell'autonomia è più frequente che in altri contratti patrimoniali, per la natura della prestazione fondamentale (lavoro) che tocca così davvicino la persona tutta quanta del lavoratore. Questo determina anche l'estensione di applicazione della categoricità della norma; di regola fin dove si estende la necessaria tutela del contraente più esposto alla pressione del più forte: il lavoratore». Lo stesso A., a conclusione del ragionamento circa la coattività delle regole legali sulla volontà negoziale affermava peraltro come «in un regime economico-giuridico a base di impresa capitalistica su cui cade il rischio) come il nostro, la regola fondamentale è pur sempre l'autonomia

Ma la legislazione sociale, quale rimedio empirico ed occasionale al conflitto di classe allora emergente, andava pur sempre distinta dalla regolamentazione contrattuale del rapporto di lavoro, di competenza esclusiva del codice civile⁵⁰.

Lungi dal voler superare le divisioni sociali create dall'avvento della fabbrica⁵¹ o dal voler rovesciare il principio di uguaglianza formale tra contraenti privati affermato dal codice, la 'legislazione sociale', chiamata così proprio perchè rivolta ad una determinata classe sociale⁵², rappresentò la risposta dello Stato liberale alle improcrastinabili questioni sociali derivanti dalla diffusione di un nuovo modo di produrre e di prestare il lavoro.

Ma proprio alla luce delle osservazioni sopra svolte, circa l'assenza di conseguenze invalidanti sul contenuto del contratto individuale della violazione delle

individuale. E l'intervento limitatore dello Stato, in quella forma che è determinata dalle cosiddette "leggi sociali del lavoro", se esagerato, può giungere a creare vincoli e aggravii sul capitale da paralizzare l'effetto voluto da quelle leggi ... leggi sociali che inceppano e limitano eccessivamente quest'ultima, che non concervano intatte tutte le energie (non quelle del lavoratore) dirette a conseguire la produzione, sono leggi socialmente dannose, e di cui il primo a soffrire è lo stesso lavoratore».

⁵⁰ Cfr. F. ARCÀ, *Legislazione sociale*, cit., p. 7: «Questa è altresì la distinzione fondamentale che vale per distinguere la legislazione sociale del lavoro, da quella che è invece la regolamentazione giuridica, civilista del *contratto* di lavoro. Questa non può che appartenere al *diritto privato*, perchè è il diritto privato, civile e commerciale, che può regolare con criteri giuridici il contratto di lavoro, il quale, essendo *individuale*, non può prescindere dal fondamento comune a tutti i contratti: la giuridica, formale libertà ed uguaglianza delle parti contraenti».

⁵¹ L'intervento dello Stato nei rapporti economici viene quindi "giustificato" in ragione delle finalità eminentemente conservative dell'ordine economico e giuridico costituito, cfr. F. ARCÀ, *ult. op. cit.*, cit., p. 10, che osserva: «La legislazione sociale, come esplicazione dell'intervento dello Stato nei rapporti tra le classi, trova il suo limite nella permanenza economica delle classi stesse, e si svolge dentro i confini della loro negazione giuridica e politica e della loro affermazione economica. ... La legislazione sociale così – seppure ad una prima superficiale osservazione sembri il contrario – non intacca affatto l'ordine giuridico e politico, mentre, d'altra parte, anche l'ordine economico è lasciato integro nelle condizioni essenziali alla sua permanenza, in quanto lo Stato può solo agire, per la stessa sua natura di Stato neutro, a spostare il limite degli antagonismi tra le due classi economiche. La legislazione sociale dunque, non nega il principio della divisione in classi della società, anzi, supponendole, ne costituisce una implicita affermazione, regola rapporti tra classi, ma sempre nei limiti della persistenza delle classi, così come sono costituite, e ciò appunto perchè non è legislazione per il predominio di una classe sull'altra e per l'abolizione delle classi, ma è una legislazione di riforme nell'ordine esistente».

⁵² «È legislazione sociale *solo e tutta* quella che si riferisce direttamente al lavoro, all'organizzazione dei lavoratori in classe, alle lotte che questa speciale categoria economica spiega contro altre categorie economiche; quella nella quale è direttamente contemplato il lavoratore, la classe lavoratrice, come categoria a sè, nei suoi rapporti con altre categorie e nei suoi rapporti non giuridici con lo Stato»: questa è la definizione, quanto mai esplicativa, di legislazione sociale proposta da F. ARCÀ, *ult. op. cit.*, cit., p. 7.

norme imperative, pare forse doversi rivedere, o quantomeno ammettere con molta prudenza, quell'accostamento (facile) tra l'apparato normativo inderogabile, attuativo dei principi costituzionali, che ha rappresentato il modello normotipico su cui la dottrina ha elaborato la categoria dell'inderogabilità, e la 'legislazione sociale' varata nei decenni precedenti dallo Stato liberale. Al tempo del "diritto borghese", quell'«attributo genetico» del diritto del lavoro che molta letteratura assume come carattere unificante e trascendente della legislazione lavoristica, l'*inderogabilità*, sembra colorarsi di ben altre tonalità rispetto ai "fasti" della legislazione garantistica e promozionale della seconda metà del Novecento.

1.2. La nascita del movimento operaio e le prime manifestazioni dell'autonomia collettiva: il concordato di tariffa.

Parallelamente allo sviluppo della prima legislazione sociale, a seguito della progressiva diffusione della grande industria meccanizzata iniziarono a prendere vita anche le prime forme di organizzazione sindacale del movimento operaio.

Non sarà possibile in questa sede ripercorrere tutte le tappe della nascita e sviluppo dell'organizzazione sindacale che portarono alla fondazione, nel 1906, della prima Confederazione Generale del Lavoro (GCdL), organismo unitario di rappresentanza dei salariati nelle industrie; percorso che proseguirà, interrotto solo dalla parentesi dell'esperienza corporativa (1926-1944), sino alla formazione delle attuali tre maggiori confederazioni sindacali nell'immediato secondo dopoguerra, seguendo una linea di sviluppo in parte parallela a quella dei moderni partiti⁵³.

⁵³ Sulle prime fasi di sviluppo dell'organizzazione sindacale del movimento operaio e sull'inquadramento giuridico della contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro nella fase pre-corporativa, può rimandarsi a M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 3-11; S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, cit., p. 459 ss.; U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 123 ss.; L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, cit., p. 82 ss.; EAD., *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p. 4 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Contratto collettivo di lavoro (voce)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 55; L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico*

In linea generale può osservarsi come l'evoluzione del movimento operaio seguì, con il medesimo ritardo del processo di industrializzazione, le stesse tappe di altri Paesi europei. Nata come aggregazione contingente e spontanea di lavoratori di una stessa fabbrica (o addirittura di uno stesso reparto, addetti alle medesime mansioni) con finalità eminentemente rivendicative di maggiori salari e più umane condizioni di lavoro, la *coalizione sindacale* lentamente esce dai cancelli della fabbrica e si trasforma in un'organizzazione stabile, dandosi strutture e raggio d'azione improntati alla solidarietà di classe: prima attraverso l'aggregazione di lavoratori di diversa professionalità e mestiere, accomunati però dall'appartenenza ad un medesimo ramo d'industria⁵⁴; poi, gradualmente, attraverso lo sviluppo di strutture verticali, le Federazioni, più adatte a promuovere scioperi e rivendicazioni salariali su larga scala, e strutture orizzontali, le Camere del Lavoro, dirette ad aggregare le sezioni locali delle Federazioni dei diversi settori produttivi⁵⁵.

Occorre subito precisare come il quadro giuridico entro cui il movimento operaio compiva i primi passi verso una più compiuta organizzazione interna fosse contraddistinto, all'indomani dell'unificazione del Paese, dall'aperta ostilità dello Stato borghese. Ben lungi dal riconoscere i fondamentali diritti di sciopero e di

italiano, in *Jus*, 1975, p. 167; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 5-20.

⁵⁴ Al primo sindacalismo, c.d. di mestiere, volto ad aggregare gruppi omogenei di lavoratori, per lo più di maggiore specializzazione e tradizione storica, e finalizzato alla promozione di un livello minimo di retribuzione ed alla riduzione dell'orario di lavoro, per ragioni di solidarietà di classe e di efficacia d'azione si sostituirà ben presto il sindacalismo c.d. per ramo d'industria, diretto ad aggregare lavoratori di diversa professionalità, accomunati piuttosto dall'appartenenza ad un medesimo settore produttivo. Cfr. in particolare M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 6 ss. Quest'ultimo modello organizzativo sarà destinato a prevalere sino ad oggi, pur non mancando, soprattutto tra il sindacalismo autonomo, importanti associazioni 'di mestiere' costituite nell'ambito di lavoratori altamente specializzati (si pensi al settore dei trasporti e della dirigenza pubblica e privata).

⁵⁵ Dall'esigenza di coordinare e sostenere l'azione dei gruppi locali e di elaborare piattaforme rivendicative comuni nacquero le Federazioni, organizzate principalmente per ramo d'industria, a partire dal settore librario, edile e metallurgico. Già verso la fine degli anni Ottanta, in contrapposizione alle Camere di Commercio, nelle località di più intenso sviluppo industriale le leghe di lavoratori e le locali associazioni operaie avevano iniziato a dare vita alle Camere del Lavoro, svolgenti per lo più funzioni di collocamento dei lavoratori e di mediazione delle controversie collettive. Cfr. M.V. BALLESTRERO, *op. loc. ult. cit.*; S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, cit. p. 631 ss.

libertà sindacale, che costituiscono oggi principi fondanti lo Stato democratico, la legislazione allora vigente puniva col carcere la *coalizione*, ovvero l'accordo tra datori o prestatori di lavoro, finalizzato ad ottenere una modifica delle condizioni di lavoro, soltanto che tale accordo trovasse un «principio di esecuzione» nello sciopero o nella serrata⁵⁶. Per l'ordinamento dello Stato unitario lo sciopero rappresentava ancora, evidentemente, un fenomeno *patologico*, perturbatore dell'ordine sociale e dannoso per l'economia, dunque da combattere e reprimere attraverso un intervento di carattere poliziesco⁵⁷.

Verso la metà degli anni Ottanta del secolo, si diffuse finalmente nell'opinione della classe politica la consapevolezza del carattere *fisiologico* del conflitto collettivo, quale strumento funzionale (ed imprescindibile) al rafforzamento del potere contrattuale dei lavoratori. Ferma restando la repressione delle violenze commesse in occasione degli episodi di sciopero, questo non poteva più essere trattato alla stregua di un problema di ordine pubblico, ma rendeva improcrastinabile un intervento di carattere prevenzionistico, che eliminasse o quantomeno alleviasse, a monte, le ragioni del malcontento e del conflitto⁵⁸. Presa coscienza della coesistenzialità dello sciopero al rafforzamento del potere negoziale dei lavoratori nei confronti padronato, anche in ragione della posizione di “neutralità” rispetto al conflitto tra capitale e lavoro assunta dalla classe politica liberale nell'ultimo scorcio

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 385 del codice penale sardo-piemontese, applicato a tutto il Regno ad eccezione della Toscana, «qualunque concerto formato tra coloro che danno lavoro agli operai, il quale tenda a costringere ingiustamente ed abusivamente ad una diminuzione di salario od a ricevere in pagamento di tutto o di parte del medesimo merci, derrate o altre cose, se tale concerto sia stato seguito da un principio di esecuzione, sarà punito col carcere estensibile ad un mese e con la multa da lire cento a lire tremila». L'art. 386, relativamente alla coalizione degli operai, prevedeva che «ogni concerto tra operai che tenda, senza ragionevole causa, a sospendere, impedire o rincarare i lavori, sarà punito col carcere estensibile a tre mesi, semprechè il concerto abbia avuto un principio di esecuzione».

⁵⁷ L'ostilità dello Stato verso l'associazionismo sindacale si era già fatta palese, all'indomani dell'unificazione, in occasione del varo della legge 29 maggio 1864, n. 1797, di soppressione delle corporazioni, che vietava «ogni forma di associazione temporanea o permanente tra i lavoratori e ogni loro mutuo patto a non prestare lavoro se non a certe condizioni». Peraltro, come rileva M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 5, la libertà di associazione per scopi sindacali era comunque ricavabile, per via interpretativa, dal diritto di riunione sancito dall'art. 32 dello Statuto albertino.

⁵⁸ A questo scopo era diretta proprio la legislazione sociale, di cui *supra* al paragrafo 1.1.

del secolo, non aveva più ragion d'essere la permanenza di un divieto assoluto di coalizione sindacale, penalmente sanzionato⁵⁹. Il nuovo codice penale Zanardelli, definitivamente approvato nel 1889, abolì così il divieto di sciopero e di serrata contenuto nel codice penale sardo-piemontese del 1859, ferma restando l'incriminazione delle violenze e minacce compiute in occasione delle agitazioni sindacali⁶⁰.

Sotto altro profilo va ancora rilevato come in questa fase, nonostante la depenalizzazione, lo sciopero integrasse ancora un illecito sul piano civile, sanzionabile alla stregua di un inadempimento del contratto di lavoro; per quanto secondo alcune (per l'epoca, assai) ardite costruzioni di parte della dottrina e dalla giurisprudenza dei *probiviri* la parte debole del rapporto dovesse tenersi indenne dalle conseguenze di un 'inadempimento' che apparivano del tutto inique, se viste alla luce della diversa forza economica delle parti in causa⁶¹.

⁵⁹ Sintomatica appare del resto la specularità di trattamento giuridico dello sciopero e della serrata nei codici penali adottati dallo Stato unitario. La "parità di trattamento" degli strumenti di conflitto collettivo di capitale e lavoro si rivela tuttavia solo apparente, se si considerano il carattere prevalentemente difensivo, di reazione agli scioperi, solitamente assunto dalla serrata, in risposta all'iniziativa operaia, e soprattutto se si considera l'iniziale disparità di potere negoziale delle parti in lotta. Se l'incriminazione dello sciopero privava di fatto i lavoratori dell'unico mezzo di autotutela collettiva, pure l'affermazione della semplice "libertà" di sciopero contenuta nel codice Zanardelli non sottraeva i lavoratori alle conseguenze civilistiche di quello che, alla stregua del diritto vigente, doveva qualificarsi come un grave inadempimento del contratto di lavoro.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 165 del codice penale Zanardelli, «chiunque con violenza o minaccia restringe o impedisce in qualsiasi modo la libertà dell'industria o del commercio è punito con la detenzione sino a venti mesi e con la multa da lire cento a tremila». E così l'art. 166 seguente disponeva: «chiunque con violenza o minaccia cagiona o fa perdurare una cessazione o sospensione del lavoro, per imporre sia ad operai, sia a padroni od imprenditori, una diminuzione od un aumento dei salari, ovvero patti diversi da quelli precedentemente consentiti, è punito con la detenzione fino a venti mesi». La giurisprudenza della Cassazione, peraltro, fornirà dei concetti di violenza e minaccia un'interpretazione particolarmente estensiva, con l'effetto di vanificare parzialmente l'innovazione legislativa: cfr. L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, cit., p. 160.

⁶¹ Per una panoramica generale delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali della nuova disciplina legale dello sciopero può rinviarsi a L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p.14 ss. Secondo una tesi particolarmente avanzata, proposta da E. REDENTI, *Sul concetto di sciopero e sul concetto di interesse professionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, p. 20 ss., alla stregua di un'esecuzione secondo buona fede del contratto di lavoro, ex art. 1124 c.c. del 1865, allo sciopero non poteva ricollegarsi un effetto interruttivo del rapporto di lavoro, dovendo piuttosto qualificarsi l'astensione collettiva dall'esecuzione della prestazione di lavoro come una «regola tecnica d'uso», diretta al miglioramento delle condizioni di lavoro, come tale prevedibile dalle parti al momento della stipulazione del contratto. Questa tesi volta ad attribuire un effetto meramente *sospensivo* allo sciopero, quale *inesecuzione qualificata* della prestazione di lavoro, in ragione della tutela dell'interesse professionale, si trova sostanzialmente condivisa anche da F. CARNELUTTI, *Il*

Non potendo dedicare alle tematiche dello sciopero e dell'organizzazione collettiva agli albori del Novecento altro spazio che questi rapidi cenni, dobbiamo piuttosto osservare, a proposito del discorso che si va conducendo sulla stratificazione delle fonti di disciplina del contratto di lavoro, come l'articolazione del movimento sindacale, e così pure il conflitto collettivo, fossero strumentali alla progressiva diffusione della pratica della contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro. Rispecchiando un processo già avviato in altri Paesi europei di più antica industrializzazione, la contrattazione collettiva *della tariffa*, ovvero del salario, dell'orario di lavoro e, dove possibile, del codice disciplinare aziendale⁶², inizia a praticarsi prima a livello delle singole fabbriche ad opera di gruppi spontanei di lavoratori, e poi, soprattutto grazie all'attività delle nascenti organizzazioni sindacali strutturate, Leghe operaie e Federazioni di categoria, ed alla mediazione delle Camere del Lavoro, in ambiti territoriali sempre più ampi⁶³.

diritto di sciopero e il contratto di lavoro, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, p. 371; e da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., II, p. 81 ss. Questo orientamento dottrinale, che trovava fondamento in esigenze di carattere equitativo, fu fatto proprio da molta giurisprudenza probivirale, che, quale magistratura d'equità, era certamente piuttosto sensibile alle esigenze di autotutela della classe operaia. Addirittura, *Proviviri Alimentari*, Milano, 9 settembre 1901, cit. in E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, a cura e con un'Introduzione di S. CAPRIOLI, Giappichelli, Torino, 1992, p. 190, affermano: «lo sciopero od astensione collettiva degli operai dall'opera, intesa ad ottenere l'osservanza od il miglioramento del contratto di lavoro, costituisce un *diritto*, senza del quale il contratto di lavoro sarebbe imperfetto, perchè verrebbe a mancare la parità tra i due contendenti». Ma tale asserzione, tanto rivoluzionaria per l'epoca, che anticipa di quasi mezzo secolo le conquiste sociali della Costituzione repubblicana, va contestualizzata nell'ambito della funzione equitativa propria della magistratura probivirale. Solo l'equità, a cui dovevano tendere le decisioni dei *probiviri*, poteva consentire infatti deviazioni così ampie dal diritto codificato. Ma vedi *infra* il paragrafo 1.3.

⁶² Cfr. S. MERLI, *Proletariato di fabbrica*, cit., in particolare p. 485 ss.

⁶³ Le prime forme di negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro, dei salari e dell'orario, erano stipulate occasionalmente tra il padrone della fabbrica e i delegati dei lavoratori, ed erano ovviamente ben lontane dalla concezione "moderna" di contratto collettivo (almeno di livello sovra-aziendale), disciplinante anzitutto i rapporti reciproci tra i soggetti firmatari, le organizzazioni dei lavoratori e degli imprenditori, rappresentative delle parti, e più simili alle contrattazioni sul cottimo collettivo. Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 56; L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 167 ss. La stessa esigenza di limitare la concorrenza interna tra i lavoratori, che aveva inizialmente sostenuto le contrattazioni per la tariffa di livello solo aziendale, spingerà i lavoratori ad estendere progressivamente l'ambito territoriale di riferimento dei concordati.

Se la negoziazione collettiva *della tariffa*⁶⁴ può considerarsi la prima significativa conquista del nascente movimento sindacale, assai incerti erano però i contorni giuridici dell'istituto, che la dottrina italiana di inizio Novecento ancora stentava a distinguere dal contratto individuale di locazione d'opere: inizialmente, quello che in termini moderni sarà definito come *contratto collettivo di lavoro*, con funzione prevalentemente – ma non esclusivamente – normativa dei futuri contratti individuali di lavoro⁶⁵, veniva inquadrato alla stregua di un contratto di lavoro cumulativo o, al più, come un contratto di lavoro complesso⁶⁶.

Sarà Giuseppe Messina⁶⁷ a chiarificare la funzione e la natura del concordato di tariffa, individuando nell'accordo interno al gruppo paciscente – la *coalizione* –

⁶⁴ L'espressione "concordati di tariffa" era nient'altro che la traduzione, un po' inelegante, del termine tedesco "*tarifverträge*", coniato da P. Lotmar per definire dare un nome alle prime forme di contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro su base aziendale, già diffuse nei territori tedeschi, non dissimili per finalità e contenuto dalle precedenti esperienze inglesi. Cfr. P. LOTMAR, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, trad. italiana di L. GAETA, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, p. 313 ss.

⁶⁵ Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 55: «il contratto collettivo è manifestazione della tendenza dei gruppi organizzati, e specialmente dei gruppi economici, a darsi una propria legge, a sostituire cioè la propria volontà, tanto alla volontà generale dello Stato quanto alla volontà particolare dei singoli produttori». La contrattazione collettiva è sintomo, sempre secondo l'A., della crisi della legge e del contratto individuale quali fonti esclusive di disciplina dei rapporti giuridici; crisi a cui fa da contraltare la progressiva affermazione dei corpi intermedi, secondo un percorso che troverà pieno sviluppo soltanto nella costituzione repubblicana del 1948, il cui art. 2 riconosce espressamente le «*formazioni sociali* in cui si svolge la personalità» dell'individuo quali insopprimibili centri di aggregazione sociale. Al di là delle incertezze teoriche nella qualificazione giuridica dell'istituto, alla dottrina del primo Novecento dovette essere già presente come la contrattazione collettiva delle regole di lavoro, quale pre-determinazione del contenuto di una classe aperta e indeterminata di futuri contratti individuali, dovesse configurarsi come un'istituzione politica, un metodo di formazione delle regole di condotta alternativo sia alla legge sia al contratto individuale: cfr. L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 172. Quale che fosse la scelta di risolvere in termini giuridici la questione dell'inquadramento del concordato collettivo, o di "abbandonarla" tra i problemi di effettività delle regole sociali, essa rappresentava comunque un problema teorico di enorme difficoltà per il diritto c.d. "borghese", per il quale la legge scritta e il contratto individuale costituivano le due fonti pressochè esclusive cui demandare la regolazione dei rapporti giuridici ed economici. Per un'ampia digressione circa l'inquadramento teorico della contrattazione collettiva alle origini del diritto del lavoro, può rimandarsi ad A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 5 ss.

⁶⁶ Cfr. in particolare A. ASCOLI, *Sul contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 99 ss.; B. NICOTRA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1906, p. 96 ss. Quale somma di contratti individuali, il concordato collettivo non solo risultava infatti del tutto inidoneo a configurare qualsiasi vincolo, seppure solamente obbligatorio, interno ai gruppi paciscenti, ma nemmeno poteva differenziarsi, quanto a struttura e funzione, al contratto di lavoro.

⁶⁷ Cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, 1904, ora in G. MESSINA, *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 3.

l'elemento caratterizzante del contratto collettivo, tale da ridurre la pluralità dei soggetti rappresentati nelle trattative ad un'unica parte contrattuale⁶⁸. Tale intuizione teorica, assolutamente innovativa per l'epoca, consentiva oltretutto di configurare in capo agli aderenti alla parte stipulante, in sintonia con la finalità solidaristica del concordato, l'obbligo reciproco di rispettare le tariffe: l'*effetto obbligatorio* del concordato di tariffa rendeva così civilmente illegittima, e dunque passibile di risarcimento dei danni, quale inadempimento dell'accordo interno, la stipulazione di contratti di lavoro individuali a condizioni diverse (ovvero, deteriori per il lavoratore) da quelle concluse collettivamente⁶⁹.

Peraltro, nemmeno la costruzione di Messina, fermamente ancorata, sulla base del diritto positivo vigente, al principio privatistico della rappresentanza negoziale, consentiva di rispondere positivamente alle due questioni che già allora si stavano dibattendo in ordine all'*ambito* e al *tipo* di efficacia dell'accordo collettivo, via via che questo varcava i confini della fabbrica. Posto che il concordato collettivo

⁶⁸ Cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., in particolare p. 39 ss.: «abbiamo nei concordati un caso di economia collettiva inteso a realizzare un fine collettivo, cioè il massimo benessere della collettività. Chè altrimenti non si spiegherebbe la necessità concettuale per il completo e sicuro successo delle tariffe, ch'esse abbraccino *tutti* i membri dell'arte interessata ... poichè anche dove parrebbe fossero regolati interessi individuali, l'apprezzamento ne viene fatto genericamente, non in rapporto ai contraenti considerati *uti singoli*, ma come membri di una collettività». Una volta enucleato l'interesse collettivo, quale elemento qualificante il contratto collettivo, funzionalmente diverso e non riducibile ad una somma di contratti individuali, il passaggio logico successivo della teoria dell'A. consiste nell'attribuzione della soggettività giuridica alle parti stipulanti: «L'accordo interno, però, di cui sopra s'è detto, rappresenta la riduzione della pluralità dei membri di una parte contraente ad un unico paciscente. Per esso non è soltanto la configurazione elementare di un'unità *di fatto*, qual'è quella riconnessa sempre all'idea di *gruppo*, che qui si risveglia ... Poichè le dichiarazioni plurime sono pure ispirate da un intento estensivo delle tariffe agli estranei alla loro stipulazione ma pertinenti all'arte – si può pensare che quell'accordo interno debba raggiungere un'unità organica esterna e rappresentare *anche giuridicamente* un'unica promessa. Ciò che avviene e si spiega avvertendo che nei presupposti di fatto, ora ricordati, della nostra figura vi sono gli estremi dell'atto *complesso*».

⁶⁹ Pur non riconoscendo alle clausole collettive quella efficacia *reale*, che la teoria 'corporativa' elaborata da P. Lotmar aveva invece attribuito alle previsioni collettive, proprio in ragione della riduzione ad un unitario soggetto giuridico, una sola parte contrattuale, derivante dall'accordo interno al gruppo stipulante, la stipulazione di un contratto individuale dal contenuto difforme da uno dei consociati rappresenta secondo Messina «la violazione di un obbligo preesistente e sussistente per la durata prefissata dal concordato», che «farà luogo alla reazione rappresentata dall'azione di danno. Questo sarà ripetibile, verso entrambi od uno dei membri contravenienti dai subietti della parte avversa estranei al contratto di lavoro difforme, e dai consorti – ciascuno per la propria parte»: così G. MESSINA, *ult. op. cit.*, p. 43.

nasceva (e nasce) dalla finalità dei lavoratori di eliminare la concorrenza reciproca al ribasso sulle condizioni di lavoro, così da creare degli standard di trattamento uniformi, quanto più possibile estesi nell'ambito della categoria e del territorio, e inderogabili *in peius* in sede di stipulazione dei contratti di lavoro individuali, la rappresentanza, unico presupposto giuridico sul quale era possibile fondare il potere di contrattazione da parte di soggetti terzi rispetto ai lavoratori, non consentiva di affermare nè l'efficacia generalizzata, nè tantomeno l'inderogabilità delle tariffe, dovendo sempre riconoscersi la facoltà in capo ai contraenti individuali di discostarsi dai contenuti del concordato in base al principio del mutuo dissenso⁷⁰. Il diritto vigente non forniva all'interprete nessuno strumento idoneo allo scopo, cosicché l'effettività della contrattazione collettiva doveva affidarsi alla rappresentatività e al radicamento nel territorio del movimento sindacale.

Inizialmente avversata e poi fatta propria anche da Messina⁷¹, presto si fece corpo nella dottrina italiana l'idea secondo cui una legge dello Stato avrebbe dovuto garantire, con funzione finalmente *promozionale* dell'associazionismo sindacale, la

⁷⁰ Come osservato da L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 178 ss., nè la teoria del vizio del consenso, nè l'inquadramento del contratto collettivo quale uso commerciale, prospettate da alcune decisioni dei *probiviri*, furono in grado di affermarsi nella giurisprudenza togata, così da stabilire solide base teoriche dell'inderogabilità del concordato da parte delle pattuizioni individuali. E nemmeno la questione dell'efficacia generalizzata, nell'ambito della categoria produttiva, dei concordati collettivi, pareva trovare riscontri nel diritto positivo, se non argomentando, in via equitativa, a partire dalla funzione di giustizia dei concordati, anticipando un percorso che sarà poi fatto proprio dalla giurisprudenza della Cassazione, a partire dagli anni Cinquanta, al fine di affermare l'estensione indiretta di alcune clausole economiche dei contratti collettivi. Ma in assenza di una disposizione precettiva quale l'attuale art. 36 Cost., tale soluzione non poteva che fondarsi sulle incerte basi del giudizio equitativo.

⁷¹ Se in primo momento l'A. si era mostrato piuttosto scettico sull'efficacia delle legge nella regolamentazione imperativa dei contenuti del contratto di lavoro, ritenendo assai più idonea allo scopo di imporre condizioni minime di protezione della parte debole del rapporto la coazione sociale esercitata dai gruppi organizzati – cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., pp. 9-10 – in un successivo scritto del 1905, *I «contratti collettivi» ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 51 – e v. anche G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffe. Relazione alla IX sessione del Consiglio superiore del lavoro*, ora in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 113 – l'A. prende atto del «risultato inappagante» della efficacia solamente obbligatoria dei concordati. Ma soltanto una legge avrebbe potuto fornire al giurista positivo gli strumenti tecnici per affermare quell'efficacia 'reale' – diciamo meglio, 'normativa' – invalidante delle pattuizioni individuali che era "insita" nella funzione stessa del contratto collettivo, quale "legge" voluta dai soggetti collettivi stipulanti.

stabilità e l'estensione dei prodotti della contrattazione collettiva⁷². Di lì a poco in Francia e in Germania la questione dell'inquadramento giuridico e dell'efficacia del contratto collettivo sarebbe stata risolta proprio in via legislativa⁷³. Come è noto, le proposte dell'allora Consiglio superiore del lavoro, alle cui sedute partecipò lo stesso Messina, non si tradussero in un testo normativo⁷⁴, e lo scoppio del primo conflitto mondiale distoglierà momentaneamente le attenzioni e le risorse dello Stato dalla soluzione del dilemma dell'efficacia dei contratti collettivi.

Questa lacuna dello Stato liberale, incapace di fornire delle risposte adeguate alle esigenze, compresenti, di certezza dei rapporti giuridici e di protezione della classe dei lavoratori, sarà colmata soltanto dal regime fascista. Pur in un contesto di negazione di quella libertà sindacale così faticosamente conquistata dalle lotte del movimento operaio, il sistema corporativo darà finalmente una risposta positiva alle questioni dell'estensione generalizzata e dell'inderogabilità assoluta del contratto collettivo.

1.3. La magistratura dei probiviri.

Le inchieste sugli scioperi promosse a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta dell'Ottocento dal Governo Crispi aprirono la strada all'idea di poter soffocare il

⁷² Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., II, p. 317 ss.: aderendo sostanzialmente alla tesi di G. Messina circa il riconoscimento dell'efficacia meramente obbligatoria dei concordati, l'A. afferma la necessità di una legge che «abbia a togliere ogni valore a qualunque deroga».

⁷³ In Germania, la «legge sui concordati di tariffe» del 23 dicembre 1918 sancirà l'efficacia diretta del contratto collettivo sui rapporti di lavoro, rendendo quindi inefficaci le clausole individuali difformi, salve le deroghe migliorative e peggiorative permesse dallo stesso contratto collettivo. In Francia, la legge del 25 marzo 1919 introdurrà il regime della sostituzione automatica delle disposizioni collettive sulle difformi previsioni individuali, tracciando un modello a cui si ispirerà anche il legislatore italiano nel varare il r.d. n. 1130/1926: A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 14-15.

⁷⁴ Come ricorda M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 18 ss., in seno al Consiglio superiore del lavoro, istituito per legge nel 1902 con la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori, Messina aveva proposto infatti di attribuire efficacia generalizzata e inderogabile a quei concordati conclusi da associazioni che si fossero volontariamente sottoposte a procedure di registrazione. Questo progetto, osteggiato da quanti aspiravano ad un intervento maggiormente "autoritario" della legge dello Stato, non si tradurrà mai in un testo di legge.

crescente conflitto sociale – e fors’anche le nascenti organizzazioni sindacali – attraverso l’introduzione di un canale privilegiato di risoluzione delle controversie tra operai e padroni, alternativo alla giurisdizione ordinaria.

I costi e i tempi della ordinaria giustizia civile rendevano allora assai difficoltoso, e quindi infrequente, il ricorso degli operai alla magistratura togata. La coalizione sindacale e lo sciopero rappresentavano, di fatto, gli unici validi strumenti di autotutela a disposizione dei salariati dell’industria. Come emerge dal lungo dibattito parlamentare che precedette l’approvazione della legge 15 giugno 1893, n. 295⁷⁵, l’istituzione di collegi di *probiviri*, composti da rappresentanti dei lavoratori e degli industriali, dotati del potere di comporre in via bonaria le controversie nascenti sui salari e sulle condizioni di lavoro, nel disegno del legislatore doveva ovviare al ricorso allo sciopero e alla coalizione sindacale, ancora concepiti quali fenomeni patologici della produzione industriale. Del resto, collegi di *probiviri*, deputati alla conciliazione ed alla risoluzione giurisdizionale delle controversie sul lavoro industriale, erano già operativi con successo in numerosi Paesi europei, dove avevano dato prova di una discreta capacità di mediazione delle controversie sorte sui salari e sulle condizioni di lavoro nelle grandi industrie⁷⁶.

Se la letteratura è generalmente concorde nell’evidenziare la finalità “difensiva” dell’ordine economico-sociale costituito che animò l’istituzione della magistratura probivirale, intervento che per questo viene normalmente annoverato tra la legislazione sociale di fine secolo, vi furono probabilmente anche altre motivazioni, di ordine più strettamente giuridico, che motivarono questa scelta. La classe politica liberale si sentiva sostanzialmente impreparata a disciplinare in modo organico il lavoro industriale, operazione che a monte avrebbe presupposto la scelta,

⁷⁵ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 13; E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 80.

⁷⁶ Un’indagine comparata sul funzionamento delle magistrature probivirali nei principali Paesi europei a cavallo tra i due secoli viene proposta da E. REDENTI, *op. loc. ult. citt.*, Non è dato di sapere quale ruolo queste esperienze abbiano effettivamente rivestito nella scelta del legislatore italiano di costituire tale organismo.

sulla quale era diviso lo stesso mondo accademico, tra l'integrazione del codice civile, ovvero una sua riforma che comprendesse espressamente i contratti di lavoro industriale, nell'ottica di un superamento del principio privatistico di parità formale tra i contraenti, e il ricorso alla legge speciale, così da lasciare inalterato l'impianto codicistico⁷⁷. Oltretutto, una forte corrente parlamentare, rappresentativa degli industriali, si opponeva tenacemente a qualsiasi intervento legislativo che avesse comportato, anche indirettamente, un aumento del costo del lavoro salariato. Anziché emanare una legislazione organica, che avrebbe rappresentato un intervento diretto nei rapporti economici da parte dello Stato, allora considerato eccessivamente invasivo, si valutò più conveniente ricorrere a provvedimenti occasionali, che, senza incidere direttamente sul contratto di lavoro, impedissero solamente il prodursi delle conseguenze più pericolose, sul piano sanitario e dell'ordine pubblico, del lavoro industriale, altrimenti prestatò in totale assenza di una cornice legislativa. Nel frattempo però, l'operazione di formazione delle regole sul lavoro industriale, destinate ad essere recepite, soltanto in un momento successivo, in una legislazione speciale, sarebbe stata affidata alla mediazione di organi giurisdizionali creati *ad hoc* e dotati di specifiche conoscenze del lavoro nelle industrie: ad una magistratura speciale, facoltizzata a ricorrere agli usi e all'equità per conciliare, ed eventualmente decidere, le controversie, sarebbe stato prudentemente demandato l'adattamento dei tradizionali principi codicistici, di derivazione romanistica, alle nuove esigenze del mondo industriale⁷⁸. L'equità e gli usi locali avrebbero così rappresentato i due strumenti privilegiati per assolvere questa funzione supplente, *para-legislativa*, che la classe politica demandava di fatto alla giurisdizione dei *probiviri*⁷⁹.

⁷⁷ Vedi *supra* paragrafo 1.1.

⁷⁸ Cfr. L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, cit., p. 40 ss.

⁷⁹ Già nell'impianto del codice civile del 1865, del resto, gli usi e l'equità costituivano due importanti valvole di collegamento tra l'ordinamento giuridico e le esigenze mutevoli manifestate dalla realtà economica. L'art. 1124 c.c. prevedeva infatti che «i contratti debbono essere eseguiti secondo buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano». L'art. 1135 c.c. disponeva poi che

Al termine di un percorso parlamentare durato oltre dieci anni, fu così varata la legge 15 giugno 1893, n. 295⁸⁰, seguita dal regolamento di attuazione contenuto nel decreto 29 aprile 1894, n. 179⁸¹, che istituiva i collegi dei *probiviri*.

Questi collegi erano organi dello Stato, costituiti però, a livello locale e per ramo d'industria, su base *volontaria*, ovvero ad iniziativa congiunta degli industriali e degli operai. Erano composti da un numero variabile di membri (da dieci a venti), in rappresentanza paritetica degli industriali e degli operai, eletti separatamente dalle rispettive categorie. Il presidente e il vice-presidente di ogni collegio erano invece nominati dal MAIC, tra i soggetti che possedevano i requisiti per svolgere il ruolo di conciliatori, dunque persone di estrazione sociale tendenzialmente piuttosto elevata. Ogni collegio era formato da un *ufficio di conciliazione*, che aveva il compito di tentare il componimento bonario della controversia, e da una *giuria*, con funzione giurisdizionale e competente sino ad un certo limite di valore, entrambi composti pariteticamente da rappresentanti degli industriali e degli operai e presieduti dal presidente del collegio, di nomina ministeriale. Il tentativo di conciliazione affidato all'ufficio di conciliazione era obbligatorio (ovviamente, limitatamente ai luoghi ed ai settori industriali in cui i *probiviri* fossero stati effettivamente costituiti ad iniziativa delle parti), anche per quelle controversie che, per ragioni di valore, fossero escluse dalla competenza delle giurie. Proprio per favorire l'accesso al sistema da parte dei lavoratori, il procedimento era quasi completamente gratuito, ed era prevista la comparizione personale delle parti senza l'intervento di avvocati e senza facoltà di presentare memorie scritte. Alle giurie, quando intervenivano in funzione decisoria della controversia, erano riconosciuti ampi poteri istruttori, con la possibilità di interrogare testimoni, ordinare l'esibizione di libretti di lavoro e altri

«nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso, ancorchè non vi siano espresse». Due disposizioni che ritroviamo, del resto, negli artt. 1374 e 1340 del codice vigente.

⁸⁰ Vedila in *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. II°, anno 1893, pp. 1575-1593.

⁸¹ *Raccolta Ufficiale delle leggi dei decreti del Regno d'Italia*, parte principale, vol. I°, anno 1894, pp. 913-939.

documenti rilevanti per il giudizio, procedere ad ispezioni dei luoghi di lavoro. Le decisioni delle giurie erano in ogni caso soggette ad appello, per motivi d'incompetenza o per eccesso di potere, avanti il pretore o il tribunale del luogo in base al valore della causa.

Dai dati contenuti nelle statistiche ufficiali si ricava l'impressione di un contributo quantitativamente piuttosto modesto al raffreddamento della conflittualità del lavoro industriale da parte della magistratura probivirale⁸². Certamente, l'ostilità degli industriali, che ben poco interesse avevano alla costituzione di un meccanismo rapido e gratuito di decisione delle liti, e la limitata competenza per valore delle giurie (fissata dall'art. 9 della legge a duecento lire, poche anche per l'epoca visto che la paga giornaliera di un operaio specializzato poteva arrivare sino a quattro o cinque lire) non favorirono l'estensione su larga scala della magistratura probivirale. E così, pure l'esclusione delle controversie collettive dalla competenza decisoria delle giurie contribuì non poco a depotenziarne l'efficacia. Un dato sembra anzi deporre per la sotterranea finalità anti-sindacale della legge: se è vero, infatti, che l'art. 9 affidava alle giurie la competenza a decidere le controversie (individuali), di limitato valore, concernenti «i salari *pattuiti*», «le ore di lavoro *convenute*», nonché una serie di altre materie sempre inerenti allo svolgimento *pregresso* del rapporto, al contrario gli uffici di conciliazione erano investiti, dall'art. 8, anche della funzione di componimento bonario delle controversie relative «ai salari ... *da pattuirsi*» e «alle ore di lavoro ... *da convenirsi*». Mentre la funzione giurisdizionale di questa magistratura speciale era (inevitabilmente) limitata all'accertamento (ed alla conseguente condanna al pagamento) di crediti, azionati dalle parti in ragione della (dedotta) titolarità di diritti già venuti ad esistenza, la funzione conciliativa si estendeva anche alla definizione delle mere *aspettative* delle parti, relativamente al

⁸² E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 90, annota come «in Italia il funzionamento dei Collegi dei probiviri (145 istituiti, di cui solo 47 funzionanti, nel 1902; 33 nuove istituzioni nel 1903, rispetto alle quali mancano notizie sulle costituzioni), è stato assai scarso. Le controversie sottoposte ai Collegi furono 2033 nel 1900, 3353 nel 1901, 3885 nel 1902, 3251 nel 1903, con una percentuale di cause conciliate che discende dal 37 (circa) al 28 (circa) %».

futuro svolgimento del rapporto: in altre parole, alla mediazione nell'ambito di una *contrattazione* (beninteso, sempre e soltanto) *individuale* delle condizioni di lavoro future⁸³.

Vista anche la notevole limitazione della competenza per valore delle giurie, più che alla costituzione di un canale di risoluzione delle controversie di lavoro alternativo alla giustizia ordinaria, l'istituzione della magistratura dei *probiviri* sembra quindi un tentativo di costituire un canale surrettizio di contrattazione individuale delle condizioni di lavoro nelle fabbriche.

Altro aspetto peculiare delle giurie probivirali, che ne orienterà in maniera determinante il funzionamento, era la facoltà, espressamente riconosciuta dall'art. 38 della legge, di decidere le controversie tenendo conto delle consuetudini locali. Non si trattava in realtà di una novità assoluta, visto che già il codice civile del 1865 contemplava, agli artt. 1124 e 1135, l'equità e gli usi come fonti integrative del contratto e suppletive della legge scritta. Mancando tuttavia qualsiasi disciplina giuridica del contratto di lavoro – fatta eccezione per l'art. 1628 c.c. che vietava la perpetuità del vincolo obbligatorio –, di fatto le consuetudini e l'equità costituivano le uniche fonti da cui i *probiviri* potessero trarre argomenti per la soluzione delle controversie loro sottoposte. Attingendo inizialmente dalle raccolte degli usi concernenti il rapporto di impiego privato, conservate dalle Camere di commercio, i *probiviri* diedero vita ad un diritto consuetudinario fornito di forza obbligatoria

⁸³ La funzione essenzialmente mediatrice degli uffici (forse impropriamente definiti) di conciliazione è ben rappresentata da E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 80, che nell'introduzione dell'opera rileva: «Con questa legge, a mio avviso, si intese ordinarli essenzialmente ad organi di *pacificazione* tra le indicate categorie (classi) economico-sociali di persone, nell'atto, che queste rivestissero rispettivamente la propria veste caratteristica di parti contraenti dei contratti di lavoro». E a proposito della funzione specifica degli uffici di conciliazione afferma: «In questi casi, l'opera, detta di conciliazione, si riduce a mera opera di mediazione. In questi casi infatti le parti dibattono fra di loro i termini di un contratto o patto contrattuale da stipularsi e l'opera dell'ufficio non può consistere, se non nello “agevolare la conclusione del contratto” stesso. La natura giuridica di questa mediazione è totalmente diversa dalla vera e propria conciliazione, “particolare forma di difesa” tendente “a garantire l'ordine giuridico”: esse non hanno altro di comune, se non il risultato esteriore, di comporre dibattiti tra privati».

generale, applicabile anche a prescindere dalla volontà negoziale manifestata dalle parti individuali del contratto⁸⁴.

Nonostante la lettura “conservatrice” e “riduttiva” della giurisprudenza probivirale che ci ha fornito un autorevoleissimo studioso di questa magistratura speciale⁸⁵, pare davvero impossibile disconoscere il carattere innovativo di questo istituto, dal momento che i *probiviri* non si limitarono ad una pur importantissima operazione di “emersione/creazione” di un corpo di regole in materia di lavoro, ma attribuirono a quel diritto consuetudinario una forza *cogente*, imperativa e limitatrice dell’autonomia negoziale⁸⁶. Qui sta, a nostro avviso, il punto di rottura con la cultura giuridica allora dominante, formatasi al principio illuministico della preminenza della libertà negoziale individuale su qualsiasi altra fonte diversa dal diritto statale, racchiuso nei codici.

L’espediente giuridico utilizzato per realizzare questo risultato consistette nella qualificazione della locazione d’opere come atto soggettivamente commerciale, operazione argomentabile a partire dalla qualità di commerciante del datore di lavoro⁸⁷. Attratta la locazione d’opere nella materia del commercio, questa, in assenza di legge commerciale, trovava la propria disciplina anzitutto nell’uso

⁸⁴ Cfr. R. VOZA, *L’inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit., p. 238 ss. In particolare l’A. sottolinea come i *probiviri*, pur essendo non titolari di alcuna potestà legislativa, attraverso le loro pronunce contribuirono alla formazione di una norma consuetudinaria, che a sua volta era destinata ad orientare i comportamenti (e le pratiche negoziali) dei contraenti.

⁸⁵ Cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 96 ss., il quale, contestando che le magistrature probivirali «non debbano ritenersi integralmente vincolate al rispetto del diritto sostanziale vigente, anzi possano e debbano applicare un ipotetico diritto nuovo, opposto ad esso, giusto quanto esso è iniquo», come invece sostenuto da alcune correnti riformiste vicine al socialismo, arriva a concludere che i *probiviri* altri strumenti giuridici di soluzione delle controversie non avessero a disposizione che quelli già previsti dal codice civile vigente in mancanza di *ius scriptum*, ovvero gli usi e l’equità. L’istituzione della magistratura probivirale sarebbe semmai funzionale a sopperire la carente conoscenza, da parte dei Tribunali civili, delle vicende economiche e delle questioni giuridiche inerenti al lavoro nelle industrie. Ai *probiviri* spetterebbe al massimo una funzione di *integrazione* del diritto scritto, ma sempre nell’ambito della legislazione vigente.

⁸⁶ Cfr. R. VOZA, *ult. op. loc. cit.*

⁸⁷ Ai sensi dell’allora vigente codice di commercio erano considerati atti di commercio le più comuni attività d’impresa (art. 3), e la qualità di commerciante di uno dei contraenti conferiva generalmente carattere commerciale ai contratti conclusi e alle obbligazioni assunte da questo soggetto (art. 4); con il risultato di sottoporre alla legge commerciale anche i contraenti dell’imprenditore (art. 54).

mercantile, che nel sistema delle fonti delineato dal codice del commercio del 1882 era anteposto alla legge civile⁸⁸. E proprio la prevalenza dell'uso mercantile sulla legge civile fornirà alle giurie un argomento utile, spesso non esplicitato, a sostenere l'*inderogabilità* delle consuetudini locali rispetto alle difforme pattuizioni individuali⁸⁹.

Qualificati come consuetudine d'ordine pubblico, e come tale imperativi rispetto all'autonomia privata in ragione dell'interesse generale protetto, i concordati di tariffa e i primi accordi collettivi che allora iniziavano a diffondersi nelle aree di maggiore sviluppo della manifattura industriale venivano elevati da questa giurisprudenza probivirale, in assenza di una disciplina legale, a fonte di regolamentazione del contratto di lavoro industriale⁹⁰: una regolamentazione *inderogabile* in senso peggiorativo per il prestatore, coerentemente con la finalità protettiva e inibitrice della concorrenza tra lavoratori fatta propria dalla contrattazione collettiva, e che sarà poi assunta a fine generale anche dalla legislazione.

Non si trattò affatto, è doveroso precisarlo, di un indirizzo pacifico nella giurisprudenza dei probiviri. Redenti stesso nel suo massimario annovera diverse pronunce in cui si affermava al contrario il carattere derogabile, da parte delle

⁸⁸ Art. 1 c. comm.: «In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali. In mancanza si applica il diritto civile».

⁸⁹ Cfr. R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit., p. 246.

⁹⁰ Il carattere imperativo della consuetudine commerciale si trova espressamente affermato, ad esempio, da una pronuncia dei Probiviri *Tessili*, Gallarate, 31 marzo 1905, cit. in E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, op. cit., p. 157, che stabilisce: «il contratto di lavoro è un atto di commercio, e la consuetudine commerciale viene a prendere il posto della legge, là dove questa tace ed è insufficiente, assumendo il carattere di necessità di ordine pubblico e di armonia sociale. Per questa ragione non è lecito sottrarsi ad essa (consuetudine) per patto contrattuale». Il commentatore peraltro definisce «vaga ed erronea» la decisione. *Ivi*, p. 155, per la *inderogabilità* della durata consuetudinaria del periodo di prova, cfr. Probiviri *Alimentari*, Milano, 1° dicembre 1903; per la *inderogabilità* della consuetudine del preavviso di licenziamento Probiviri *Legno*, Milano, 17 dicembre 1905. Per la qualificazione del carattere commerciale del contratto di lavoro cfr. Probiviri *Tessili*, Bologna, 22 luglio 1900, p. 165.

pattuizioni individuali, delle consuetudini di lavoro⁹¹. E anche tra i giuristi dell'epoca autorevolesse voci si levarono a condanna di un orientamento che pareva sovvertire senza una adeguata giustificazione teorica i principi del diritto positivo⁹².

In ogni caso, è davvero impossibile disconoscere l'importanza del ruolo svolto da questa magistratura di equità nella sedimentazione dei principi e delle regole del nascente diritto del lavoro: in molte decisioni dei *probiviri* si trovano affermati principi che solo a distanza di qualche decennio costituiranno altrettante regole fondamentali del nascente diritto del lavoro, come ad esempio il preavviso di licenziamento⁹³; altre decisioni, soprattutto in materia di sciopero, si segnalano per la straordinaria capacità, tipica del giudizio equitativo, di conciliare il principio di corrispettività delle prestazioni, proprio del contratto di lavoro, con la funzione indirettamente "negoziale" dell'astensione collettiva dalla prestazione, in un quadro giuridico in cui lo sciopero, appena uscito dalle pagine del codice penale, ancora non era entrato nel rango dei diritti riconosciuti alla persona che presta il proprio lavoro⁹⁴.

⁹¹ Cfr. ad esempio, per la derogabilità del preavviso di licenziamento consuetudinario, *Probiviri Metallurgiche e Metalliche*, Torino, 21 dicembre 1900, cit. in E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, op. cit., p. 218, ed *ivi*, *probiviri Metallurgiche*, Torino, 22 marzo 1901.

⁹² Oltre al già citato Redenti, lo stesso L. BARASSI, ne *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1917, II, pp. 332-3, si espresse contro il carattere inderogabile, mettendone in dubbio la derivazione dall'ordine pubblico che la giurisprudenza probivirale invece vi ravvedeva, attribuito all'uso in materia di lavoro: «Ma si è anche creduto di poter sostenere che in un altro caso l'uso prevale sulla difforme volontà concreta dei contraenti: quando sia inderogabile, cioè sia un "uso di diritto pubblico", come si suol dire con espressione molto impropria ... Ma in linea generale credo di dovermi risolutamente opporre a questa dottrina, sbucata fuori più per adattare il diritto ai bisogni pratici, e alle aspirazioni giuste della coscienza comune, che per applicare alla realtà il diritto così com'è. Il diritto è quello che è: l'adattabilità che gli può derivare dall'impero concesso all'equità e agli usi, mediante il provvidenziale art. 1124, non può arrivare, tuttavia, sino al punto di comprimere totalmente il principio fondamentale dell'autonomia privata, che solo la legge espressamente può limitare».

⁹³ Cfr., *ex multis*, *Probiviri Legno*, Milano, 17 dicembre 1905, cit.; *Probiviri Chimiche*, Milano, 27 maggio 1903, in E. REDENTI, *Massimario*, op. cit., p. 219; ed *ivi*, *Probiviri Alimentari*, Milano, 8 marzo 1899, p. 218; *Probiviri Meccaniche*, Milano, 28 ottobre 1903, p. 165; *contra*, per la derogabilità del preavviso consuetudinario ad opera del contratto individuale, *Probiviri Meccaniche*, Milano, 1° giugno 1903, p. 166. Per l'affermazione della necessità del preavviso di licenziamento nella giurisprudenza civile, cfr., ad esempio, Cass. Palermo, 23 novembre 1901, in *Mon. trib.*, 1902, p. 1035; C. App. Genova, 3 luglio 1900, *ivi*, 1901, p. 1036; C. App. Milano, 29 aprile 1905, *ivi*, 1905, p. 1032.

⁹⁴ Per l'affermazione letterale dello sciopero come «diritto» del lavoratore, cfr. *Probiviri Alimentari*, Milano, 9 settembre 1901, in E. REDENTI, *Massimario*, op. cit., p. 190.

L'istituto dei *probiviri* verrà smantellato dal fascismo e sarà soppiantato dalla creazione di una magistratura del lavoro, deputata a svolgere anche un ruolo di composizione dei contrasti interni alle corporazioni nella disciplina uniforme dei rapporti di lavoro (non può parlarsi di "conflitto collettivo" dal momento che il sistema corporativo, cui dedicheremo qualche cenno nel paragrafo seguente, avrà di fatto soppresso la libertà di azione sindacale). Nel frattempo però, la questione della inderogabilità della disciplina eteronoma, quantomeno per il rapporto di impiego, individuata e "risolta" dai *probiviri*, avrà trovato una positiva copertura nella legge.

In conclusione, se pure è probabile, come si è argomentato, che l'istituzione dei *probiviri* fosse originariamente animata da una matrice anti-sindacale, è però innegabile che proprio dalla giurisprudenza probivirale la pratica dei concordati collettivi (e con essa la coalizione sindacale) uscirà notevolmente rafforzata, e la questione dell'imperatività della disciplina eteronoma del contratto di lavoro si porrà all'attenzione del dibattito giuridico. Anche i più strenui difensori del primato dell'autonomia negoziale saranno costretti a riconoscere come la cogenza non potesse non costituire un attributo imprescindibile della legge sociale, perchè coerente con le finalità di ordine pubblico che a questa legislazione erano state demandate⁹⁵. A nostro giudizio dunque, proprio l'esperienza dei *probiviri*, "la magistratura delle consuetudini e dell'equità", ha rappresentato un passaggio decisivo non solo nell'elaborazione scientifica del nascente diritto del lavoro, ma anche nell'affermazione della sua coesenziale inderogabilità.

⁹⁵ Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 330: «Si tratta di ovviare al male maggiore: è peggiore il danno di una sfrenata autonomia individuale, ridondante in una pressione abusiva della parte più forte, o quella di un'eccessiva limitazione per opera dello Stato? Con questo il problema non è risolto certo: rimane il più, cioè l'applicazione pratica, che è il punto più difficile. Ma una volta che si senta il bisogno di un intervento dello Stato, è inutile discutere sulla sua categoricità o no: per coerenza, se deve essere efficace, quasi sempre dovrà essere categorica».

2. L'ordinamento corporativo e l'inderogabilità del contratto collettivo corporativo.

La legislazione sociale promossa dallo Stato liberale a partire dal penultimo decennio dell'Ottocento aveva aperto una breccia in un sistema giuridico ancora saldamente ancorato al principio, di ascendenza illuministica, della eguaglianza formale dei contraenti individuali. E tuttavia, almeno ad una parte della cultura giuridica del tempo non era sfuggita l'intima coerenza di quella piccola rivoluzione: la parità sostanziale tra i contraenti privati, che costituiva la giustificazione e al tempo stesso la base empirica di quel principio, non trovava alcun riscontro in quel confronto tra il capitale e la «povertà laboriosa»⁹⁶ impiegata nelle industrie, oggetto della legislazione sociale.

Ma se la legislazione sociale aveva prospettato un approccio dell'ordinamento in parte nuovo verso le questioni economiche e sociali, ancora mancava, da parte dello Stato liberale, un riconoscimento effettivo della dimensione collettiva dell'interesse dei soggetti destinatari delle leggi speciali. Era ormai diffusa la consapevolezza che il contratto individuale non fosse idoneo a garantire al contraente-lavoratore quella libertà promessa dalle rivoluzioni liberali, ed anzi si rendeva improcrastinabile un intervento imperativo della legge che impedisse all'individuo, soggiogato dal proprio stato di bisogno, se non altro di arrecare troppo danno a se stesso attraverso la stipulazione di un contratto a condizioni vili. Ma ancora i tempi non erano maturi, evidentemente, per riconoscere alla collettività dei lavoratori, espressa nel sindacato, una soggettività giuridica ed un potere regolamentare delle condizioni di lavoro. L'associazionismo sindacale era *tollerato*, così come lo sciopero era uscito dal codice penale. Ma il riconoscimento *positivo* del sindacato come soggetto di diritto (ovvero di diritti e obbligazioni), e del contratto collettivo da questo concluso con la controparte imprenditoriale come fonte negoziale autonoma, e tendenzialmente inderogabile, di diritti e di obbligazioni del

⁹⁶ U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, cit.

lavoratore (quantomeno, del lavoratore affiliato all'associazione stipulante), erano ancora approdi faticosi, a cui poteva accedere solamente qualche studioso d'avanguardia, o qualche giuria tacciata dalla comunità scientifica di essere sin troppo incline ad assecondare quell'esigenza di equità sociale che pure era affermata dalla legge sui *probiviri* del 1893. Nè nella legge speciale, nè tantomeno nel codice borghese, il sindacato e il contratto collettivo trovavano casa.

Mentre in Francia e in Germania il processo di emersione legale del sindacato e del contratto collettivo si andava compiutamente realizzando nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali⁹⁷, in Italia la crisi irreversibile dello Stato liberale e la conseguente instaurazione del regime fascista – avvenuta a più tappe tra il 1922 e il 1925⁹⁸ – portarono ad una soluzione legale della questione sindacale che non può

⁹⁷ Nell'ordinamento tedesco, la legge sui concordati di tariffe del 23 dicembre 1918 aveva già previsto l'efficacia diretta del contratto collettivo sui rapporti di lavoro, mentre in quello francese la legge 25 marzo 1919 aveva affermato l'efficacia sostitutiva delle disposizioni del contratto collettivo rispetto alle difformi pattuizioni individuali.

⁹⁸ L'Italia, al pari delle altre potenze europee coinvolte nel primo conflitto mondiale, era uscita dalla guerra in condizioni molto difficili, con l'impellente necessità di riconvertire il sistema industriale alla produzione civile e una economia grandemente impoverita dalla crescente inflazione e dalla svalutazione della moneta. La difficile congiuntura economica ed il sentimento di profonda frustrazione per quella che era sentita come una "vittoria mutilata", pagata a caro prezzo di sangue ma piuttosto avara di quelle ricompense territoriali che erano state agitate dal movimento interventista, comportarono un'immediata crescita dei livelli di scontro sociale, soprattutto nelle grandi industrie. In un contesto in cui sembrava prevalere l'ala più rivoluzionaria del movimento sindacale, con l'occupazione delle fabbriche e gli scioperi spesso violenti dei braccianti agricoli che si verificarono a partire dall'autunno del 1919, all'inizio di quello che passerà alla storia d'Italia come il "biennio rosso", gli industriali contrapposero inizialmente un ricorso sempre più massiccio alle serrate; finchè non individuarono nella Confederazione delle Corporazioni fasciste, la neonata organizzazione sindacale (1922) legata al Partito Nazionale Fascista, una controparte "collaborativa", disposta a sottoscrivere anche accordi peggiorativi pur di ottenere un riconoscimento che il modesto peso numerico tra i lavoratori non le avrebbe concesso. Nel frattempo, dopo la marcia su Roma delle squadre fasciste dell'ottobre del 1922, il Re Vittorio Emanuele II decise di affidare a Benito Mussolini l'incarico di formare un nuovo Governo. Alle successive elezioni del 1924, svoltesi in un clima di intimidazione e violenza, il PNF risultò vincitore, anche grazie alla legge elettorale che assegnava i due terzi dei seggi in Parlamento alla coalizione che avesse ottenuto la maggioranza con almeno il 25% dei voti espressi. Fu l'inizio della costruzione del regime, che nel frattempo, approfittando delle divisioni interne e della debolezza dei partiti dello Stato liberale, aveva già approntato numerose leggi che restringevano la libertà di stampa, costituivano la "milizia fascista" come organo di polizia e sottoponevano i sindacati al controllo prefettizio. La legge n. 2263 del 24 dicembre 1925, sostituendo al Presidente del Consiglio, sottoposto alla mozione di sfiducia del Parlamento, la nuova figura del Capo del Governo Primo Ministro Segretario di Stato, non più soggetto ad alcuna responsabilità verso le Camere, rappresentò l'ultimo passo verso la destituzione della democrazia: alle successive elezioni del 1929 per il rinnovo dei rappresentanti delle Camere, agli elettori sarebbe stato semplicemente richiesto, in forma plebiscitaria, di approvare o respingere una lista di candidati predisposta dal Gran Consiglio del Fascismo. Le ragioni politiche, sociali ed economiche che portarono alla nascita della dittatura in Italia meriterebbero ben altro approfondimento e attenzione da parte degli studiosi di

davvero far parlare di “riconoscimento” del sindacato e del contratto collettivo: questo e quello subirono piuttosto un “assorbimento” nell’apparato e nella legislazione dello Stato; una cooptazione di funzioni e strutture che il nuovo sistema giuridico, cosiddetto ‘corporativo’, reclamava a sè⁹⁹.

Non sarà questa la sede per un approfondimento storiografico degli eventi e delle ragioni politiche che portarono all’avvento del fascismo, e nemmeno per un’analisi approfondita delle numerose leggi, di segno effettivamente protettivo del prestatore di lavoro, emanate da parte di quel regime, soprattutto nel campo

qualsiasi disciplina giuridica, soprattutto in momenti storici in cui la ‘rappresentatività’ dei partiti, soggetti attivi e garanti delle istituzioni democratiche, viene registrata in preoccupante flessione, a livelli bassissimi. Con riferimento alla situazione economica e sociale del primo dopoguerra ed alle vicende che portarono all’affermazione del partito e dei sindacati fascisti può rinviarsi a R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d’Italia (1861-1940)*, cit., p. 147 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 21-24; M. MARTONE, *Governo dell’economia e azione sindacale*, Cedam, Padova, 2006, p. 53 ss.; ID., *La fase corporativa*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 63 ss.

⁹⁹ Secondo gli ideali affermati dalla dottrina giuridica vicina al fascismo, il ‘diritto corporativo’, quale espressione dell’unico potere normativo esistente, quello statale, doveva assorbire insieme il diritto pubblico e il diritto privato: ogni manifestazione normativa di enti privati o pubblici diversi dello Stato altro non poteva essere che manifestazione normativa per conto dello Stato. Non è difficile immaginare le drammatiche conseguenze sul movimento sindacale e sulla libertà di opinione di un tale sistema giuridico. Cfr. in particolare C. COSTAMAGNA, *Diritto corporativo italiano*, UTE, Torino, 1927, p. 30 ss., che così riassume l’ideale organicistico dello Stato fascista, corporativo, in contrapposizione al modello di Stato liberale, atomistico e individualista: «Per il liberismo (come per la democrazia e il socialismo) le società umane sono la somma degli individui viventi; per il fascismo le società sono l’unità riassuntiva della serie indefinita delle generazioni. Per il liberismo (come per la democrazia e il socialismo) la società non ha scopi distinti da quelli dei singoli che la compongono a un dato momento. Per il fascismo la società ha scopi suoi storici ed immanenti di conservazione, di espansione, di perfezionamento, distinti dagli scopi dei singoli individui che *pro tempore* la compongono, e che possono eventualmente anche essere in contrasto con gli scopi individuali. [omissis] Per il liberalismo (come per la democrazia e il socialismo) l’individuo è fine, la società e mezzo, nè è concepibile che l’individuo, che è fine, possa mai assumere il valore di mezzo. Per il fascismo l’individuo è mezzo, e tutta la vita della società consiste nell’assumere l’individuo come strumento dei fini sociali. Per il liberalismo (come per la democrazia e il socialismo) il problema fondamentale della società e dello Stato è il problema dei diritti del singolo. Sarà per il liberalismo il diritto alla libertà, per la democrazia il diritto al governo della cosa pubblica, per il socialismo il diritto alla giustizia economica, ma è sempre diritto dell’individuo di gruppi di individui (classi) in questione. Per il fascismo il problema preminente è quello del diritto dello Stato e del dovere dell’individuo e delle classi; gli stessi diritti dell’individuo, quando vengono riconosciuti, non sono che riflesso dei diritti dello Stato, che il singolo fa valere come portatore di un interesse proprio e come organo di un interesse sociale con quello convergente. In questa preminenza del dovere sta il valore etico più alto del fascismo». Tra gli scritti contemporanei possono segnalarsi anche N. JEAGER, *Principi di diritto corporativo*, CEDAM, Padova, 1939; W. CESARINI SFORZA, *Corso di diritto corporativo*, Cedam, Padova, 1934; G. MAZZONI, *Teoria e limiti di applicabilità dei contratti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, II° ed., 1939; F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Dir. Lav.*, 1930, I, p. 123 ss.

previdenziale. Più semplicemente, nell'ambito della nostra ricognizione sull'affermazione del 'principio di inderogabilità' nel diritto del lavoro, ci limiteremo ad osservare quale tipo di efficacia venne "riconosciuta" al contratto collettivo – beninteso, al contratto collettivo *corporativo*, quello (e solo quello) concluso dalle organizzazioni sindacali 'riconosciute' e con le procedure previste dalla legge –, inquadrato peraltro nel sistema delle fonti del diritto positivo; e come, d'altro canto, l'inderogabilità della disciplina legale in materia di lavoro, che nel frattempo si stava approntando in modo sempre più organico, stesse trovando una positiva affermazione, *diretta*, anche nei confronti della relazione contrattuale, aspetto che sarà esaminato nel successivo paragrafo.

Il fulcro della legislazione fascista in materia sindacale era costituito dalla legge 3 aprile 1926, n. 563, completata dal regolamento di esecuzione contenuto nel regio decreto 1° luglio 1926, n. 1130¹⁰⁰. Per effetto di queste disposizioni, largamente ispirate ai principi della Carta del lavoro¹⁰¹, il documento programmatico del regime in materia di rapporti economici, lo Stato assumeva il totale controllo del movimento sindacale, trasformato a tutti gli effetti in un apparato dell'amministrazione pubblica¹⁰². All'unico sindacato riconosciuto dall'ordinamento

¹⁰⁰ Questi provvedimenti, emanati in un periodo in cui la democrazia parlamentare era ridotta al simulacro di se stessa, erano stati preceduti da intese tra la Confindustria e il sindacato fascista, in particolare il c.d. Patto di Palazzo Vidoni del 2 ottobre 1925, attraverso cui queste associazioni si riconoscevano quali esclusive rappresentanti delle parti a fini contrattuali e si stabiliva la soppressione delle commissioni interne alle fabbriche, così da privare anche di fatto i lavoratori di qualsiasi rappresentanza nei luoghi di lavoro. Su queste vicende cfr. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 23-24; M. MARTONE., *La fase corporativa*, cit., p. 70 ss.

¹⁰¹ Approvata dal Gran Consiglio del Fascismo quando questo era ancora un organo del PNF, estraneo al sistema costituzionale, e rimasta fuori dal sistema delle fonti di diritto positivo sino all'emanazione della legge 30 gennaio 1941, n. 14, la Carta del Lavoro costituiva una sorta di 'costituzione' del regime in materia di rapporti di lavoro e sindacali, sintesi dei principi fondamentali della coeva legislazione. Sul valore programmatico della Carta v. M. MARTONE., *ult. op. cit.*, p. 77 ss.

¹⁰² M. MARTONE., *ult. op. cit.*, p. 76: «Attraverso l'interesse della categoria, il sindacato riconosciuto che ne è portatore finisce per essere, anche in linea teorica, un organo della Nazione, o comunque, uno strumento dell'indirizzo politico del Regime». Peraltro, non tutta la dottrina di epoca corporativa fece propria la teoria del completo assorbimento del sindacato nello Stato e degli interessi privati, individuali e collettivi, all'interno dell'interesse superiore della Nazione, cfr. in particolare F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, cit. p. 132, che rivendica ai sindacati riconosciuti un ruolo ed una funzione autonoma rispetto allo Stato-amministratore, pur dovendo ammettere, in sostanza, la sottoposizione di questi soggetti alla supremazia dello Stato-legislatore, unico garante del superiore interesse nazionale.

in ragione della presunta “fedeltà” al regime¹⁰³, la legge conferiva il monopolio della rappresentanza e dell’azione contrattuale: attraverso l’attribuzione della personalità giuridica (di diritto pubblico)¹⁰⁴, il sindacato riconosciuto si vedeva assegnata la rappresentanza (legale) dei lavoratori e degli imprenditori appartenenti alla categoria produttiva di riferimento¹⁰⁵; e il contratto collettivo stipulato da questi sindacati, l’unico ammesso dall’ordinamento¹⁰⁶, definito “contratto collettivo *corporativo*”, in quanto sintesi ed espressione dei superiori interessi della “corporazione”, ovvero dell’insieme dei produttori e dei lavoratori della categoria produttiva, veniva dotato di efficacia *erga omnes*, vale a dire della capacità di produrre effetti giuridici, quanto alla disciplina delle condizioni di lavoro, per tutti gli appartenenti alla categoria di riferimento¹⁰⁷.

¹⁰³ L’art. 1 della legge n. 563/1926 riservava la possibilità di riconoscimento delle sole organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori (rappresentati separatamente, in quanto non erano ammesse associazioni miste), dotate di una minima rappresentatività numerica nella categoria, che perseguissero «scopi di assistenza, di istruzione e di *educazione morale e nazionale dei soggetti aderenti*». La procedura di riconoscimento era affidata alla piena discrezionalità del Ministero, che poteva disporre in qualsiasi tempo controlli sull’associazione, modifiche agli statuti e revocarne il riconoscimento. Per ogni categoria produttiva era possibile riconoscere un solo sindacato di lavoratori e un solo sindacato datoriale: le altre associazioni continuavano ad esistere come “associazioni di fatto”, sottoposte alle leggi di polizia e private di qualsiasi potere contrattuale, riservato ai soli sindacati riconosciuti. Sui contenuti della legge sindacale del 1926 e sulle dinamiche del sistema sindacale corporativo può rinviarsi a M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 24-36.

¹⁰⁴ Tanto disponeva l’art. 5 della legge n. 563/1926: «Le associazioni riconosciute hanno personalità giuridica e rappresentano legalmente tutti i datori di lavoro, lavoratori, artisti e professionisti della categoria, per cui sono costituite, vi siano o non vi siano iscritti, nell’ambito della circoscrizione territoriale, dove operano».

¹⁰⁵ Per categoria si intendeva l’insieme dei soggetti svolgenti la medesima attività imprenditoriale o professionale, e dunque accomunati, nella visione della dottrina corporativa, dal medesimo interesse economico. L’appartenenza alla categoria era funzionale, nel sistema corporativo, all’assoggettamento ai contratti collettivi stipulati dalle relative associazioni sindacali ed era determinata, per gli imprenditori, dall’attività economica intrapresa, e per i lavoratori, dalla categoria di appartenenza del datore di lavoro. A garanzia della “tenuta” del sistema, l’art. 6 della legge riservava il riconoscimento legale ad una sola associazione sindacale per ciascuna categoria produttiva: la più completa negazione della libertà e del pluralismo sindacale. Nella dottrina corporativa la categoria produttiva fungeva da strumento di funzionalizzazione degli interessi individuali e collettivi al superiore interesse della produzione nazionale: M. MARTONE., *La fase corporativa*, cit., p. 76.

¹⁰⁶ L’art. 47 del regolamento di attuazione sanciva infatti la *nullità* dei contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali non riconosciute.

¹⁰⁷ Ai sensi dell’art. 10 della legge sindacale, «i contratti collettivi di lavoro stipulati dalle associazioni di datori di lavoro, di lavoratori, di artisti e di professionisti legalmente riconosciute, hanno effetto rispetto a tutti i datori di lavoro, i lavoratori, gli artisti e i professionisti della categoria, a cui il contratto collettivo si riferisce, e che esse rappresentano, a norma dell’art. 5». Tale norma verrà

Questo rigido meccanismo legale di regolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro – se ancora di “collettività” può parlarsi, visto che le associazioni sindacali erano ridotte ad organi dell’apparato statale e soggette non solo al penetrante controllo politico del regime, ma anche all’indirizzo economico determinato dall’esecutivo –, che concepiva il lavoro quale mero fattore di costo per l’impresa e per il sistema produttivo nazionale, doveva garantire un ordinato svolgimento del processo produttivo e la massima limitazione delle dinamiche concorrenziali interne¹⁰⁸. Se la funzionalizzazione dei diritti soggettivi al superiore interesse nazionale, e il conseguente monopolio del “sindacato di Stato” nella disciplina giuridica ed economica del lavoro industriale costituivano i cardini del sistema, l’*inderogabilità individuale* delle condizioni di lavoro prefissate dal contratto corporativo o dai suoi surrogati – l’ordinanza corporativa o la sentenza della magistratura del lavoro –, che la legge del 1926 affermava a chiare lettere¹⁰⁹, ne

sostanzialmente riprodotta nell’art. 2070 c.c., disposizione oggi non più vigente dopo la soppressione dell’ordinamento corporativo.

¹⁰⁸ Va ancora ricordato come proprio a garanzia della “completezza” del sistema, ovvero della presenza di una disciplina legale dei rapporti di lavoro in ogni settore produttivo, e dell’effettivo recepimento nei contratti collettivi degli indirizzi di politica economica impressi dal Governo del regime, la legge sindacale all’art. 3 prevedesse degli «organi centrali di collegamento», le Corporazioni, poi concretamente istituite dalla legge 20 marzo 1930, n. 206, e disciplinate dalla legge 5 febbraio 1934, n. 163, alle quali l’art. 56 del regolamento di attuazione assegnava il potere di dettare norme generali sulle condizioni di lavoro, «ispirandosi alla equità e contemperando gli interessi dei datori di lavoro con quelli dei lavoratori, e gli uni e gli altri con gli interessi superiori della produzione». Nel caso in cui nemmeno l’intervento dell’organo corporativo fosse riuscito a dirimere il contrasto tra le organizzazioni sindacali nella determinazione delle condizioni di lavoro, ai sensi dell’art. 13 della legge sindacale competeva alla Magistratura del lavoro, istituita presso ogni Corte di Appello del Regno, fissarle autoritativamente, sempre tutelando «gli interessi superiori della produzione».

¹⁰⁹ Era più precisamente il regolamento di esecuzione, all’art. 54, a stabilire come «i contratti di lavoro individuali, stipulati dai singoli datori di lavoro e lavoratori soggetti al contratto collettivo, debbono uniformarsi alle norme da questo stabilite. Le clausole difformi dei contratti di lavoro individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto a quelle del contratto collettivo, salvo il caso che siano più favorevoli ai lavoratori. La stessa efficacia hanno i contratti collettivi di fronte ai regolamenti di fabbrica».

Apparentemente, poteva dirsi finalmente riconosciuta all’autonomia collettiva una funzione di tutela delle classi operaie che l’astensione legislativa dello Stato liberale aveva sino ad allora negato. Ma l’impianto complessivo della legge sindacale suggerisce forse un’interpretazione diversa della disposizione, molto più consona al carattere dirigistico dell’azione legislativa, in campo economico e sindacale, promossa dal regime. L’uniformità delle condizioni di lavoro e la tutela dell’ordine nelle fabbriche paiono costituire gli interessi preminenti sottostanti tanto all’efficacia *erga omnes*, quanto all’inderogabilità *assoluta* della disciplina collettiva.

rappresentava il logico sviluppo: il contratto collettivo corporativo spiegava la propria *efficacia normativa*, c.d. reale, sostituendosi di diritto alle difformi pattuizioni concluse individualmente, fatte salve *soltanto* quelle condizioni di favore per il prestatore individuale, che fossero stipulate in ragione delle qualità soggettive del singolo lavoratore¹¹⁰.

L'assorbimento del fenomeno sindacale all'interno dell'apparato statale, e la conseguente efficacia generalizzata del contratto collettivo corporativo concluso secondo delle rigide procedure di legge, dirette ad assicurare il pieno controllo del potere politico sulle dinamiche salariali, erano perfettamente funzionali, in quel sistema, all'affermazione dell'ideale corporativo, ovvero alla supremazia dell'interesse della Nazione rispetto agli interessi soggettivi particolari di natura individuale o collettiva¹¹¹. Una regolamentazione delle condizioni di lavoro "ordinata", attraverso la previa selezione dei soggetti abilitati a parteciparvi, e "disciplinata", tanto con riferimento alle procedure, quanto con riferimento all'ambito di applicazione ed agli effetti sui contratti individuali, doveva consentire un efficiente sfruttamento dell'unica vera forma di ricchezza della Nazione: la

¹¹⁰ A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 155-162, osserva come nell'interpretazione della norma si contrapposero, tanto nella dottrina corporativa quanto nella giurisprudenza della Cassazione del Regno, due letture tra loro antitetiche. Una prima interpretazione, di carattere più liberale e che risultò prevalente nei primi anni successivi all'emanazione della legge, era incline a ravvisare la *ratio* della disposizione proprio nella protezione del contraente debole, con la conseguenza che *tutte* le clausole più favorevoli, contenute nei contratti individuali o nei regolamenti di fabbrica, sarebbero state salvaguardate dalla sostituzione automatica da parte delle previsioni dei contratti collettivi. Ma nel giro di pochi anni, tanto nella dottrina quanto nella Cassazione del Regno si consolidò ben altra interpretazione della norma, che, in linea con la «funzione livellatrice» del contratto collettivo, sosteneva la permanenza di quelle sole clausole migliorative che fossero state effettivamente pattuite individualmente, in ragione delle speciali capacità del lavoratore. Tale "inversione" nella lettura della norma ben poteva spiegarsi anche con l'esigenza di assicurare la prevalenza del contenuto dei contratti corporativi su tutti i contratti pre-corporativi (che, beninteso, la legge sindacale del 1926 non qualificava come 'contratti collettivi', potendosi essi configurarsi come mera sommatoria di contratti individuali), in linea con politica deflazionistica imposta dal regime.

Per un'ampia trattazione degli orientamenti interpretativi della disposizione in vigore del sistema corporativo può rimandarsi a A. TURSI, *ult. op. loc. citt.*, ed ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali *ivi* indicati.

¹¹¹ Un obiettivo pienamente rispondente all'ideale corporativo molto ben esplicitato da C. COSTAMAGNA, *Diritto corporativo italiano*, cit., nel passaggio riportato *supra* alla nt. 99.

manodopera. Obiettivo che era a sua volta strumentale all'affermazione dell'Italia quale nuova potenza economica e militare sullo scacchiere internazionale.

Le regole contenute nella legge del 1926 e nel regolamento di attuazione saranno poi recepite anche nel nuovo Codice civile del 1942, in cui un intero Libro, il V, sarà dedicato proprio ai rapporti giuridici afferenti alla conduzione dell'impresa e alla disciplina delle società. Nell'originaria impostazione codicistica, peraltro quasi subito superata con la soppressione dell'ordinamento corporativo ad opera del decreto legislativo luogotenenziale del 23 novembre 1944, n. 369¹¹², la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata al superiore interesse nazionale alla produzione si spingeva sino al punto da prevedere forme di controllo da parte dello Stato sull'andamento e sulla conduzione dell'impresa¹¹³. Contestualmente, l'imprenditore si vede riconosciuto un ruolo di direzione gerarchica dell'impresa¹¹⁴;

¹¹² Già il regio decreto legge 9 agosto 1943 n. 721, primo atto del Governo Badoglio instauratosi dopo la deposizione e l'arresto di Mussolini, aveva smantellato l'impianto corporativo con la soppressione delle corporazioni, del consiglio nazionale delle corporazioni e dei comitati tecnici intercorporativi. Con il citato d. lvo. lgt. n. 369/1944, che si colloca cronologicamente all'indomani del patto di Roma, con il quale le libere associazioni sindacali danno vita ad un'organizzazione unitaria, la CGIL, viene disposto lo scioglimento anche dei sindacati fascisti, ferme restando per la disciplina dei rapporti individuali e collettivi, ai sensi dell'art. 43 del decreto, e salve le successive modifiche, «le norme contenute nei contratti collettivi, negli accordi economici, nelle sentenze della Magistratura del lavoro e nelle ordinanze corporative». Ma la funzione di questa disposizione era soltanto quella di garantire una protezione minima ai lavoratori in attesa che le libere associazioni sindacali iniziassero a svolgere effettivamente l'attività di contrattazione collettiva: cfr. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 39-42.

¹¹³ È in particolare nell'art. 2085 c.c., rubricato «indirizzo della produzione», che si afferma positivamente la sottoposizione dell'impresa al controllo ed al superiore interesse produttivistico della Nazione. La disposizione recita: «Il controllo sull'indirizzo della produzione e degli scambi in relazione all'interesse unitario dell'economia nazionale è esercitato dallo Stato, nei modi previsti dalla legge e dalle norme corporative. La legge stabilisce altresì i casi e i modi nei quali si esercita la vigilanza dello Stato sulla gestione delle imprese». I successivi artt. 2088-2092 c.c. completavano il sistema con la previsione esplicita di una «responsabilità» dell'imprenditore per i danni all'economia nazionale arrecati dal mancato rispetto degli indirizzi sulla produzione impartiti dallo Stato, e con la sottoposizione dell'impresa al controllo diretto della magistratura del lavoro. Ma questo irrigidimento del controllo statale dell'indirizzo della produzione, che ha indubbiamente rappresentato la deriva più autoritaria in campo economico della dittatura fascista, e che fatto giustamente parlare del sistema corporativo sancito dal codice del 1942 come di un prodotto di «una visione *pan*-pubblicistica della società», e del fascismo come di un «*octopuss*», che in campo economico si muove in una direzione diametralmente opposta alla Stato liberale dell'Ottocento, al punto da sacrificare qualsiasi libertà individuale sull'altare dell'interesse nazionale alla produzione – cfr. in particolare M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, cit., pp. 94-95 –, è forse anche spiegabile alla luce delle esigenze dell'economia di guerra del 1942.

¹¹⁴ «L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori»: art. 2086 c.c. La norma, che per comune opinione della dottrina è ispirata ad una

un ruolo per di più rafforzato dall'attribuzione di un potere direttivo, di controllo e disciplinare sui propri dipendenti ancora non soggetto a quei limiti, funzionali al rispetto dei diritti incompressibili della persona implicata nella prestazione di lavoro, che saranno introdotti soltanto successivamente dalla legislazione post-costituzionale, ed in particolare dallo Statuto dei lavoratori, proprio allo scopo di adeguare l'originaria disciplina codicistica ai principi affermati dalla Carta costituzionale del 1948.

Nel Codice Civile del 1942 verranno recepiti gran parte dei contenuti della legge sindacale del 1926¹¹⁵; in particolare, per quanto rileva ai nostri fini, verranno riaffermati tanto l'inderogabilità del contratto collettivo da parte delle pattuizioni individuali, per effetto dell'art. 2077 c.c.¹¹⁶, tanto quei meccanismi di sostituzione automatica delle clausole difformi al contratto collettivo e alla legge, attraverso gli artt. 1339, 1418 e 1419 c.c.¹¹⁷, che le disposizioni del 1926 avevano anticipato. Al

visione comunitaria dell'impresa ed assumerebbe carattere meramente definitorio della posizione giuridica dell'imprenditore, attribuisce all'imprenditore un potere organizzativo che oggi deve essere ricondotto entro i limiti segnati dall'oggetto e dalla causa del contratto di lavoro: cfr. in particolare L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, 1975, ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 399 ss.

¹¹⁵ Nell'impianto codicistico, al contratto collettivo corporativo viene dedicato il Capo III (artt. 2067-2081) del Titolo I, in cui vengono recepite gran parte delle regole, quanto alle forme di stipulazione, al contenuto, all'efficacia nel tempo e all'efficacia, già contenute nella legge n. 563/1296 e nel relativo regolamento di attuazione. Sui contenuti complessivi della disciplina codicistica del contratto corporativo può rinviarsi a M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 28-35.

¹¹⁶ La disposizione, rubricata «efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale», recita: «I contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo. Le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro». Sulla vigenza di questa disposizione e sulla sua compatibilità con l'ordinamento sindacale promosso dalla Costituzione repubblicana, deve rimandarsi *infra* al paragrafo 7.

¹¹⁷ Per effetto dell'art. 1339 c.c., «inserzione automatica di clausole», «le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole apposte dalle parti». L'art. 1418 c.c., «cause di nullità del contratto», prevede in particolare al primo comma che «il contratto è nullo quanto è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente». Quanto alla «nullità parziale», categoria disciplinata dall'art. 1419 c.c., «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». Se la prima delle disposizioni appena richiamate è immediatamente riconducibile all'irregimentato sistema economico corporativo, le altre due disposizioni costituiranno l'architrave del funzionamento, tra l'altro, della disciplina lavoristica inderogabile post-costituzionale. Vedi *infra*.

contempo, nelle disposizioni preliminari al Codice verrà fissato un nuovo assetto delle fonti, in cui il contratto collettivo corporativo trova una propria collocazione, all'interno delle norme corporative, gerarchicamente subordinate alla legge ed ai regolamenti¹¹⁸.

Il sistema delle fonti delineato nelle preleggi non sopravviverà, come è noto, alla caduta del fascismo, così come il contratto corporativo e le disposizioni ad esso dedicate. Il “nuovo” contratto collettivo, definito “di diritto comune” perchè soggetto alla disciplina comune dei contratti e regolato, quanto all'efficacia soggettiva, dall'istituto privatistico della rappresentanza, uscirà dal novero delle fonti – in senso oggettivo – di diritto. Conseguentemente alla soppressione dell'ordinamento corporativo, mentre l'inderogabilità della legge continuerà a rappresentare, come si è osservato nel precedente capitolo, una caratteristica preminente ed esplicitata della disciplina legale, perchè coesistente a quelle esigenze di tutela economica e personale del prestatore individuale, ovvero di una classe sociale sottoprotetta¹¹⁹, l'inderogabilità del contratto collettivo, di diritto comune, dovrà essere argomentata e “compatibilizzata” con il nuovo sistema sindacale, delineato dal costituente, governato dal principio pluralista.

¹¹⁸ L'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, preliminari al codice civile, afferma: «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi». Per quanto tale disposizione rappresenti oggi poco più di un “reperto giuridico”, in ragione dell'abolizione del sistema corporativo e ancor più dell'ingresso nel sistema di fonti di carattere “superprimario”, quali le norme costituzionali, le norme di diritto internazionale e il diritto dell'Unione Europea, essa deve tuttavia considerarsi, proprio in tema di lavoro, come il compimento di un lungo processo di affermazione della legge dello Stato sul diritto consuetudinario, nucleo primigenio della disciplina giuridica della prestazione di lavoro offerta in regime di subordinazione.

¹¹⁹ Può rimandarsi sul punto al precedente Capitolo.

3. Le prime affermazioni compiute dell'inderogabilità della disciplina legale del rapporto di lavoro: l'art. 8 r.d.l. n. 692/1923 e l'art. 17 r.d.l. n. 1825/1924.

Il ruolo giocato dalla giurisprudenza probivirale consente di descrivere a pieno titolo la nascita della disciplina del rapporto di lavoro nell'ordinamento italiano come un processo di formazione extra-legislativa del diritto¹²⁰. L'attività dei *probiviri* non consistette infatti nella mera ricognizione di un diritto consuetudinario esistente, ma contribuì attivamente, attraverso l'applicazione continua nel tempo degli usi locali, alla stessa formazione e alla diffusione su larga scala delle regole consuetudinarie, orientando così le scelte di comportamento dei consociati¹²¹. Per contro, restò del tutto estranea alla prospettiva ed al campo di intervento della legislazione sociale, almeno sino agli anni immediatamente successivi al primo conflitto mondiale, l'emanazione di una disciplina organica del contratto di lavoro, che avrebbe così assicurato non solo una composizione legale del conflitto tra capitale e lavoro, ma anche un livello minimo di protezione ai salariati, quali contraenti deboli: la legge dello Stato liberale, in questa prima fase, si limitò ad intervenire sul «lato sociale» del lavoro industriale, escludendo deliberatamente qualsiasi intervento diretto sui contenuti e sui requisiti di validità del contratto di lavoro, quale negozio privatistico ancora abbandonato alla libera determinazione dei contraenti individuali.

Gli approdi della giurisprudenza dei *probiviri* trovarono un riconoscimento legislativo soltanto nel decreto luogotenenziale 9 febbraio 1919, n. 112, poi integralmente sostituito dal regio decreto legge 13 novembre 1924, n. 1825, convertito nella legge 18 marzo 1926, n. 562. Questo testo legislativo conteneva finalmente una disciplina *organica* del rapporto contrattuale degli impiegati di datori di lavoro privati: definizione del contratto di impiego privato¹²², durata massima del

¹²⁰ Così R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit., p. 248.

¹²¹ R. VOZA, *ult. op. cit.*, p. 241.

¹²² Ai sensi dell'art. 1 della legge «il contratto d'impiego privato, di cui nel presente decreto, è quello per il quale una società o un privato, gestori di un'azienda, assumono al servizio dell'azienda

patto di prova¹²³, diritto alla conservazione del posto in caso di chiamata alle armi, malattia, infortunio gravidanza e puerperio¹²⁴, ferie annuali retribuite¹²⁵, termini di preavviso in caso di licenziamento¹²⁶, diritto alla continuazione dell'impiego, salvo disdetta del datore, in caso di trasferimento dell'azienda¹²⁷, limitazione all'apposizione della clausola del termine al contratto di lavoro¹²⁸, erano i principali

stessa, *normalmente a tempo indeterminato*, l'attività professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione che sia semplicemente di mano d'opera». Sulla nozione di impiegato privato e sui precedenti che ispirarono la legge può rinviarsi a P. SANDULLI, (voce) *Impiego privato*, in *Enc dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 263 ss. Come osservano M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., pp. 88-89, la legge individuava tre requisiti distintivi del contratto di impiego, ovvero la *professionalità*, intesa come deduzione esclusiva nel rapporto di impiego delle energie lavorative dell'impiegato, la *collaborazione*, quale partecipazione personale dell'impiegato all'attività di organizzazione dell'impresa, e l'*intellettualità* della prestazione, che escludeva dal campo di applicazione della legge quanti svolgessero mansioni esclusivamente manuali.

¹²³ L'art. 4 della legge stabiliva la durata massima del patto di prova, da concordarsi per iscritto, in «mesi sei per gli institori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti» e «mesi tre, per tutte le altre categorie di impiegati».

¹²⁴ L'art. 6 garantiva all'impiegato la conservazione del posto in caso di richiamo sotto le armi (ma non per il servizio militare di leva, salvo patto contrario), oltre alla corresponsione di un'indennità pari a tre mensilità di retribuzione. In caso di malattia o infortunio, la conservazione del posto era garantita per un periodo di tre o sei mesi a seconda dell'anzianità di servizio, con parziale corresponsione dell'indennità sostitutiva della retribuzione. Tre mesi era invece il periodo di astensione dal lavoro concesso in caso di gravidanza o puerperio, con corresponsione integrale della retribuzione per il primo mese.

¹²⁵ Per un periodo complessivo da dieci a trenta giorni, a seconda dell'anzianità di servizio, da individuarsi secondo le esigenze dell'impresa e sempre sostituibili, ai sensi dell'art. 7, dalla relativa indennità.

¹²⁶ A norma dell'art. 9 della legge, «il contratto d'impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità nei termini e nella misura rispettivamente stabiliti nell'articolo seguente. La superiore disposizione vale anche per il caso di cessazione, liquidazione o riduzione dell'azienda, che non siano esclusivamente determinate da forza maggiore. Non è dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle due parti dia giusta causa alla risoluzione immediata per una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto». Gli artt. 10 e 14 fissavano i termini di preavviso della disdetta dal contratto, variabili da quindici giorni a quattro mesi a seconda dell'anzianità e dell'inquadramento dell'impiegato. Il termine di preavviso era in ogni caso sostituibile dall'indennità pari alla retribuzione corrispondente. Restava in ogni caso ferma la regola generale della libera recedibilità dal contratto, che sarà superata soltanto molti anni dopo dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, disciplina del licenziamento individuale.

¹²⁷ Ai sensi dell'art. 11, «nel caso di cessione o trasformazione in qualsiasi modo di una ditta o quando la ditta precedente non abbia dato il preavviso ai termini enunciati dall'art. 10, adempiendo anche, ove ne sia il caso, gli obblighi di cui all'art. 16, la nuova ditta, ove non intenda assumere l'impiegato con ogni diritto ed onere a lui competenti per il servizio prestato, sarà tenuta all'osservanza degli obblighi gravanti per effetto del presente decreto sulla precedente ditta, come se avvenisse il licenziamento».

¹²⁸ Il secondo comma dell'art. 1 disponeva infatti che «il contratto d'impiego privato può anche essere fatto con prefissione di termine; tuttavia saranno applicabili in tal caso le disposizioni del

aspetti oggetto della regolamentazione legale. Quali ragioni, umanitarie ed anche opportunistiche al tempo stesso, spinsero il legislatore ad intervenire ponendo finalmente una disciplina positiva del rapporto di impiego è aspetto ampiamente indagato dalla letteratura¹²⁹: in buona sostanza, il legislatore “prende atto” dell’esistente e si determinava a “sanzionare” positivamente quell’agglomerato di regole e principi che si erano sedimentati in venticinque anni di pronunce probivirali¹³⁰.

presente decreto che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l’aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto ed apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del decreto». Sulla finalità di questa disposizione, che sembra “precorrere i tempi” prevedendo il tempo indeterminato quale forma normale di impiego, suonano ancora attualissime le considerazioni formulate da V.E. ORLANDO, *Relazione per la prima «Proposta di legge sul contratto di lavoro di impiegati di aziende private e commessi di commercio»*, tenuta in occasione della seduta della Camera dei Deputati del 12 dicembre 1912, ora in V.E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 151 ss., v. in particolare pp. 179-180: «Ammesso tutto ciò, non restava che la preoccupazione che il contratto a termine fosse adottato non in riferimento ad una ragione speciale che lo giustificasse, ma col solo scopo di eludere quelle disposizioni (che sono tra le più importanti) della presente legge, che stabiliscono norme inderogabili per i contratti a tempo indeterminato. Certo, l’introduzione del termine, se fatta allo scopo di eludere la legge, non poteva portare ad utili conseguenze giuridiche ... Ad ogni modo, si volle essere espliciti ed avvertire espressamente che resta sempre salva l’indagine, in fatto, tendente a dimostrare che l’apposizione del termine fu determinata dal solo scopo di frodare la legge».

¹²⁹ Le ragioni di equità sociale e di opportunità politica che motivarono l’intervento dello Stato liberale, che assecondava così le istanze di molta parte del mondo accademico, sono ben espresse da V.E. ORLANDO, *ult. op. cit.* In questo scritto, formato certamente da uno degli esponenti più alti dello Stato liberale, e che resta tutt’oggi un documento dall’altissimo valore politico, si riconosce molto chiaramente come senza la parità effettiva dei contraenti, nessun contratto sinallagmatico possa costituire un valido strumento di realizzazione della stessa libertà individuale: «Il diritto individualistico – *op. cit.*, pp. 164-166 –, nelle sue forme più pure, predica, è vero, il principio fondamentale della libertà dei contraenti: ma, chi ben guardi, quel medesimo diritto in tanto vuole la libertà in quanto presuppone l’equivalenza. Specie nei contratti commutativi o sinallagmatici, il diritto lascia libere le parti, perchè presume che ognuna di esse sappia e possa difendere il proprio interesse, in guisa che alla prestazione ch’essa assicura all’altro contraente, corrisponda un’altra controprestazione, perfettamente adeguata. Queste sono le vere premesse, da cui quelle conseguenze discendono; ond’è che, in astratto, sarebbe lecito affermare che, ove la presunzione non si verifichi, ove alla libertà delle parti non corrisponda l’equivalenza tra loro, ove alla prestazione non segua una controprestazione equamente proporzionata, il contratto, anche per il diritto individualistico, viene ferito nella sua stessa essenza». Ove manchi l’equivalenza tra la forza economica dei contraenti, il contratto non realizza nessuna libertà, rendendosi così improcrastinabile un intervento imperativo della legge che ripristini l’equivalenza delle prestazioni dedotte, riportando il contratto a giustizia: «Un esempio eloquentissimo e decisivo – prosegue l’A. – può trarsi dalla nota disposizione, che ammette la rescissione del contratto di vendita per grave lesione del venditore. Nella celebre discussione avvenuta in Consiglio di Stato durante i lavori preparatori del codice Napoleone e nella quale portò il peso decisivo l’opinione del Primo Console, quella disposizione fu ammessa per ragioni che hanno una perfetta corrispondenza con le considerazioni da noi fatte». La legislazione dello Stato non alterava quindi la funzione libertaria del contratto, semmai doveva riportare questo strumento alla funzione sua propria.

¹³⁰ Secondo autorevole dottrina, la scelta di limitare l’ambito di applicazione della legge al contratto di impiego, con esclusione del lavoro operaio, rispondeva alla precisa finalità di assecondare

Ma il tratto distintivo di questa legge, che particolarmente rileva ai fini del presente studio, è l'affermazione espressa del carattere *inderogabile* della disciplina in essa contenuta. Ai sensi dell'art. 17, «le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, 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»¹³¹.

Ad opinione di chi scrive, questa disposizione segna un punto di rottura netto nell'intervento statale nella disciplina del lavoro rispetto a tutti i precedenti provvedimenti già annoverati tra la legislazione sociale: sebbene la giurisprudenza dell'epoca continuò ad intravedere nella norma un provvedimento di ordine pubblico¹³², in realtà la legge sull'impiego privato del 1924 non si limitava più a prescrivere o vietare, a pena di sanzione, nei confronti di chi impiegasse manodopera, determinati comportamenti – pur implicanti la conclusione e l'esecuzione di un contratto – in ragione della loro lesività sociale o della loro pericolosità per l'incolumità altrui, come l'impiegare fanciulli o donne in lavoro insalubri; l'art. 17 della legge sull'impiego privato poneva piuttosto *direttamente* in capo all'impiegato un fascio di posizioni giuridiche attive che egli poteva azionare in

le istanze della classe sociale impiegatizia meno sindacalizzata e che proprio per questo aveva visto appiattita la propria condizione contrattuale ai livelli nel frattempo raggiunti dagli operai: v. F. MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1966, p. 859 ss. Nella letteratura più recente può rimandarsi a U. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, cit., p. 77 ss.; R. DEL GIUDICE, *Il tramonto di una storica legge*, in *Riv. dir. lav.*, 1959, I, p. 153 ss. E, naturalmente, R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, cit., p. 248 ss.

¹³¹ «La giustificazione della regola – rileva V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 199 – si ha in tutta la parte generale della nostra relazione, dove fu appunto dimostrato che senza una disposizione di tal genere tutta la legge diventa una vana accademia. Rispettiamo l'opinione di chi non vuole la legge: essa è coerente ad un sistema ed è soprattutto sincera. Ma non coerente, nè sincera sarebbe l'opinione di chi, consentendo nella opportunità della legge, non ammettesse la disposizione relativa alla *inderogabilità*».

L'interpretazione estensiva della disposizione proposta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca ricomprese nei patti contrari, invalidi secondo la legge, anche i negozi contenenti una *rinuncia* di diritti da parte del lavoratore, anticipando così i contenuti dell'art. 2113 c.c. Ma sul punto vedi *infra*.

¹³² Cfr. Cass., 15 giugno 1928, in *Mass. giur. lav.*, 1929, p. 25; Cass., 27 luglio 1929, in *Riv. imp. priv.*, 1929, p. 234; Mag. Lav. Genova, 9 ottobre 1929, in *Mass. giur. lav.*, 1930, p. 155.

prima persona, e senza la mediazione dei pubblici poteri, nei confronti della controparte datoriale¹³³. Insomma cambiava anzitutto il *destinatario immediato* delle regole protettive, individuato non più nel datore di lavoro quale soggetto al controllo e all'eventuale intervento repressivo dei pubblici poteri, bensì nell'impiegato privato, ovvero in entrambe le parti della relazione contrattuale quali destinatarie di corrispettive posizioni di soggezione e pretesa; e con esso mutavano la *prospettiva* e la *natura* dell'azione legislativa, non più rivolta alla semplice repressione di attività illecite in ragione della loro dannosità sociale, in chiave interdittivo-sazionatoria, ma contraddistinta da un intervento protettivo a favore dell'impiegato privato, che in ragione della stipulazione del contratto si vedeva dotato di una serie di diritti (oltre che di obblighi) direttamente azionabili nei confronti della controparte datoriale.

L'intervento della legge nel campo del lavoro industriale fu destinato ad intensificarsi durante tutta l'esperienza del regime fascista: oltre alle numerose disposizioni di natura previdenziale¹³⁴, debbono ricordarsi la legge 22 febbraio 1934, n. 370, che prevedeva il riposo settimanale domenicale per tutti i lavoratori, a prescindere dall'impiego in mansioni intellettuali o manuali¹³⁵, e soprattutto il regio decreto legge 15 marzo 1923, n. 623, poi convertito nella legge 17 aprile 1925, n.

¹³³ E non è un caso, ci sembra, che nella legge del 1924 non si faccia alcuna previsione di sanzioni amministrative o penali a carico del datore che avesse trasgredito le disposizioni: la «sanzione», tutta civilistica, alla violazione delle norme, stava evidentemente nella inderogabilità delle regole, ovvero nella possibilità per l'impiegato di rivendicare il trattamento minimo legale, ponendo nel nulla le pattuizioni di contenuto deteriore concluse individualmente.

¹³⁴ Si deve al fascismo, tra l'altro, la creazione dei più importanti istituti previdenziali, quali l'Istituto nazionale fascista della previdenza sociale e l'Istituto nazionale fascista per gli infortuni sul lavoro, precursori degli attuali Inps e Inail, oltre che l'estensione di molte forme di assicurazione sociale anche alla famiglia del lavoratore. Non potendo esaminare in questa sede la politica previdenziale del regime, può rimandarsi, in particolare, a L. GAETA, *La politica familiare del fascismo nella pubblicistica corporativa*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 523 ss.; G.G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale degli anni '30. Note di ricerca*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, III, p. 3 ss.; M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, XIX° ed., Cedam, Padova, 2012, pp. 9-12.

¹³⁵ Questa individuava nella domenica la giornata di riposo settimanale, salve le deroghe e le eccezioni previste per particolari attività di lavoro. Come ricorda M. MARTONE., *La fase corporativa*, cit., p. 94, nt. 101, una disciplina del riposo settimanale era già esistente, e contenuta nella legge 7 giugno 1907, n. 489, completata dai Regolamenti nn.ri 807/1907 e 509/1908. Il riposo settimanale, del resto, era contemplato anche dalla Convenzione di Ginevra del 1921, ratificata dall'Italia con il regio decreto legislativo 20 marzo 1924, n. 580.

473, recante la limitazione dell'orario di lavoro per tutti gli impiegati nelle industrie, regolamentazione che resterà in vigore sino al recente decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66¹³⁶. In particolare, proprio in una disposizione di questo testo legislativo, l'art. 8, veniva affermata espressamente la *nullità* di pattuizioni contrarie alle legge, ovvero di quelle clausole contrattuali che prevedessero una durata della prestazione lavorativa, normale o straordinaria, superiore ai limiti legali.

L'estensione agli operai di molte tutele già previste per gli impiegati, ad opera dei contratti collettivi corporativi conclusi dai sindacati 'riconosciuti', rappresenterà certamente un avanzamento nella disciplina del lavoro industriale. Per contro, l'estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva di matrice corporativa pose diverse questioni circa la derogabilità delle tutele minimali già introdotte dalla legge sull'impiego privato, ad opera dei contratti collettivi corporativi, stipulati successivamente ed applicabili agli stessi «lavoratori intellettuali». L'inclusione dei contratti corporativi nei «patti contrari» alle disposizioni legali, che ai sensi dell'art. 17 della legge dovevano considerarsi privi di effetto qualora deteriori rispetto alle previsioni legali, agli occhi della dottrina dell'epoca appariva come una evidente forzatura, sia in ragione della forza cogente dei contratti corporativi rispetto all'autonomia individuale, che rendeva questi contratti del tutto comparabili alla legge quanto agli effetti sul rapporto individuale¹³⁷, sia a motivo del sostanziale

¹³⁶ In particolare, ai sensi dell'art. 1 della legge «la durata massima normale della giornata di lavoro degli operai ed impiegati nelle aziende industriali o commerciali di qualunque natura, anche se abbiano carattere di Istituti d'insegnamento professionale o di beneficenza, come pure negli uffici, nei lavori pubblici, negli ospedali ovunque è prestato un lavoro salariato o stipendiato alle dipendenze o sotto il controllo diretto altrui, non potrà eccedere le otto ore al giorno o le 48 ore settimanali di lavoro effettivo». Dall'applicazione del limite legale erano espressamente escluse quelle attività comportanti un lavoro discontinuo o compiti di mera attesa o custodia. Per una disamina complessiva della legge può rinviarsi a L. RIVA SANSEVERINO, *Corso di diritto del lavoro*, Società editrice del Foro italiano, 1941, Roma, p. 289 ss.; G. BRUNETTI, *La nuova legge sull'orario di lavoro nelle aziende industriali*, in *Giust. lav.*, 1933, p. 217 ss. Cfr. anche, sui contenuti generali della coeva legislazione in materia di rapporto di lavoro, F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Cedam, Padova, 1936.

¹³⁷ Ricordiamo come ai sensi dell'art. 54 del regolamento attuativo della legge sindale del 1926, i contratti di lavoro individuali dovessero uniformarsi ai contratti collettivi stipulati sindacati riconosciuti, pena la sostituzione di diritto delle clausole difformi con quelle contenute nel contratto collettivo e salvo il caso che le clausole del contratto individuale non fossero più favorevoli ai lavoratori.

assorbimento dei sindacati nell'apparato statale: quali fonti a tutti gli effetti "eteronome" rispetto al contratto individuale, e per di più funzionali alla realizzazione delle politiche salariali volute dal regime e maggiormente adattabili alle esigenze mutevoli nel tempo della produzione industriale, i contratti corporativi "mal sopportavano" la sottoposizione gerarchica ad una legge, oltretutto di matrice liberale, ancora estranea a quella rigida regolamentazione delle condizioni di lavoro contenuta nella legge sindacale del 1926¹³⁸.

La questione rimase di fatto sospesa sino alla nuova definizione delle fonti del diritto operata dalle disposizioni generali sulla legge, preliminari al Codice Civile del 1942: se da un lato queste affermarono a chiare lettere la prevalenza della legge sulle pattuizioni collettive, per contro segnarono un punto a favore della dottrina corporativa nella definitiva sottoposizione degli usi al diritto scritto, tanto di matrice statale, quanto di matrice contrattuale-corporativa¹³⁹.

La lunga parabola della consuetudine nel diritto del lavoro italiano era giunta così al capolinea: la disciplina del lavoro salariato aveva finalmente trovato casa nel diritto scritto, e dunque la consuetudine, assoluta protagonista del processo di

¹³⁸ Cfr. ad esempio le posizioni di A. NAVARRA, *Prevalenza del contratto collettivo di lavoro sulla legge per l'impiego privato*, in *Foro it.*, 1934, I, p. 69 ss.; A. SERMONTI, *Il contratto collettivo di lavoro di fronte alla legge, agli usi, ai contratti individuali*, in *Dir. lav.*, 1935, II, p. 117 ss.; A. UCKMAR, *La riforma della legge sul contratto d'impiego privato*, in *Dir. lav.*, 1935, I, p. 242 ss. La Cassazione rimase tuttavia sostanzialmente ferma sul principio della prevalenza delle disposizioni di legge anche rispetto al contratto collettivo corporativo: vedi ad esempio Cass., 23 novembre 1936, in *Mag. lav.*, 1937, p. 563 ss.

¹³⁹ Ai sensi dell'art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale, preliminari al codice civile, «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti, gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. Le norme corporative prevalgono sugli usi, anche se richiamati dalle leggi e dai regolamenti, salvo che in esse sia diversamente disposto». La disposizione era integrata, in materia di rapporti di lavoro, dall'art. 2078 c.c., a mente del quale «in mancanza di disposizioni di legge e di contratto collettivo si applicano gli usi. Tuttavia gli usi più favorevoli ai prestatori di lavoro prevalgono sulle norme dispositive di legge. Gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro». L'assetto codicistico, che assegna agli usi un ruolo di fonte meramente integrativa del diritto scritto, tanto di matrice legale, quanto di matrice contrattuale, si allineò alle posizioni espresse dalla prevalente dottrina corporativa, che già all'indomani dell'emanazione della legge sull'impiego privato aveva sostenuto la derogabilità degli usi da parte del contratto collettivo: cfr. F. CARNELUTTI, *Inderogabilità degli usi in tema di impiego privato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 144 ss.; L. DE LITALA, *La derogabilità degli usi in tema di impiego privato*, in *Rass. lav.*, 1932, p. 157 ss. Da notare che l'art. 2077 c.c. consente la derogabilità, in senso favorevole al lavoratore, del contratto collettivo da parte del contratto individuale, e non anche da parte degli usi.

formazione, extra-legislativa, del diritto del lavoro italiano, trovava posto tra le fonti di mera integrazione del diritto scritto. Il volto dirigitico e le esigenze di governo diretto dell'economia del regime mal sopportavano il riconoscimento di un ruolo non meramente integrativo dello *ius scriptum* alle fonti consuetudinarie, così come, a ben vedere, alla stessa autonomia individuale, compressa da una predeterminazione pubblicistica dei contenuti dello scambio tra salario ed energie di lavoro. Paradossalmente sarà proprio la Costituzione repubblicana, una volta smantellato l'ordinamento corporativo, a restituire potere e vitalità all'autonomia negoziale individuale e collettiva, ricollocando il contratto di lavoro nel sistema privatistico dei contratti e riqualificando il «lavoro», quale attività socialmente utile, quale valore fondante dell'ordinamento giuridico dello Stato, democratico e pluriclasse.

4. L'inderogabilità nella legislazione del lavoro post-costituzionale.

A poca distanza dall'introduzione del Codice Civile del 1942, gli eventi bellici del secondo conflitto mondiale provocarono il crollo del regime fascista e, con esso, di tutto l'impianto corporativo¹⁴⁰. Ma sarà soltanto l'avvento della Costituzione repubblicana, approvata in via definitiva dall'Assemblea costituente nella seduta del 22 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1° gennaio successivo, a determinare un completo rinnovamento dell'ordinamento giuridico (oltre che della forma di Stato e di Governo) del Paese, ora informato ai principi di democrazia, libertà politica e sindacale, eguaglianza e pari dignità sociale di tutti cittadini davanti alla legge¹⁴¹.

¹⁴⁰ Allo scopo di non privare i lavoratori di qualsiasi protezione, l'art. 43 del decreto luogotenenziale n. 369/1944 salvò tuttavia la validità, temporanea e sino alle modifiche apportate dagli accordi collettivi che sarebbero stati stipulati dalle nuove libere associazioni sindacali, dei contratti corporativi allora vigenti, cfr. M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 39 ss.

¹⁴¹ Per una valutazione complessiva del ruolo assegnato dal costituente al lavoro e dell'impatto dei principi costituzionali sull'ordinamento positivo può rinviarsi a C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 153 ss.; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1948, I, p. 105 ss.; M.S. GIANNINI, *Sulla rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur.*

La Costituzione repubblicana segna il passaggio verso uno stato sociale pluriclasse, fortemente orientato a favore dei soggetti che richiedono maggiore protezione sociale¹⁴². Il lavoro, confinato per lungo tempo in uno spazio angusto all'interno della categoria giuridica della locazione, quindi costretto in una disciplina speciale di stampo pubblicistico, estranea ai “principi nobili” del Codice Civile, entra ora nella Costituzione dello Stato repubblicano «attraverso la porta principale dei principi fondamentali»¹⁴³: al *principio lavorista* viene riservata addirittura la prima delle disposizioni della Carta Costituzionale¹⁴⁴.

Ma v'è un dato ulteriore che merita rilievo: il lavoro entra nella Costituzione in una duplice veste, non solo quale «prestazione di attività a vantaggio e alle dipendenze altrui» – e sotto questo profilo nessun altro contratto di scambio incontra nella Carta fondamentale uno spazio paragonabile – ma anche, più generalmente, quale «attività socialmente utile»¹⁴⁵. Al primo, in ragione della sottoprotezione sociale del soggetto che lo rende – il lavoratore subordinato –, la Carta riserva una serie di norme immediatamente precettive – contenute nel Titolo III, dedicato ai rapporti economici – finalizzate a dotare il prestatore di una tutela minimale

lav., 1948, I, p. 1 ss.; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; R. BALZARINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 1 ss.

¹⁴² G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. GHERA-A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, p. 10.

¹⁴³ R. SCOGNAMIGLIO, *La costituzione repubblicana*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, cit., p. 113.

¹⁴⁴ «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro» afferma infatti il primo comma dell'art. 1 Cost. Ed è noto come tale enunciazione, alquanto solenne e forse non priva di una certa retorica, costituisse soltanto la “versione di compromesso” della definizione, ben più radicale, dell'Italia quale «Repubblica di lavoratori», proposta dalla Sinistra e poi battuta per una manciata di voti nella stesura finale del testo. Sul dibattito interno all'Assemblea che portò alla scelta dell'attuale versione cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 165; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione italiana*, cit., p. 105.

¹⁴⁵ Il riconoscimento di questa duplice nozione di «lavoro» presente nella Carta Costituzionale si deve in particolare a C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 50 ss. Secondo l'A., il primo concetto di lavoro come prestazione di attività (subordinata) resa a vantaggio altrui sarebbe rinvenibile negli artt. 1, 3 2° comma, 4 1° comma, 36, 37, 38; mentre il secondo concetto di lavoro come attività socialmente utile sarebbe utilizzato essenzialmente nell'art. 4 2° comma e nell'art. 35. Ma vedi anche le diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina e riportate in R. SCOGNAMIGLIO, *La costituzione repubblicana*, cit., p. 121 ss.

inderogabile, estremamente incisiva stante il carattere rigido della Costituzione; il ruolo di *fondamento* dell'ordinamento della Repubblica sembra invece riservato non tanto e non solo a questa forma di lavoro, particolarmente bisognevole di protezione, quanto piuttosto al lavoro quale *utile sociale*, categoria comprensiva di tutte le modalità della prestazione. Il costituente sembra così rigettare una visione classista della società, ma al tempo stesso esclude che il censo, la discendenza nobiliare, la rendita capitalistica, la speculazione o altri fattori economici diversi dalla spendita personale di attività lavorativa possano considerarsi valori fondanti lo Stato-comunità, ed essere equiparati, sul piano dell dignità sociale e della meritevolezza giuridica, alla prestazione di lavoro dell'uomo.

Come è noto, il complesso delle disposizioni costituzionali che sostanziano lo statuto giuridico del cittadino-lavoratore richiederà un lungo processo di adattamento e rilettura della legislazione vigente, in gran parte contenuta proprio nel nuovo Codice Civile¹⁴⁶. Al contempo, il riconoscimento costituzionale dei nuovi diritti della persona e del lavoratore necessiterà una ulteriore implementazione della legislazione speciale.

Questo processo di attuazione del dettato costituzionale iniziò lentamente, e non senza incertezze¹⁴⁷, già a partire dagli anni Cinquanta, inizialmente attraverso l'emanazione di leggi destinate a regolamentare alcuni tipi contrattuali speciali rispetto al lavoro subordinato standard di cui all'art. 2094 c.c., ovvero l'apprendistato, il lavoro domestico e il lavoro a domicilio, disciplinati rispettivamente dalla legge 19 gennaio 1955, n. 25, dalla legge 2 aprile 1958, n. 339 e dalla legge 13 marzo 1958, n. 264. Nel frattempo, era stata emanata una disciplina

¹⁴⁶ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Scritti di onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1257; ID., *La Costituzione repubblicana*, cit., p. 117.

¹⁴⁷ Un percorso che viene definito dalla dottrina, non senza un accenno critico, come «il lento decollo della “costituzionalizzazione” del diritto del lavoro», cfr. in particolare L. MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, vol. I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, cit., p. 415 ss. Ed *ivi*, F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, p. 137 ss.

vincolistica delle assunzioni, contenuta nella legge 29 aprile 1964, n. 264, destinata a regolamentare per lungo tempo, di fatto ingessandolo, il mercato del lavoro, sottoposto ad un controllo per lo meno formale da parte dello Stato¹⁴⁸. Coeva a questi provvedimenti è anche la legge 14 luglio 1959, n. 741, finalizzata all'estensione dei minimi collettivi in permanente inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.

Ma è tra gli anni Sessanta e Settanta che può dirsi davvero compiuta la “traduzione in legge” delle maggior parte dei principi costituzionali in materia di lavoro, attraverso l'emanazione di un fitta legislazione, di carattere garantistico-promozionale, a cui all'inizio della nostra trattazione abbiamo assegnato l'appellativo di “diritto del lavoro classico”. In risposta all'originaria asimmetria tra le parti del contratto di lavoro, il legislatore appresta una normativa dal carattere inderogabile *in peius* per il prestatore, destinata ad incidere *direttamente* sul contenuto del contratto, con effetti limitativi ed invalidanti dell'autonomia individuale; sul piano collettivo, la promozione per via legislativa del sindacato costituisce un secondo ed importante fattore di riequilibrio del *gap* tra le parti del contratto individuale, come dimostra, ad esempio, la funzione validante delle transazioni individuali che l'art. 2113 c.c. attribuisce all'assistenza del sindacato¹⁴⁹.

Un'analisi dettagliata dei contenuti di questa fitta legislazione speciale esula evidentemente dagli scopi e dall'oggetto di questa trattazione, ma tra i numerosi provvedimenti che vanno a inserirsi in questo processo di progressiva costituzionalizzazione del diritto del lavoro vanno senz'altro ricordate la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, sul divieto di intermediazione ed interposizione di manodopera, e la legge 18 aprile 1962, n. 230, sul lavoro a termine, che sottopone il ricorso all'assunzione a tempo determinato di manodopera alla ricorrenza delle ipotesi tassative indicate dalla legge. Al principio della libertà di recesso dal rapporto

¹⁴⁸ Un controllo finalizzato, nelle intenzioni, a garantire quella parità di possibilità di accesso al lavoro affermata all'art. 4 Cost.

¹⁴⁹ Così osserva F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, p. 144 ss.

affermato nell'art. 2118 c.c., espressione della parità formale tra i contraenti privati, si sostituisce, quale regola generale, la necessaria giustificazione del licenziamento (mentre le dimissioni del lavoratore restano sostanzialmente libere), con l'emanazione della legge 15 luglio 1966, n. 604. E la protezione del prestatore dalle conseguenze del licenziamento ingiustificato conosce un ulteriore salto di qualità per effetto dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che introduce la sanzione della reintegrazione del lavoratore nelle imprese di maggiori dimensioni¹⁵⁰.

Numerose altre disposizioni andrebbero ricordate per il carattere fortemente protettivo della posizione contrattuale e personale del lavoratore¹⁵¹, ma è certamente la legge n. 300/1970, universalmente conosciuta come lo Statuto dei lavoratori, ad incarnare compiutamente quella duplice tensione verso il *garantismo* sul piano individuale e alla *promozione* sul piano collettivo impressa all'ordinamento dai principi costituzionali. Lo Statuto da un lato assicura al sindacato una presenza attiva nell'azienda, sia attraverso la possibilità di costituire proprie rappresentanze¹⁵²,

¹⁵⁰ Originariamente riservata ai soli lavoratori impiegati presso unità produttive con più di quindici dipendenti, cinque se appartenenti ad imprese agricole, ovvero di imprese che occupavano più di quindici o cinque dipendenti se agricole nello stesso comune, a prescindere dal vizio del licenziamento (nullità, inefficacia o carenza di giustificazione). I limiti dimensionali verranno successivamente corretti dalla legge n. 108/1990.

¹⁵¹ Vanno ricordate, perchè particolarmente significative della tendenza all'ampliamento della protezione giuridica del lavoratore, quantomeno la legge 17 ottobre 1967, n. 977, sulla tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti; la legge 9 dicembre 1977, n. 903, sulla parità tra uomo e donna; la legge 11 agosto 1973, n. 533, di riforma del processo del lavoro.

¹⁵² Originariamente, l'art. 19 dello Statuto consentiva la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali nell'ambito *a)* delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale e *b)* delle associazioni sindacali, non affiliate alle predette confederazioni, che fossero firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva. Come è noto, all'esito del *referendum* abrogativo del 1995 fu espunta dalla disposizione l'intera lettera *a)* ed il riferimento al livello nazionale o provinciale dei contratti applicati in azienda contenuto nel secondo alinea, con il risultato di spostare il criterio identificativo della rappresentatività sindacale sul piano della sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell'azienda, a prescindere dal suo livello. Sulle vicende dell'art. 19 Stat. Lav. e sugli interventi della Corte Costituzionale prima e dopo il *referendum* abrogativo può rimandarsi a F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro. Vol. I, Diritto Sindacale*, VI° ed., Utet, Torino, 2013, p. 120 ss. Da ultimo, all'esito della nota vicenda Fiat-Fiom, con l'esclusione del sindacato maggiormente rappresentativo dei metalmeccanici a seguito della mancata sottoscrizione del contratto collettivo di primo livello applicato negli stabilimenti Fiat (a sua volta uscita da Confindustria, con conseguente disapplicazione delle previsioni degli Accordi Interconfederali del 1993 e del 2011 circa la costituzione di RSU) la Corte Costituzionale ha affermato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni

dotate di specifiche posizioni di pretesa verso la direzione aziendale¹⁵³, sia attraverso una serie di disposizioni che pongono i membri delle associazioni sindacali al riparo da azioni discriminatorie e assegnano loro alcune importanti garanzie sul piano processuale¹⁵⁴; dall'altro lo Statuto introduce una serie di tutele a favore del prestatore individuale, che sottopongono l'esercizio del potere datoriale a limitazioni sostanziali e procedurali¹⁵⁵, tali da consentire che, insieme al sindacato, anche il lavoratore possa entrare in azienda senza perdere quella sfera di riservatezza e dignità personale che (fuori e dentro la fabbrica) la Costituzione gli riconosce quale cittadino della Repubblica¹⁵⁶.

La Costituzione repubblicana porta a compimento quel faticoso processo di emersione della dimensione collettiva del lavoro nell'impresa, a cui lo Stato liberale

sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda: cfr. Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 231, ad oggi ancora inedita.

¹⁵³ I diritti sindacali previsti dal Titolo III dello Statuto, ovvero la possibilità di indire assemblee sindacali, *referendum* tra i lavoratori, utilizzare locali e bacheche aziendali, percepire contributi dai lavoratori iscritti mediante trattenute operate obbligatoriamente dal datore (diritto venuto meno all'esito del *referendum* abrogativo del 1995), permessi retribuiti e non e periodi di aspettativa per i dirigenti sindacali.

¹⁵⁴ Per i dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali lo Statuto prevede infatti il nulla osta obbligatorio al trasferimento da parte dell'associazione di appartenenza, nonché una tutela processuale specifica in caso di licenziamento (con la possibilità di ottenere *medio tempore* la reintegrazione in azienda ove il giudice ritenga *prima facie* non sufficientemente provate o irrilevanti le ragioni del licenziamento).

¹⁵⁵ Sono in particolare le disposizioni contenute nei Titoli I e II a salvaguardare, rispettivamente, la dignità, la riservatezza, l'uguaglianza e la libertà di opinione del lavoratore introducendo una serie di penetranti limiti all'esercizio del potere datoriale di controllo e disciplinare (attraverso il divieto all'impiego di guardie giurate o di impianti di sorveglianza diretta dei lavoratori, il divieto di accertamenti sanitari operati direttamente dal datore, la limitazione delle visite personali di controllo, limiti procedurali e sostanziali all'irrogazione delle sanzioni disciplinari, garanzie specifiche a tutela della professionalità del lavoratore nell'assegnazione delle mansioni, divieti di discriminazione), e la libertà sindacale del lavoratore, prevedendosi in particolare la nullità di qualsiasi atto discriminatorio in ragione, tra l'altro, dell'affiliazione sindacale.

¹⁵⁶ Cfr. in particolare G. CHIARELLI, *Lo "Statuto dei lavoratori" nell'ordinamento giuridico*, in *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, Milano, 1975. p. 9: «Nell'ambito dell'organizzazione aziendale, i poteri dell'imprenditore sono subordinati alle norme dello Statuto innanzi menzionate. In sintesi, da esse risulta l'obbligo dell'imprenditore di porre il lavoratore in condizioni di esplicare la sua attività professionale senza pregiudizio dei diritti della persona (tra cui, in particolare, la libertà sindacale), e nell'obbligo di consentire nell'azienda l'attività sindacale e di esercitare i propri poteri, nei casi previsti, con la partecipazione della rappresentanza sindacale. Dalle disposizioni dello Statuto risultano pertanto limiti ai poteri organizzativi, direttivi e disciplinari dell'imprenditore».

non aveva saputo dare pieno riconoscimento giuridico. Il riconoscimento ora offerto dalla Carta al movimento sindacale accompagna e completa l'affermazione della sovranità popolare quale preconditione della democrazia partecipativa, che passa attraverso il rispetto *effettivo* dei diritti inviolabili dell'uomo, non solo nella sua individualità, ma anche nell'ambito di quelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»: partiti politici, libere associazioni e sindacati, rappresentano strumenti imprescindibili per la realizzazione compiuta dello Stato democratico e per il coinvolgimento effettivo di ciascun individuo nella dinamica dei processi decisionali. La Carta fondamentale 'costituzionalizza' dunque il movimento sindacale, ed il nuovo sindacato 'costituzionalizzato' è chiamato a sua volta ad informarsi ai principi democratici che caratterizzano l'impronta del nuovo Stato repubblicano pluriclasse¹⁵⁷.

Ancor prima, è il cittadino-lavoratore a vedersi assegnato uno statuto protettivo che discende direttamente dai Principi Fondamentali della Carta, dove si affermano la eguaglianza e pari dignità sociale di ciascuno davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali¹⁵⁸, il diritto al lavoro¹⁵⁹ e l'impegno solenne della Repubblica a promuovere

¹⁵⁷ V'è una linea rossa piuttosto evidente tra gli artt. 1, 2, 3 comma 2 e 39 della Carta, nella misura in cui il sindacato, liberato dal controllo pubblicistico del regime corporativo, è chiamato ora a partecipare direttamente alla vita democratica del Paese, come strumento di rappresentanza e pressione dei lavoratori ed anche attraverso un coinvolgimento diretto nelle istituzioni, prima fra tutte il CNEL. Un riferimento alla necessaria democraticità interna del sindacato si rinviene nel terzo comma dell'art. 39, disposizione che, come noto, rimarrà tuttavia inattuata come tutta la seconda parte dell'articolo. Nei fatti, ad affermarsi sarà un modello di pluralismo sindacale più conflittuale che istituzionalizzato, sebbene già il primo comma della disposizione basti a garantire la libertà (ed il pluralismo interno) del movimento. Quanto alle ragioni storiche di questa inattuazione, tutt'oggi perdurante, cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJÓ-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro. Vol. I, Diritto Sindacale*, cit., p. 34 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 45 ss.

¹⁵⁸ È quindi il primo comma dell'art. 3 Cost. a porre le basi di quella legislazione antidiscriminatoria che, in andamento pendolare rispetto alla protezione economica e giuridica del lavoratore nel rapporto, sta conoscendo oggi una notevole implementazione, anche su impulso del diritto dell'Unione Europea: cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991; M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, VI° ed., Cedam, Padova, 2012; L. CALAFA-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

¹⁵⁹ Il diritto al lavoro affermato dal primo comma dell'art. 4 integra anzitutto un diritto di libertà, ovvero comporta il riconoscimento della piena libertà di scelta dell'individuo dell'attività lavorativa o della professione da svolgere. In secondo luogo, l'impegno della Repubblica a promuovere le

le condizioni che rendano effettive la partecipazione di tutti i cittadini-lavoratori alla vita sociale del Paese¹⁶⁰ e la possibilità di reperire un'occupazione. Ma è nelle

condizioni che rendano effettivo l'esercizio del diritto, ovvero la possibilità di ottenere un'occupazione confacente alle proprie attitudini ed aspirazioni, non si traduce certamente in una posizione pretensiva verso lo Stato ad ottenere un posto di lavoro, nè in una pretesa alla conservazione del posto occupato nei confronti di un altro soggetto privato: si tratta quindi di un diritto sociale "sfornito di azione", che impedisce tuttavia al legislatore ordinario di introdurre nell'ordinamento irragionevoli restrizioni all'esercizio di una determinata attività economica, professionale o di impiego. L'assunto è ormai pressochè pacifico in dottrina, cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 154 ss.; M. MAZZIOTTI, *Diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956; M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 25 ss.; V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto del lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 96 ss. Negli stessi termini si era espressa anche Corte Cost., 26 maggio 1965, n. 45, rel. Bonifacio, quando fu portata alla sua attenzione la questione del mantenimento della regola generale della libertà di recesso *ex art. 2118 c.c.*, prima dell'introduzione della legge n. 604/1966: «Il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto - di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto». Dello stesso tenore Corte Cost., 2 aprile 1969, n. 81, rel. Oggioni. Tutte le pronunce della Corte Costituzionale citate di seguito e nella presente nota sono disponibili, nel testo integrale, sul portale dell'organo all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>, che ha costituito uno strumento imprescindibile nella presente ricerca.

Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la questione si è posta in particolare in relazione a disposizioni limitative dell'esercizio di determinate attività professionali: cfr., ad esempio, Corte Cost., 16 gennaio 1957, n. 3, rel. Gabrieli, e Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 418, rel. Chieppa, con riferimento all'attività dei ragionieri e dottori commercialisti; Corte Cost., 16 luglio 1968, n. 102, rel. Benedetti, con riferimento all'attività dei consulenti del lavoro. Il diritto al lavoro, come diritto sociale all'esplicazione della propria personalità attraverso la prestazione di attività lavorativa, fonda la tutela legislativa contro il licenziamento illegittimo, apprestata nel corso del tempo attraverso la legge n. 604/1966, la legge 300/1970 e la legge 108/1990. Peraltro, secondo Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, rel. Vari, sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo dell'art. 18, la garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, deve affidarsi «alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione». Stesso concetto era stato espresso, con maggiore ampiezza argomentativa, anche da Corte Cost., 8 gennaio 1986, n. 2, rel. Greco, a proposito della legittimità e ragionevolezza della presenza di più forme di tutela differenziate contro il licenziamento illegittimo. Ma sul livello di garanzie a tutela del prestatore "costituzionalmente imposto" al legislatore ordinario vedi *infra* nel testo, con specifico riferimento all'interpretazione offerta dalla Corte dell'art. 35 Cost.

¹⁶⁰ Può affermarsi che il secondo comma dell'art. 3 Cost. costituisce la vera "chiave di volta" di tutto il sistema costituzionale, perchè segna il passaggio dallo Stato di diritto, informato al principio della uguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge, allo Stato sociale, che si fa promotore dell'effettiva partecipazione di tutti i cittadini alla vita sociale, economica e politica del Paese, eliminando quantomeno le principali cause di emarginazione sociale. Cfr. in particolare C.

disposizioni del Titolo III della Parte prima della Costituzione, dedicato ai rapporti economici, che prende corpo quello “Stato sociale” che si fa carico di liberare dal bisogno economico la persona, e di assicurare che il lavoro possa essere prestato in condizioni di sicurezza, libertà e dignità personale. L’art. 38 garantisce l’assistenza economica a favore dei soggetti inabili al lavoro e privi dei necessari mezzi di sussistenza, oltre che il diritto a forme di previdenza sociale per i lavoratori divenuti temporaneamente o definitivamente incapaci di svolgere un’attività retribuita, compiti a cui deve provvedere lo Stato attraverso proprie risorse (ovvero operando una redistribuzione della ricchezza tassata)¹⁶¹. L’art. 36 afferma il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e comunque sufficiente ad assicurare un’esistenza libera e dignitosa a sé ed alla propria famiglia, rinvia alla legge per la fissazione della durata massima della giornata lavorativa e assicura il diritto al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite¹⁶². L’art. 37 afferma la parità di diritti e di retribuzione della donna

SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pp. 45-46, che osserva a proposito del secondo comma dell’art. 3 Cost.: «In tale disposizione è, infatti, contenuta la chiara enunciazione del presupposto di fatto da cui è partito il legislatore costituente; vi è, inoltre, l’affermazione di due principi che sono fondamentali per l’esatto intendimento di tutto il sistema: e l’indicazione di quel che deve essere, per così dire, l’orientamento politico di tutto il nostro ordinamento giuridico... 1) la Repubblica deve procedere alla instaurazione di una situazione di democrazia sostanziale, nella quale tutti i cittadini godano dei diritti politici e civili, in condizioni di effettiva uguaglianza, sì che alla formazione dell’indirizzo politico generale del Paese concorra veramente tutto il popolo; 2) per consentire il pieno sviluppo della persona umana è necessario assicurare a ciascuno la *possibilità della esplicazione dell’attività lavorativa*, in condizioni di sicurezza, di uguaglianza e di dignità». Nella dottrina più recente cfr. anche G. PROSPERETTI, *Dall’art. 3 agli artt. 35 ss. della Costituzione*, in E. GHERA-A. PACE (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, op. cit., p. 79 ss.; ed *ivi*, G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, p. 105 ss.

¹⁶¹ «L’art. 38 incarna – unitamente agli artt. 4, 32, 36 e 37 – il nucleo forte dello Stato sociale di cui agli artt. 2 e 3 comma 2 Cost., sancendo nell’affermazione delle due fattispecie fondamentali, assistenza e previdenza, in collegamento con la tutela della salute, quel diritto complessivo alla sicurezza sociale, espressione dello spirito innovatore dei Costituenti nei riguardi della concezione liberale del rapporto tra Stato e cittadino»: così L. VIOLINI, *Sub art. 38.*, in R. BIFULCO -A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006. Cfr. anche A. SGROI, *Sub art. 38 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013.

¹⁶² Dai due principi della proporzionalità e della sufficienza della retribuzione (a cui si deve aggiungere il principio di non discriminazione affermato dall’articolo seguente), la giurisprudenza ordinaria ha ricavato la regola, immediatamente precettiva e inderogabile, operante anche nei rapporti interprivati, della giusta retribuzione, attraverso un rinvio ai minimi tabellari previsti dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative: cfr. L.

lavoratrice, demandando alla legge il giusto contemperamento tra la sua attività di lavoro e l'adempimento delle funzioni familiari e la protezione della prole; rinvia alla legge la determinazione dell'età minima di accesso al lavoro e la previsione di speciali forme di protezione del lavoro minorile, fermo restando il principio di parità di retribuzione a parità di lavoro prestato¹⁶³. Gli artt. 39 e 40, nel riconoscere la libertà sindacale e il diritto di sciopero, legittimano il ricorso all'autotutela collettiva, cui corrisponde la sottoposizione dal datore all'esercizio del diritto potestativo del lavoratore di sospendere la prestazione di lavoro per finalità che non si pongano in contrasto con l'ordinamento costituzionale o altre libertà e diritti fondamentali della persona¹⁶⁴. L'art. 41, in combinato disposto con l'art. 32, vieta qualsiasi attività economica che per le sue modalità possa recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità (anzitutto) dei lavoratori¹⁶⁵. L'art. 46 riconosce il diritto dei lavoratori a

NOGLER, *Commento sub art. 36 Cost.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit. La dottrina osserva come il principio della sufficienza della retribuzione posto dalla norma importi il superamento della concezione di stretta corrispettività tra retribuzione e lavoro, che si manifesta concretamente attraverso la previsione dell'obbligo retributivo a carico del datore in occasione di diverse ipotesi di sospensione della prestazione di lavoro (v. T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968). Sui meccanismi operativi della norma vedi *infra*, paragrafo 6.

¹⁶³ Il primo comma dell'art. 37 contiene in effetti due diversi enunciati normativi: da un lato afferma il principio della parità normativa e salariale tra lavoratori e lavoratrici; dall'altro garantisce alla lavoratrice condizioni di lavoro che le consentano di poter adempiere adeguatamente alla sua essenziale funzione familiare e, prima ancora, di esercitare liberamente il suo diritto alla maternità. Sulla faticosa affermazione dei due principi nella legislazione ordinaria, cfr. M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, cit., in particolare p. 109 ss.

¹⁶⁴ La permanenza nel codice penale del 1930 di diverse fattispecie incriminatrici dello sciopero (e della serrata, non menzionata invece nella Carta costituzionale quale "diritto") necessiterà l'intervento della Corte Costituzionale che, a più riprese, procederà ad una "abrogazione selettiva" delle differenti ipotesi di reato sulla base di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice: per un complessivo *excursus* degli interventi della Corte e della progressiva precisazione, ad opera della giurisprudenza della Cassazione e della dottrina, dei limiti interni ed esterni all'esercizio dello sciopero, può rinviarsi a F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro. Vol. I, Diritto Sindacale*, cit., p. 326 ss.; G. GIUGNI, (voce) *Sciopero. I – Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992. Deve osservarsi come in realtà l'art. 40 Cost. contenesse due diversi enunciati: uno, implicito, ricavabile in via interpretativa, relativo al riconoscimento del diritto di sciopero, ed un altro, esplicito, secondo cui l'esercizio dello sciopero deve contenersi nei limiti previsti dalla legge. In realtà, questa seconda disposizione troverà una (parziale) attuazione, limitatamente allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, soltanto per effetto della legge 12 giugno 1990, n. 146, poi ampiamente modificata dalla legge 11 aprile 2000, n. 83. Sulle vicende di questa legge, cfr. M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge n. 83/2000*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 915 ss.

¹⁶⁵ L'art. 41 Cost., nell'affermare al primo comma la libertà dell'iniziativa economica, nei limiti in cui non si traduce in un pericolo per la sicurezza, la libertà, la dignità personale e l'utilità sociale (comma 2), e nel rispetto dei vincoli imposti dalla legge ordinaria (comma 3), costituisce anzitutto il

collaborare alla gestione delle aziende, allo scopo di promuovere l'elevazione economica e sociale dei lavoratori nel rispetto delle esigenze della produzione. Ed infine, l'art. 35, nel suo primo comma, contiene una disposizione generale secondo cui «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni», che imprime, in combinato disposto con gli artt. 3 comma 2 e 4 comma 1, una chiara tensione dell'ordinamento della Repubblica verso la protezione e la tutela differenziata del cittadino-lavoratore¹⁶⁶.

Al termine di questa breve e necessariamente sommaria disamina dei principi costituzionali in materia di lavoro e delle loro più immediate implicazioni sulla legislazione ordinaria successiva, pare a chi scrive di poter formulare tre concise osservazioni conclusive, l'ultima delle quali, a stretto rigore, dovrebbe essere

fondamento costituzionale del potere datoriale di organizzazione dell'impresa e di gestione del personale, pur ponendo non pochi problemi di bilanciamento tra l'enunciato del primo comma e i due commi successivi. Cfr., *ex multis*, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593 ss.; C. ZOLI, *Sub art. 41 Cost.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit.

¹⁶⁶ Sebbene le disposizioni da ultimo citate debbano qualificarsi come norme programmatiche, in quanto inidonee a porre in capo ai loro destinatari un diritto immediato, fornito di tutela, la dottrina ha da tempo messo in luce l'importanza sistematica e le implicazioni dirette – sull'attività del legislatore e sull'interpretazione del diritto vigente – delle norme di principio. Osserva conclusivamente C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pp. 85-86: «Non si può, quindi, sostenere che le norme programmatiche abbiano, come unico destinatario il legislatore, rivolgendosi esse invece, come tutte le altre, alla generalità dei *subiecti*. È, del resto, significativo che anche nelle disposizioni nelle quali vi è un espresso rinvio alla futura attività del legislatore, è sempre contenuta l'affermazione di un principio, che non può essere ignorato nell'attesa dell'emanazione delle norme di attuazione. Anche in questi casi, infatti, pur affidandosi al legislatore ordinario il compito di stabilire la disciplina specifica atta a regolamentare strutturalmente la materia cui si riferisce, di volta in volta, il principio posto, questo non manca di esplicitare una rilevante e specifica funzione, il cui significato sarà quanto prima delucidato. Se fosse altrimenti, si dovrebbe concludere che si è praticamente rimesso la legislatore ordinario (e spesso senza neppure fissargli dei limiti temporali) il potere di attribuire o meno rilevanza e operatività giuridica a buona parte delle norme della Costituzione, realizzando un singolare capovolgimento della gerarchia delle fonti attraverso il quale si riscocerebbero al legislatore ordinario (o addirittura all'interprete) poteri superiori a quelli del legislatore costituente. Si può, perciò, affermare non solo che le norme programmatiche sono da considerare *norme giuridiche* come tutte le altre, ma anche che esse – in un certo qual modo – sono *norme più efficaci e più rilevanti di tutte le altre norme*, in quanto determinano i fini e, quindi, i caratteri essenziali di tutto l'ordinamento giuridico. [omissis] Possono infatti ravvisarsi tre aspetti distinti, pur se fra loro necessariamente collegati: 1) nella *determinazione dell'indirizzo politico generale* e del programma generale cui deve uniformarsi l'intero ordinamento; 2) nella *determinazione di limiti all'attività del legislatore ordinario*, nonché all'attività della pubblica amministrazione e degli stessi soggetti, pubblici e privati; 3) nell'*apprestamento di criteri generali di interpretazione* ed applicazione delle norme giuridiche, sia costituzionali che ordinarie [corsivo dell'Autore]».

presentata – perchè non sembra davvero prestarsi ad incontrovertibili asserzioni di principio – in forma interrogativa.

La Costituzione promuove il lavoro, come attività degna di rilevanza sociale, a fondamento dell'ordinamento giuridico della Repubblica. Riconosce il sindacato quale corpo sociale intermedio in cui si realizza il coinvolgimento del cittadino-lavoratore nel processo decisionale democratico. Dota il prestatore di lavoro (deve intendersi, il lavoratore subordinato, perchè quello era il modello social-tipico presente al legislatore costituente) di uno statuto giuridico protettivo, attraverso disposizioni inderogabili di carattere direttamente precettivo, rinviando alla legge ordinaria il compito di completarne il quadro.

La normativa di epoca successiva, in attuazione dei precetti costituzionali, appresta una tutela progressivamente crescente (almeno sino alla metà degli anni Settanta), di cui lo Statuto rappresenta l'apice, caratterizzata, come si è più ampiamente osservato nel primo Capitolo, dall'inderogabilità delle sue disposizioni.

E dunque, un diritto del lavoro “preso sul serio”, impone forse la preferenza per una determinata *tecnica* legislativa, oltre che il rispetto di un livello minimale di tutela, quale quello previsto dalle disposizioni Costituzionali? Vogliamo provare a fornire una risposta a questo interrogativo, altrimenti scontato, senza avvalerci della pre-comprensione del fenomeno lavoro offertaci dalla mediazione della dottrina sin qui richiamata, ma focalizzando l'attenzione sul solo contenuto precettivo della Carta e dando voce al più autorevole interprete delle sue disposizioni, sovente sollecitato ad accertare la rispondenza di disposizioni di legge primaria alle direttrici impresse da quel testo fondamentale.

In realtà, la Carta fondamentale, nel tratteggiare i contenuti dello Stato sociale, sembra presupporre l'esistenza di altri valori alternativi al lavoro, che, pur non assurgendo a fondamento della Repubblica, si pongono come precondizioni implicite a quella redistribuzione della ricchezza che costituisce la missione essenziale del modello di Stato sociale preconizzato dal costituente. Non va dimenticato che il

«lavoro» che l'art. 1 pone a fondamento dello Stato comunità è composto da tutto l'insieme delle attività economiche (o comunque suscettibili di valutazione economica) come tali idonee a produrre ricchezza, utile sociale. Il «lavoro subordinato» è soltanto una di queste attività, pur particolarmente degna di attenzione e protezione, sia per la “personalità” dell'attività prestata, sia per la ricorrente posizione di emarginazione e dipendenza del soggetto che la offre¹⁶⁷.

Non essendo in possesso di elementi ulteriori per provare a rispondere con minima sicurezza all'interrogativo proposto, non resta che cedere la parola al più autorevole interprete delle leggi, quella Corte Costituzionale che frequentemente è stata sollecitata a verificare se una o più disposizioni dell'ordinamento fossero coerenti con l'impianto di diritti e libertà assegnato dalla Carta al lavoratore. Senza alcuna pretesa di originalità ma nella sincera convinzione di non travisare l'interpretazione offerta della Suprema Corte, possiamo rammentare come, a proposito dell'enunciazione di apertura dell'art. 35, che parrebbe suggerire la necessaria preferenza per il ricorso ad una tecnica normativa fondata sulla massima limitazione dell'autonomia negoziale individuale, *«nel suo primo comma [l'art. 35 Cost.] nulla aggiunge alle dichiarazioni risultanti dall'art. 1 della Costituzione, nonché dal secondo comma dell'art. 3 e dall'art. 4, primo comma, venendo piuttosto ad assumere, collocato com'è all'inizio del titolo III, solo una funzione introduttiva alle disposizioni che entrano a far parte di questo: cioè vuole, non già determinare i modi e le forme della tutela del lavoro, ma solo enunciare il criterio ispiratore comune alle disposizioni stesse, nelle quali ultime esclusivamente sono poi da ritrovare le specificazioni degli oggetti della tutela voluta accordare»*¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Sarebbe quindi profondamente errato considerare la formulazione impiegata dall'art. 1 Cost. come un mero “compromesso storico”, perchè la sua dizione individua invece, con grande lungimiranza, la preconditione essenziale alla realizzazione della liberazione dal bisogno: una ricchezza da redistribuire, *alias, il lavoro in tutte le sue forme*.

¹⁶⁸ Letteralmente, Corte Cost., 28 febbraio 1967, n. 22, est. Mortati. Una formulazione più volte riaggiornata e riproposta, nella sostanza, da tante altre pronunce successive, fra cui possiamo ricordare, senza pretesa di completezza: Corte Cost., 28 giugno 1973, n. 130, rel. Gionfrida; Corte Cost., 12 febbraio 1980, n. 16, rel. Rossano; Corte Cost., ord., 8 novembre 1982, n. 189, rel. Roherssen; Corte Cost., 14 gennaio 1983, n. 15, rel. Maccarone; Corte Cost., 21 aprile 1983, n. 128,

Una lettura piuttosto “riduttiva”, si direbbe, del precetto costituzionale. Peraltro, non sono mancate nemmeno pronunce in cui la Corte ha offerto una lettura a prima vista più “incisiva” del precetto contenuto nell’art. 35 comma 1 Cost., dichiarando ad esempio l’illegittimità di una disposizione di legge che escludeva la qualificazione giuridica di lavoro subordinato ad un rapporto che effettivamente possedeva tale natura¹⁶⁹, o più semplicemente paventando l’illegittimità costituzionale di disposizioni di legge che affidassero all’autonomia individuale la scelta del “tipo” negoziale, con conseguente elusione delle tutele inderogabili previste a favore del prestatore subordinato¹⁷⁰. Ed ancora, sempre riportando le parole del Giudice delle Leggi, dall’art. 35 Cost. deve ricavarsi la «*doverosità ... – del cui rispetto è evidentemente onerato anzitutto il legislatore – di una tutela del lavoro non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme (ed applicazioni) del lavoro*»¹⁷¹.

rel. Maccarone; Corte Cost. 8 gennaio 1986, n. 1, rel. Greco; e ancora, più recentemente, Corte Cost., 23 luglio 1995, n. 365, rel. Mengoni; Corte Cost., ord., 18 luglio 1997, n. 254, rel. Vari; Corte Cost., ord., 1° giugno 2000, n. 174, rel. Capotosti; Corte Cost., 13 ottobre 2000, n. 419, rel. Marini; Corte Cost., ord., 23 gennaio 2001, n. 15, rel. Santosuosso.

¹⁶⁹ Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, rel. Spagnoli.

¹⁷⁰ Corte Cost., 21 marzo 1994, n. 115, rel. Spagnoli, che richiamando la pronuncia di cui alla nt. precedente osserva: «Proprio con la recente sentenza n. 121 del 1993, questa Corte ha affermato che “non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”. A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l’applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti». Per una lettura complessiva delle due pronunce della Corte deve rimandarsi a M. D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 63 ss.

¹⁷¹ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 49, rel. Marini, con cui fu negata l’ammissibilità del *referendum* abrogativo dell’intera disciplina del lavoro a domicilio, sul presupposto per cui «i modi e le forme dell’attuazione della tutela costituzionale sono ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela

Dalla lettura complessiva delle norme costituzionali offerta dal più alto interprete delle leggi del nostro ordinamento, l'inderogabilità della norma giuslavoristica parebbe rappresentare *soltanto uno* dei modi e delle forme possibili attraverso cui il legislatore è chiamato ad individuare i giusti equilibri nella protezione del contraente debole del rapporto. La legislazione di epoca successiva darà ampia testimonianza del ricorso del legislatore a tecniche diverse, come il rinvio alla contrattazione collettiva in funzione di "fonte" di disciplina del rapporto, necessariamente più flessibile e più rapidamente adattabile rispetto al precetto legale, o quale strumento di allentamento controllato di talune rigidità della norma. Meno affidabile sembra essere considerata dallo stesso legislatore l'apertura diretta all'autonomia individuale, peraltro propugnata come valido stimolo alla dinamicità del mercato del lavoro in epoca ancora recente.

Un diritto del lavoro "preso sul serio" non può invece tollerare un'indiscriminata e incontrollata dismissione *tout court* di tutele legali. Lo vieta anzitutto il principio di ragionevolezza, ultimo "guardiano" della discrezionalità del Parlamento. Accogliendo l'insegnamento del Giudice delle Leggi, esplicitato proprio nella sentenza n. 49/2000 richiamata in nota, occorre dunque verificare, ogniqualvolta si verifichi una rimozione di tutele precedentemente assicurate dalla norma inderogabile, attraverso quali strumenti si realizzi questo processo, che, in ogni caso, secondo la lettura fornita della Suprema Corte, necessita *sempre* la mediazione di un soggetto diverso dal contraente individuale: lo stesso legislatore, la cui discrezionalità è richiamata nella citata pronuncia, o, potremmo dedurre, il sindacato, purchè effettivamente rappresentativo dell'interesse collettivo dei destinatari delle deroghe.

precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

SEZIONE II – I MECCANISMI DI FUNZIONAMENTO DELLA NORMA INDEROGABILE.

Sommario: 5. Nullità parziale e sostituzione automatica di clausole. 6. L'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune. 7. Inderogabilità della disciplina e indisponibilità (relativa) dei diritti: cenni.

5. Nullità parziale e sostituzione automatica di clausole.

Entrando ora nel vivo delle dinamiche di funzionamento della disciplina inderogabile, dobbiamo riprendere il discorso dalla nozione di norma inderogabile che abbiamo proposto nel precedente Capitolo. In tale definizione si ricomprendono, in senso ampio, tutte quelle disposizioni di legge che non consentono ai relativi destinatari, in quanto sprovvisti di un potere di deroga, di sottrarvisi; e, su di un piano più strettamente contrattuale, quelle disposizioni che non consentono alle parti (o ad una sola delle parti, in caso di inderogabilità unilaterale) di alterare a proprio favore l'assetto di interessi fissato imperativamente in via eteronoma.

Come noto, il diritto del lavoro conosce sia disposizioni precettive del primo tipo, presidiate da sanzioni di natura amministrativa o penale che si attivano in caso di trasgressione al comando o al divieto legale¹⁷², sia disposizioni che si inseriscono direttamente nel contenuto del contratto, invalidandone eventuali previsioni difformi¹⁷³. Ragionando così in termini generali, potrebbe valutarsi il ricorso alle

¹⁷² L'intera materia della sicurezza sul lavoro, ora disciplinata dal d. lvo. n. 81/2008, poggia su una disciplina prevenzionistica presidiata da sanzioni di carattere per lo più penale (vedasi artt. 55 ss. d. lvo. cit.). Si pensi ancora agli obblighi di comunicazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro verso il prestatore di lavoro previsti dal d. lvo. n. 152/1997, attuativo della direttiva 91/533/CEE, o alle previsioni del d. l. n. 12/2002, conv. con modificazioni in l. n. 73/2002, sulle comunicazioni amministrative precedenti all'assunzione: tutte disposizioni presidiate da sanzioni amministrative.

¹⁷³ Praticamente l'intera disciplina del rapporto di lavoro è caratterizzata dalla presunzione di inderogabilità: cfr. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113. Il Codice Civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 19 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 49; M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, cit., p. 158 ss.; O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 89 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 139 ss. Sulle tecniche sanzionatorie nel diritto del lavoro cfr. anche E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 305 ss.

norme precettive del primo tipo come un riconoscimento espresso del carattere pubblico, generale, o comunque superindividuale, dell'interesse protetto dalla norma presidiata da sanzione penale o amministrativa; e così, *a contrariis*, potrebbero ricondursi le disposizioni del secondo tipo ad una dimensione puramente negoziale, economica della relazione contrattuale. In realtà, ragionare in termini di rigida separazione tra *persona* e *contraente*, quasi fossero due figure destinatarie di forme di protezione eteronoma diverse, pare un'impostazione non del tutto convincente, perchè confonde la natura intrinseca dell'interesse protetto con la sua rilevanza esterna¹⁷⁴. Peraltro, la storia della nascita e della prima evoluzione della legislazione lavoristica che abbiamo ripercorso nei paragrafi precedenti, dimostra come il ricorso a disposizioni sanzionatorie amministrative e penali abbia contraddistinto soprattutto la prima fase del diritto del lavoro – la c.d. legislazione sociale –, mentre la legislazione speciale post-costituzionale si connota soprattutto per la sua idoneità ad incidere *direttamente* sul contenuto negoziale, modificandolo qualora non rispettoso dei precetti legali: prerogativa questa in larga parte sconosciuta alla prima legislazione sociale. L'inderogabilità, come detto, si ricollega ad un concetto di relazione, tra diverse “fonti di regolamentazione” – di matrice legale e privata – del medesimo rapporto, ed esprime la preminenza della prima sulle altre.

Ciò premesso, storicamente il dibattito dottrinale in ordine al funzionamento della norma inderogabile nella nostra materia si è polarizzato attorno all'applicazione dei meccanismi civilistici, ablativi e sostitutivi della volontà privata, alla regolamentazione del rapporto di lavoro, considerato essenzialmente nella sua

¹⁷⁴ Del resto, la stessa norma penale (il massimo esempio di *sanzione* che l'ordinamento giuridico possa minacciare al suo consociato) tutela indifferentemente beni giuridici di carattere individuale, diffuso o pubblico (si pensi, per fare degli esempi di beni giuridici protetti, all'integrità fisica, alla salvaguardia della purezza delle acque, all'integrità territoriale dello Stato), personale od economico (la vita e il patrimonio). Semmai, la scelta di presidiare il bene giuridico con una sanzione tanto afflittiva, dimostra la *rilevanza generale* dell'interesse protetto, ma questo è evidentemente *altro* rispetto alla sua natura, che non muta sol perchè interviene il precetto penale (non è certo l'appartenenza alla classe astratta di casi rientranti nella fattispecie della norma che incrimina l'omicidio a privare la vita del singolo uomo del suo carattere strettamente personale, individuale). Peraltro, sulle ragioni che ispirano il ricorso ad una disciplina inderogabile, in senso lato sanzionatoria, nel diritto del lavoro, ci siamo già diffusi *supra* al paragrafo 2.3 Cap. I.

dimensione contrattuale¹⁷⁵. Non senza segnalare la presenza di altre penetranti forme di controllo dell'autonomia privata, di carattere amministrativistico e penalistico, la dottrina giuslavorista, una volta identificata la «norma inderogabile» nel precetto eteronomo destinato ad incidere direttamente sull'assetto negoziale, ha ampiamente indagato l'applicazione delle disposizioni codicistiche contenute negli artt. 1339, 1374, 1418, 1419 (e 2126) c.c. al rapporto di lavoro. Si tratta di un passaggio ineludibile per la comprensione del fenomeno, perchè se è vero che la disciplina lavoristica non ha mancato di elaborare propri meccanismi rimediali e, in senso lato, sanzionatori dell'inosservanza delle disposizioni eteronome¹⁷⁶, il diritto del lavoro finisce inevitabilmente con l'utilizzare più largamente «infrastrutture e snodi ... forniti dal diritto civile»¹⁷⁷. E così, anche l'inderogabilità della disciplina eteronoma si manifesta essenzialmente attraverso quei meccanismi regolati dalle disposizioni civilistiche sui contratti in generale, in particolare quegli artt 1339 e 1419 c.c. che danno la rappresentazione plastica della supremazia della fonte eteronoma sul prodotto dell'autonomia negoziale.

Venendo quindi al tema specifico del paragrafo, ovvero all'operare di quei meccanismi civilistici ablativi e sostitutivi del contenuto del contratto dentro la relazione di lavoro, questi istituti trovano effettivamente copiosa applicazione al rapporto di lavoro. Integrazione del contratto¹⁷⁸, sostituzione automatica di

¹⁷⁵ Cfr. in particolare R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 114 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 355 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 111 ss.

¹⁷⁶ Si pensi soltanto alla disciplina sul licenziamento individuale, storicamente fondata, a partire dalla regola generale posta dalla legge n. 604/1966 della giustificazione del licenziamento, sulla alternativa tra rimedi di natura risarcitoria e rimedi in senso stretto ripristinatori della posizione lavorativa del prestatore illegittimamente privato del posto di lavoro a seguito dello scorretto utilizzo del potere di licenziamento datoriale. Occorre però distinguere, concettualmente, le ipotesi di esercizio del potere datoriale dalle manifestazioni di autonomia negoziale: è su queste ultime che i meccanismi invalidanti e sostitutivi previsti dalla legge – e a cui l'«inderogabilità», in senso proprio, si riferisce nel dibattito giuslavoristico – operano imperativamente.

¹⁷⁷ L. MENGONI, *Diritto civile*, in L. MENGONI-A. PROTO PISANI-A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, cit., p. 10.

¹⁷⁸ Nella disciplina del codice civile sui contratti in generale, l'integrazione eteronoma del prodotto dell'autonomia negoziale è regolata dall'art. 1374 c.c., che dispone: «Il contratto obbliga le parti non

clausole¹⁷⁹, conservazione del contratto come imperativamente modificato¹⁸⁰, sembrano dar vita ad un sistema unitario, volto alla massima mortificazione

solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità».

Si tratta di una disposizione che ricalca l'art. 1124 c.c. del codice civile previgente, che già prevedeva il ricorso a fonti esterne (l'equità, l'uso e la legge) in funzione di completamento del voluto espresso nel contratto, seppure in ordine esattamente inverso rispetto alla norma oggi vigente. Ma quella norma, che peraltro aveva consentito un ampio ricorso alla consuetudine anche in materia di lavoro, rispecchiava il carattere preminente riservato all'uso nella materia commerciale. Cfr. E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931. L'integrazione del contratto ha rappresentato un tema di grande interesse per la dottrina civilistica a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta, in un periodo in cui evidentemente le categorie del diritto civile e del contratto necessitavano un "aggiornamento" a seguito dei processi innescati dall'avvento della Costituzione, ponendosi la questione, anche teorica, di come il contratto potesse rappresentare, proprio grazie all'operazione di etero-integrazione dei suoi contenuti, uno strumento di realizzazione nell'ordinamento giuridico dei valori solidaristici affermati nella Carta. Cfr. in particolare P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969; in tempi più recenti, R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, III° ed., Utet, Torino, 2004, p. 417 ss.

¹⁷⁹ Tanto dispone l'1339 c.c., rubricato «inserzione automatica di clausole»: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative], sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti».

M.R. MAUGERI, *Sub art. 1339*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, vol. I, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), Utet, Torino, 2011, ricorda come la disposizione, che ricalca l'art. 54, r.d. n. 1130/1926, fosse stata inserita nel codice accogliendo un orientamento giurisprudenziale all'epoca maggioritario sulle conseguenze dell'inosservanza dei prezzi massimi di calmiera, suscitando tuttavia le aspre critiche della dottrina coeva, che mal tollerava l'inserimento nel codice civile di norme di evidente marca corporativa, derogatorie dei principi generali di libertà negoziale privata. A prescindere dalla sua matrice politica e da alcuni tentativi di fornirne una lettura a tutti i costi riduttiva, la disposizione dovrebbe interpretarsi come contenente due norme: una che prevede l'integrazione del contratto con le clausole e i prezzi imposti dalla legge, ed una che invece impone la sostituzione con queste delle previsioni eventualmente difformi del contratto, interessando dunque sia il fenomeno dell'integrazione che quello della nullità parziale (con sostituzione automatica della clausola, invalida, perchè contraria a norma imperativa), del contratto. Cfr. nella dottrina civilistica M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milano, 1974; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 ss. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008; R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 427 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 509 ss.

¹⁸⁰ La conservazione del contratto, come imperativamente modificato, anche contro la volontà dei contraenti privati, è disciplinata dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., da leggersi sotto questo profilo in combinato disposto con la seconda parte dell'art. 1339 c.c. L'art. 1419 c.c., rubricato «nullità parziale», recita: «1. La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. 2. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative».

dell'autonomia negoziale privata in funzione del riequilibrio del sinallagma contrattuale, nei termini di giustizia voluti dall'ordinamento; anche considerando come la stessa nullità del contratto di lavoro incontri nel codice civile una disciplina del tutto peculiare¹⁸¹, finalizzata anch'essa a proteggere la posizione contrattuale del prestatore, o quantomeno ad evitare che il vizio originario del negozio possa operare in pregiudizio esclusivo della parte debole del rapporto¹⁸².

L'integrazione cogente del contratto, realizzata attraverso norme imperative, opera attraverso il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 comma 2 c.c., anche se sui rapporti tra le due disposizioni codicistiche ed il fenomeno più generale dell'integrazione del contratto previsto dall'art. 1374 c.c. non si registra unanimità di posizioni in dottrina: in particolare è controverso se gli artt. 1339 e 1374 c.c. abbiano un campo di applicazione diverso, uno concernete il contenuto, e l'altro gli effetti del contratto¹⁸³, uno particolari tipologie di contratti l'altro la generalità dei contratti¹⁸⁴, oppure se – e questa sembra l'opinione più fondata – le due disposizioni risultino almeno parzialmente sovrapponibili¹⁸⁵, differenziandosi semmai per ragioni di specialità. L'art. 1374 c.c. infatti, a differenza dell'art. 1339 c.c., individua quali fonti

Come sarà evidenziato nel corso della trattazione, i due commi rispondono a finalità e sono ispirati a politiche del diritto pressochè opposte: il primo, alla conservazione del contratto in una con la valorizzazione della volontà privata, il secondo alla realizzazione coattiva dell'assetto di interessi prefissato dalla norma imperativa. Cfr. in particolare R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, cit., p. 907.

¹⁸¹ Così dispone l'art. 2126 c.c., rubricato «prestazione di fatto con violazione di norme di legge»: «1. La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. 2. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione». L'art. 2126 c.c. costituisce evidentemente una norma speciale rispetto alla disciplina generale della nullità del contratto prevista dall'art. 1418 ss., che, come sappiamo, opera *ex tunc*, eliminando sin dall'inizio ogni effetto negoziale. Sulla portata della norma e sulla sua *ratio* protettiva del prestatore di lavoro si diffonde ampiamente M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 111 ss.

¹⁸² Se operasse il regime generale della nullità del contratto, il prestatore si troverebbe infatti a dover restituire quanto ricevuto a titolo di retribuzione, salva un'eventuale azione per ripetizione dell'indebito *ex artt.* 2033 ss. cc. o per arricchimento senza causa *ex artt.* 2041 ss. c.c.

¹⁸³ Così sembra ipotizzare, ma in senso dubitativo, ad esempio F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 141.

¹⁸⁴ Per questa soluzione sembra propendere in particolare M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 121.

¹⁸⁵ Cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 419.

di integrazione del contratto, in mancanza di disposizioni di legge, anche gli usi e l'equità. Per quanto concerne gli usi, il loro ruolo nella disciplina del rapporto di lavoro è già stato oggetto di trattazione nel precedente paragrafo, al quale per comodità rinviamo. Quanto invece all'equità, quale fonte di integrazione suppletiva del voluto contrattuale¹⁸⁶, questa viene richiamata anche in altre disposizioni codicistiche dettate in materia di lavoro subordinato¹⁸⁷, così da costituire, in sede giudiziale, una importante valvola di adattamento del tipo legale alle esigenze del caso concreto. In ogni caso, a prescindere dalla natura (legale, consuetudinaria o equitativa) della fonte integratrice, è certo che questa, una volta fatto ingresso «di diritto» nel contratto, impegna le parti con la stessa efficacia delle clausole espresse: la sua inosservanza, che integra un inadempimento del contratto, farà sorgere in capo alla parte inadempiente una responsabilità di natura contrattuale, e questo indipendentemente dalla natura eteronoma della fonte integratrice¹⁸⁸.

Nella disciplina del rapporto di lavoro, l'integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c. – intendendosi qui per “contratto” l'insieme delle clausole individuali e collettive applicate al rapporto, che definiscono, complessivamente, il suo assetto negoziale – sembra rappresentare effettivamente un potente strumento di

¹⁸⁶ V'è peraltro da osservare come l'equità, quale “giustizia del caso concreto”, pur condividendo con le clausole generali – quale è, ad esempio, la buona fede – il ruolo di “valvola di apertura” dell'ordinamento giuridico verso il mondo esterno dei fatti, se ne discosti concettualmente. Le clausole generali, a differenza dell'equità, non investono il giudice di un giudizio concreto, ridotto all'esame delle circostanze soggettive delle parti implicate nel caso di specie, da cui ricavare una soluzione giusta, appunto, equitativa, ma rinviano invece a criteri generali di interpretazione dei fatti (aventi rilevanza giuridica) che non sono ricavabili dal caso concreto, ma da altrettanti principi generali. Cfr. V. VARANO, (voce) *Equità*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989.

¹⁸⁷ Si possono citare, a titolo di esempio, l'art. 2109 c.c. sulla durata del periodo di ferie, l'art. 2110 c.c. sulla durata del periodo di comporta in caso di malattia o infortunio, l'art. 2118 c.c. sul termine di preavviso di recesso dal contratto a tempo indeterminato. In tutte queste disposizioni, peraltro, il ricorso all'equità risulta sempre subordinato – come nella previsione più generale sui contratti – alla mancanza di disposizioni di legge o consuetudinarie (a cui si sono aggiunti, soppresso l'ordinamento corporativo, i contratti collettivi di diritto comune).

¹⁸⁸ Con conseguente applicazione del regime generale della responsabilità contrattuale (termini di prescrizione, distribuzione dell'onere della prova, risarcimento del danno), generalmente più favorevole, per il creditore, rispetto alla responsabilità *extracontrattuale* o da fatto illecito. La vicenda dell'obbligazione di sicurezza incombente sul datore *ex art. 2087 c.c.* di cui alla nota successiva è esemplificativa.

correzione dell'autonomia privata. Si consideri, solo per fare alcuni esempi della sua applicazione pratica, come l'obbligo di sicurezza¹⁸⁹ o il divieto di discriminazione per genere¹⁹⁰ transitino nel contratto individuale proprio attraverso un'operazione di etero-integrazione dei suoi contenuti ai sensi dell'art. 1374 c.c. Analogamente, proprio attraverso meccanismi di etero-integrazione del contratto individuale, fondati per lo più su di una valutazione equitativa dell'equilibrio sinallagmatico, la giurisprudenza supplisce alla mancata quantificazione di un'obbligazione già incombente (sempre per effetto di una previsione legale, a sua volta inserita di diritto nel contratto) su una delle parti, così escludendo, tra l'altro (in ipotesi in cui si tratti di un'obbligazione principale e non accessoria), che questa carenza possa inficiare la validità dell'intero contratto per mancata determinazione dell'oggetto: così possono essere determinati, in sede giudiziale, i termini del periodo di compimento per sommatoria nell'ipotesi in cui il contratto collettivo preveda solo un compimento unitario¹⁹¹, la cadenza dei permessi sindacali¹⁹², la provvigione dovuta in via

¹⁸⁹ L'orientamento sembra ormai consolidato nella giurisprudenza recente: cfr., *ex multis*, Cass., 22 dicembre 2011, n. 28025, *De Iure on line*; Cass., 13 agosto 2008, n. 21590, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, 1264; Cass., 14 aprile 2008, n. 9817, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 4, 577; Cass., 25 maggio 2006, n. 12445, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 4, p. 471. Cfr. nella dottrina recente L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3° ed., F. Angeli, Milano, 1986; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 ss. Al contrario, un risalente orientamento dottrinale tendeva a qualificare la responsabilità datoriale come *extracontrattuale*: così G. D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, I, p. 14 ss.

¹⁹⁰ Cfr. Cass., 25 settembre 2002, n. 13942, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, p. 788 ss.

¹⁹¹ E così Cass., 24 giugno 1983, n. 4328, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 6; Cass., 23 aprile 1986, n. 2865, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 4; Cass., 13 dicembre 1988, n. 6795, in *Giust. civ. mass.*, 1988, 12; Cass., 16 novembre 2001, n. 14337, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 215 ss.

¹⁹² Stante il carattere immediatamente precettivo dell'art. 30 dello Statuto, il quale stabilisce che i componenti degli organi direttivi, provinciali e nazionali, delle associazioni di cui all'art. 19 hanno diritto a permessi retribuiti, secondo le norme dei contratti di lavoro, per la partecipazione alle riunioni degli organi suddetti «in mancanza delle previste determinazioni contrattuali - come nel caso di un contratto collettivo che preveda i permessi solo per i dirigenti dei sindacati stipulanti il contratto stesso - l'esercizio del diritto in questione non resta escluso, nè limitato all'esercizio di attività dirigenziale nei sindacati impegnati nel contratto collettivo riguardante il dipendente, ma va regolato o con accordi individuali, oppure, secondo i principi generali (art. 1374 c.c.), dal giudice in conformità agli usi o all'equità, nel rispetto dell'obbligo reciproco di correttezza delle parti (art. 1175 c.c.) rapportato alle finalità della norma e con eventuale riguardo a discipline contrattuali collettive non regolanti il caso specifico, ma concernenti situazioni analoghe»: Cass., 5 settembre 1988, n. 5029, in *Notiziario giur. lav.*, 1988, p. 613 ss.; Cass., 20 luglio 1989, n. 3430, in *Mass. giur. lav.*, 1989, p. 338; Cass., 1° luglio 2004, n. 12105, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7-8.

definitiva all'agente¹⁹³, la retribuzione spettante per il settimo giorno consecutivo di lavoro nel regime precedente al d. lvo. n. 66/2003¹⁹⁴; la stessa retribuzione ordinaria del lavoratore subordinato, qualora non determinata nel contratto individuale o ritenuta comunque insufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost., viene definita, in sede contenziosa, proprio attraverso un procedimento integrativo del contratto individuale con il rinvio ai contratti collettivi (la "fonte" del procedimento di integrazione è dunque un contratto collettivo, che tuttavia non si inserisce direttamente nell'assetto negoziale individuale, ma opera dall'esterno, come mero parametro di valutazione, secondo una decisione per l'appunto equitativa operata dal giudice¹⁹⁵).

¹⁹³ Cass., 16 giugno 1989, n. 2908, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2447.

¹⁹⁴ Cass., 7 giugno 2011, n. 12318, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 6, p. 857; Cass., 7 giugno 2010, n. 13674, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 6, p. 871; Cass., 4 febbraio 2008, n. 2610, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 2, p. 153.

¹⁹⁵ Come noto, dai principi di sufficienza e proporzionalità della retribuzione sanciti dall'art. 36 Cost., giurisprudenza e dottrina ricavano la regola immediatamente precettiva e inderogabile della adeguatezza della retribuzione al lavoro prestato. E così, in caso di mancata determinazione nel contratto individuale o di disaccordo tra le parti sulla stessa, il giudice può tenere conto, come parametro di riferimento e fornendo sempre idonea motivazione del procedimento equitativo seguito, delle tariffe sindacali previste dalla contrattazione collettiva vigente, ancorchè non direttamente applicabile al rapporto per mancata affiliazione dei contraenti individuali ai soggetti collettivi stipulanti. Cfr., *ex multis*, Cass., 18 febbraio 1985, n. 1393, in *Giust. civ. mass.*, 1985, 2; Cass., 17 marzo 2000, n. 3184, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 595; Cass., 10 giugno 2005, n. 12271, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6; Cass., 7 luglio 2008, 18584, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, p. 1100; Cass., 8 gennaio 2009, n. 162, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1, p. 24. Peraltro, nell'individuazione della giusta retribuzione, secondo alcune pronunce il giudice potrebbe discostarsi anche sensibilmente dalle tariffe collettive, purchè possa fornire adeguata motivazione di tale scelta, che sarebbe ravvisabile, ad esempio, nelle condizioni economiche delle parti, nella ridotta consistenza dell'impresa, o addirittura del minor costo della vita nella zona di residenza del lavoratore (cfr., ad esempio, Cass., 26 luglio 2001, n. 10260, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3088; Cass., 28 agosto 2004, n. 17250, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7-8; Cass., 9 agosto 1996, n. 7383, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 1153; altre pronunce contestano però che il basso costo della vita dell'ambiente di appartenenza del lavoratore possa giustificare una riduzione della retribuzione contrattuale, perchè questo determinerebbe una condizione di sfruttamento del tutto inaccettabile e contrastante con il principio stesso di proporzionalità della retribuzione al lavoro prestato affermato inderogabilmente dall'art. 36 Cost.: così Cass., 15 novembre 2011, n. 14211, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p. 299, nt. di B. STOLFA; Cass., 26 marzo 1998, n. 3218, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3227).

In ogni caso, la giurisprudenza è ferma nel precisare come in tema determinazione della giusta retribuzione i contratti collettivi di lavoro costituiscano solo *possibili parametri orientativi*, cosicchè, «in caso di eventuale contrasto tra contratti collettivi di diverso livello, il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo», non essendo peraltro applicabile, nel rapporto tra un contratto collettivo nazionale ed uno aziendale, la regola prevista dall'art. 2077 c.c. per i rapporti previsti tra contratti collettivi e individuali; cfr., da ultimo, Cass., 31 gennaio 2012, n. 1415, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 1.

Cfr. in dottrina P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 719 ss.; AA. VV., *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, B. CARUSO-C.

Altre volte, il richiamo all'equità, in una con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto¹⁹⁶, non supplisce alla carente determinazione di un'obbligazione contrattuale, ma modifica direttamente – allargando o restringendo la posizione debitoria di una delle parti – l'assetto negoziale: in questo senso, oltre al caso già richiamato della retribuzione, rilevano le decisioni relative alla limitazione del periodo di reperibilità contrattualmente stabilito alle fasce orarie legali¹⁹⁷, o all'esclusione del diritto alla pausa in seguito ad una modifica dell'organizzazione del lavoro¹⁹⁸; naturalmente, è onere della parte interessata ad eccepire l'iniquità anche “sopravvenuta” dell'assetto contrattuale precedentemente fissato, dimostrare l'eccessivo ed ingiustificato aggravio della propria posizione debitoria che si determinerebbe in assenza degli opportuni correttivi¹⁹⁹.

Tra le forme di etero-integrazione del contratto deve annoverarsi anche quel meccanismo di inserimento automatico di clausole e prezzi di beni e servizi imposti dalla legge previsto dall'art. 1339 c.c., *anche* in sostituzione delle difformi previsioni contrattuali²⁰⁰; proprio per il suo effetto invalidante e sostitutivo del prodotto

ZOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), Jovene, Napoli, 1994; L. ANGIELLO, *La retribuzione*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁹⁶ Previsto dall'art. 1375 c.c. che dispone: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede». La dottrina propende per una lettura congiunta della due disposizioni, artt. 1374 e 1375 c.c., che insieme intervengono a determinare l'estensione dell'obbligazione di ciascun contraente. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 117 ss.

¹⁹⁷ Cass., 17 novembre 1993, n. 11358, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 734 ss., nt di M. PALLA.

¹⁹⁸ Cass., 21 agosto 2009, n. 18593, in *Foro it.*, 2010, I, p. 98.

¹⁹⁹ In mancanza di questa prova, non potrà invece procedersi ad una modificazione per via equitativa dell'assetto di interessi espressamente stabilito nel contratto. È con questa motivazione, corroborata dalla presunzione dell'esistenza di un'organizzazione amministrativa rapportata alla consistenza occupazionale dell'impresa, che la giurisprudenza ha più volte respinto richieste datoriali di esenzione dall'obbligo di effettuare le trattenute sindacali, a seguito della cessione del credito notificata dal lavoratore: cfr., *ex multis*, Cass., 2 agosto 2012, n. 13886, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 7-8, p. 1013; Cass., 20 aprile 2011, n. 9049, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 4, p. 635; Cass., 7 agosto 2008, 21368, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, p. 1255.

²⁰⁰ Su questa disposizione, della cui matrice storica abbiamo già discusso, resta da dire che l'effetto integrativo / sostitutivo da essa disposto deve essere limitato, stante l'inequivoco tenore letterale, alle sole norme di legge. Peraltro, sia in dottrina che in giurisprudenza sembra prevalere un indirizzo leggermente diverso, favorevole ad inserire tra le fonti integratrici/sostitutive anche gli atti amministrativi, purchè la legge formale provveda a predeterminare dei criteri direttivi. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 36 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 48 ss. Cass., 28 ottobre 1992, n. 11703, in *Giust. civ. mass.*, 1992, 10;

dell'autonomia privata, esso manifesta plasticamente la supremazia della norma inderogabile sull'autonomia privata: è *esso stesso* l'inderogabilità della legge²⁰¹.

Riguardando la casistica giurisprudenziale, il procedimento di inserimento e/o sostituzione automatica di clausole individuato dall'art. 1339 c.c. ha trovato diretta applicazione giudiziale, nella disciplina del rapporto, a proposito della quantificazione della retribuzione del vettore in regime di determinazione legale delle tariffe di trasporto di merci²⁰², nella determinazione dei limiti massimi di orario in vigore del d. lvo. n. 692/1923²⁰³, nella qualificazione del lavoro eccedente l'orario normale come straordinario²⁰⁴, a proposito della durata del periodo formativo annesso al contratto di formazione lavoro²⁰⁵, e, ancora di recente, della conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato per mancata valutazione dei rischi alla sicurezza del prestatore²⁰⁶, in combinato disposto con l'art. 1419

Cass., 7 gennaio 1997, n. 42, in *Foro it.*, 1997, I, p. 795, sulla determinazione delle tariffe di trasporto di merci su strada. *Contra* Cass., 23 febbraio 1998, n. 1926, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 407, sulla legittimità di un corrispettivo inferiore alle tariffe provinciali per i lavori di facchinaggio ai sensi della l. n. 407/1955.

²⁰¹ Ma non v'è chi non veda, proprio sulla base degli esempi sopra riportati tratti dalla giurisprudenza, come già l'etero-integrazione del contratto operata ai sensi dell'art. 1374 c.c. rappresenti essa stessa un fenomeno riconducibile, in senso lato, all'inderogabilità delle fonti eteronome sul contratto (individuale e collettivo). E poi, anche a prescindere dal carattere cogente o dispositivo della fonte eteronoma fatta oggetto dell'operazione integrativa, è la stessa disposizione codicistica a doversi qualificare come inderogabile, cosicché le parti (individuali e collettive) non potranno sottrarsi all'ingerenza delle fonti eteronome semplicemente dichiarando nel contratto di voler escludere qualsiasi effetto ulteriore ai sensi dell'art. 1374 c.c. *Contra*, per la derogabilità della norma sembra schierarsi invece P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 539.

²⁰² Cass., 28 ottobre 1992, n. 11703, cit.; Cass., 7 gennaio 1997, n. 42, cit.

²⁰³ Cass., 23 novembre 1992, n. 12489, *Giust. civ. mass.*, 1992, 11, in ipotesi di determinazione dell'orario normale da parte di un contratto collettivo in misura superiore al massimo legale previsto dalle norme del r.d. n. 692/1923. Non sarebbe invece ammissibile invocare l'art. 1339 c.c. per ottenere effetti diversi dalla mera sostituzione della clausola contrattuale con norma di legge imperativa, come ad esempio il passaggio ad una distribuzione dell'orario settimanale ritenuta più favorevole: cfr. Cass., 19 dicembre 1992, n. 13459, in *Giust. civ. mass.*, 1992, 12; Cass., 9 novembre 1998, n. 11264, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 2300.

²⁰⁴ Cass., 15 aprile 2002, n. 5380, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 647.

²⁰⁵ Stante la essenziale funzione formativa del contratto, la sua durata, parametrata all'impegno e all'obiettivo formativo da conseguire, non può essere inferiore a quella prevista dal piano approvato dalla Commissione regionale: Cass., 19 febbraio 1996, n. 1266, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 378; Cass., 22 gennaio 1999, n. 619, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 364, nt. di P. MORGERA.

²⁰⁶ In materia di lavoro a tempo determinato, l'art. 3 del d.lvo. n. 368/2001 sancisce il divieto di stipulare contratti di lavoro subordinato a termine per le imprese che non abbiano effettuato la

comma 2° c.c. Peraltro, la stessa giurisprudenza si mostra piuttosto rigorosa nel circoscrivere l'ambito di applicazione del meccanismo integrativo/sostitutivo previsto dalla norma ai soli casi in cui la fonte eteronoma oggetto di inserimento nel contratto rivesta natura *legale* (o amministrativa, purchè però la norma di legge determini in maniera precisa un criterio direttivo cui il provvedimento deve attenersi); sembra invece da escludere la possibilità di trarre dall'art. 1339 c.c. un argomento, anche indiretto, a sostegno dell'estensione soggettiva del contratto collettivo di diritto comune, richiamando la disposizione codicistica in combinato disposto con altre norme recanti clausole sociali quali l'art. 36 dello Statuto²⁰⁷; ed inoltre, la stessa disposizione da ultimo citata non sarebbe suscettibile di «efficacia reale», od inserimento automatico nel contratto per effetto del meccanismo previsto

valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori. Tale disposizione, secondo la giurisprudenza, costituisce norma imperativa, la cui *ratio* è diretta alla più intensa protezione dei lavoratori rispetto ai quali la flessibilità d'impiego riduce la familiarità con l'ambiente e gli strumenti di lavoro. Pertanto, «ove il datore di lavoro non provi di aver provveduto alla valutazione dei rischi prima della stipulazione, la clausola di apposizione del termine è nulla e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.»: Cass., 2 aprile 2012, n. 5241, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 11 (s.m.), nt. di L. DE ANGELIS.

²⁰⁷ Tale disposizione prevede che nei capitolati di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche (e nelle concessioni di pubblico servizio, a seguito di Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2423 ss.), e nei provvedimenti di concessione di benefici di legge a favore di imprenditori, debba essere inserita una clausola esplicita «determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona». Si tratta di una disposizione rivolta da un lato alla fiscalizzazione degli oneri contributivi, e, contemporaneamente, a favorire un'estensione indiretta del contratto collettivo, in funzione dell'effettività della tutela delle condizioni di lavoro. Cfr. in particolare S. CENTOFANTI, in *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, cit., p. 1210 ss.; F. MANCINI, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., p. 547 ss.; R. BORTONE, in *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, Milano, 1979, p. 647 ss. Altre disposizioni dirette alla fiscalizzazione degli oneri contributivi si rinvencono anche nella legislazione speciale successiva: cfr. ad esempio l'art. 1 della l. n. 502/1978, o l'art. 1 della l. n. 102/1977. Si tratta in ogni caso di una clausola a favore di terzi, i lavoratori, che a seguito dell'inserimento della clausola nel capitolato divengono titolari di un autonomo «diritto soggettivo non all'applicazione diretta di tutto il contratto collettivo di categoria, bensì al rispetto del trattamento minimo previsto dal suddetto contratto»: Cass., 25 luglio 1998, n. 7333, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 1591.

E tuttavia, va avvertito come altra giurisprudenza ritenga, discutibilmente, che nel caso in cui il datore abbia comunque ottenuto la fiscalizzazione degli oneri sociali, sul presupposto dell'applicazione del contratto collettivo di settore, la concessione del beneficio potrebbe costituire indice dell'applicabilità del contratto collettivo invocato dai lavoratori: Cass., 4 settembre 2003, n. 12915, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2718.

dall'art. 1339 c.c., almeno secondo un principio affermatosi sia nella giurisprudenza di merito che di legittimità²⁰⁸.

Ma la disposizione che maggiormente ha interessato la dottrina e la giurisprudenza nella determinazione eteronoma della disciplina del rapporto di lavoro è senza dubbio l'art. 1419 c.c.

Questa norma, rubricata «nullità parziale», in realtà non definisce cosa debba intendersi con tale inciso, ma presuppone (questo almeno si ricava da una prima lettura dei suoi due commi) il contrasto insanabile tra una clausola del contratto ed una disposizione imperativa di legge²⁰⁹. La dottrina civilistica propone generalmente una lettura più articolata della disposizione, che andrebbe scomposta nei suoi due commi, riconducibili a due fenomeni giuridici ben distinti: il primo, alla nullità parziale oggettiva del contratto, ovvero ad un vizio che minaccia la validità stessa dell'accordo e impone la scelta tra la sua conservazione e la sua eliminazione dal mondo giuridico; il secondo, (ancora) ad una forma di etero-integrazione del contratto, attraverso la quale, sostituendosi di diritto la clausola invalida con una disposizione di legge, si esclude *ex ante* che possa porsi la questione della propagazione all'intero contratto del vizio parziale²¹⁰.

²⁰⁸ In altre parole, in mancanza di effettivo inserimento della clausola sociale nel contratto pubblico, i lavoratori non potrebbero rivendicare il beneficio dell'estensione dei minimi salariali per effetto del combinato disposto tra l'art. 1339 c.c. e l'art. 36 dello Statuto o altra disposizione di legge speciale: Cass., 5 giugno 1997, n. 5027, in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, p. 231; Cass., 23 aprile 1999, n. 4070, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 927; Cass., 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 1, secondo cui, peraltro, non sarebbero legittimati ad esigerne il rispetto nemmeno gli organismi previdenziali previsti dall'autonomia collettiva (segnatamente, le Casse edili), cui non sia riconoscibile le qualità di mandatarî dei lavoratori stessi; App. Venezia, 11 gennaio 2007, in *Lavoro nella giur. (II)*, 2007, p. 1258; App. Torino, 15 luglio 2002, in *Giur. piemontese*, 2003, p. 363 (s.m.). Secondo parte della dottrina, R. BORTONE, in *Lo Statuto dei lavoratori: commentario*, diretto da G. GIUGNI, cit., p. 649, in caso di mancato inserimento della clausola nel provvedimento amministrativo di concessione dei benefici, questo sarebbe annullabile dal giudice amministrativo su ricorso dei lavoratori interessati.

²⁰⁹ Beninteso, la nullità parziale del contratto potrà discendere anche dall'*illiceità* della clausola, o dall'insieme delle clausole considerate (qualora queste integrino una pattuizione accessoria), secondo le previsioni sulla nullità del contratto in generale di cui all'art. 1418 c.c., in quanto applicabili.

²¹⁰ Cfr. in particolare, M. RABITTI, *Sub art. 1419*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 590, che così inquadra le questioni relative alla nullità parziale del contratto: «Il giudizio sulla nullità parziale oggettiva ha riguardo all'ipotesi in cui la causa di nullità colpisca, non l'intero regolamento contrattuale, ma solo una o più clausole del contratto o un segmento del contratto ... Ciò che si richiede è una valutazione di compatibilità della modifica del

La stessa dottrina avverte come i due commi dell'art. 1419 c.c. definiscano i rapporti tra l'autonomia privata e la legislazione in termini molto diversi, collocandosi in due prospettive di politica del diritto tra loro antitetice.

Rispondendo ad un'esigenza di conservazione della volontà negoziale – che sarebbe frustrata se la nullità della clausola si propagasse *automaticamente* all'intero contratto – l'art. 1419 c.c., nel suo primo comma, prevede come regola generale il mantenimento della parte residua del contratto non affetta da nullità: questa rappresenta la regola generale²¹¹ in caso di invalidità di una parte²¹² del contratto. A meno che, e sempre in un'ottica di salvaguardia della volontà *oggettiva*²¹³ dei privati

contratto con la causa concreta di esso, dovendosi accertare se la modifica abbia avuto importanza determinante tenendo conto dell'interesse delle parti».

²¹¹ In questo senso è decisamente orientata la giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Cass., 26 maggio 2008, n. 13561, in *Giust. civ.*, 2009, 2, I, 414; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 12; Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1279.

Tra le pronunce della sezione lavoro, si segnala, a proposito dell'applicazione della nullità parziale al contratto collettivo, Cass., 16 novembre 1996, n. 10050, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 11, secondo cui «per il principio della conservazione del contratto, che costituisce la regola nel sistema del codice civile, l'estensione all'intero contratto degli effetti della nullità deve essere provata rigorosamente dalla parte interessata la quale, all'uopo, è tenuta a dimostrare che la clausola colpita da nullità non ha esistenza autonoma, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità».

²¹² Cfr. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit. p. 719 ss. La giurisprudenza è generalmente orientata ad identificare la «clausola» nel «precetto dell'autonomia privata, inserito in un contratto, che la legge non considera scindibile nelle sue proposizioni, sicché, salva diversa disposizione, nel caso di nullità di una clausola per vizio di una parte di essa, la sostituzione – prevista dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., vedi *infra* nella trattazione – della norma imperativa deve avvenire rispetto all'intera clausola contrattuale e non già mediante la trasfusione di una parte soltanto della norma in quella parte della clausola che ne determina la nullità»: così, *ex multis*, Cass., 24 marzo 1979, n. 1721, in *Giust. civ. mass.*, 1979, 3; Cass., 18 ottobre 1982, n. 5384, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 9; Cass., 2 dicembre 1982, n. 6575, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 12; Cass., 16 febbraio 1983, n. 1184, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 2; Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Foro it.*, 1988, I, p. 170.

²¹³ Osserva M. RABITTI, *Sub art. 1419*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 594 ss., come il tenore letterale del primo comma dell'art. 1419 c.c. abbia a lungo favorito un'interpretazione in chiave volontaristica della disposizione, di cui si troverebbero ancora echi nella giurisprudenza civilistica più recente. Nella dottrina meno recente, cfr. ad esempio G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 235 ss., assai sensibile al dogma volontaristico, era sorto quindi un incerto dibattito se si dovesse ricostruire la volontà ipotetica o reale dei contraenti al momento della conclusione del contratto. Altra dottrina, preso atto dell'impossibilità di addivenire ad una soluzione interpretativa soddisfacente partendo da un presupposto volontaristico, cfr. in particolare V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., e in tempi più recenti A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 65 ss., ha proposto quindi una lettura assai diversa della disposizione, più coerente con i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto che lo stesso codice civile del 1942 aveva affermato come limiti interni entro cui ricondurre, anche in sede interpretativa della volontà privata, l'autonomia negoziale.

contraenti, la parte interessata (allo scioglimento del vincolo negoziale) possa offrire la prova che la clausola viziata fosse stata essenziale a determinarne il consenso, nel senso che la permanenza nel mondo giuridico del negozio, amputato di quella parte contrastante con la legge, risulterebbe non più soddisfare l'interesse economico per cui il contratto era stato concluso²¹⁴: in questo caso, diversamente dalla regola generale, la nullità parziale si estende all'intero contratto, comportandone l'eliminazione dal mondo giuridico (con conseguente liberazione di entrambe le parti da ogni vincolo obbligatorio).

Secondo questa più moderna lettura della disposizione, condivisibile perchè impedisce eventuali abusi, deve escludersi ogni possibilità di evocare strumentalmente la volontà dei privati contraenti al solo fine di «mantenere in piedi un contratto che nulla ha a che vedere con l'assetto originario degli interessi ovvero, simmetricamente, ... di ... “recedere” da un contratto che con quell'assetto sia coerente»: A. D'ADDA, *ult. op. loc. citt.* La “volontà” dei privati contraenti va ricostruita quindi in termini rigorosamente oggettivi, economici, escludendo la rilevanza di qualsiasi inclinazione personale o convinzione soggettiva che pure possa aver avuto un qualche ruolo nella scelta di contrarre, ma risulti estranea alla causa del negozio giuridico che residua all'amputazione legale della clausola. Piuttosto, l'attenzione va incentrata sulla rispondenza della causa del contratto residuo con l'interesse economico attuale delle parti: solo dall'accertamento positivo del contrasto tra questi due elementi potrà ammettersi l'estensione della nullità parziale all'intero contratto, con conseguente eliminazione di questo dal mondo giuridico.

Secondo una massima ormai consolidata nella giurisprudenza, «in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio di conservazione deve escludersi solo quando la clausola, e il patto nullo, si riferiscono ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto d'interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo»: in questi termini, Cass., 19 aprile 1982, n. 2411, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 4, in un caso di cessione di un'autorimessa senza la relativa licenza; Cass., 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438, e Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, in *De iure on line*, in casi di cessione di immobile sprovvisto di concessione edilizia; Cass., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Studium Juris*, 2001, p. 716, in caso di nullità di una clausola inserita da un contraente in un contratto predisposto dall'altro mediante un modulo prestampato; Cass., 19 luglio 2002, n. 19536, cit., in una controversia sorta a proposito di contratto per la riscossione di imposte locali; Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 5, in ipotesi di contratto complesso di cessione di partecipazioni societarie e assunzione di debiti indeterminati nell'oggetto; Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6, in una controversia relativa alla nullità di più domiciliazioni successive.

²¹⁴ Diverso problema, che la dottrina si pone principalmente in relazione alle conseguenze derivanti dal contrasto con una norma imperativa sopravvenuta, ma che interessa direttamente il discorso che si va conducendo sull'importanza della “volontà” negoziale, concerne per l'appunto il caso della nullità parziale sopravvenuta. Potrà anche in questo caso ragionarsi in termini di rispondenza della parte di contratto che residua rispetto alle esigenze economiche delle parti, oppure, per ragioni di equità, dovranno ammettersi rimedi diversi? Parte della dottrina, cfr. ad esempio F. MESSINEO, (voce) *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 944, ed alcune decisioni risalenti *ivi* richiamate propendono per la risoluzione del contratto. Altra dottrina, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 53, e la giurisprudenza più recente, Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Banca borsa*, 2000, II, p. 620, sembrano invece ammettere l'effetto sostitutivo.

Completamente diversa è la prospettiva tracciata dal secondo comma della disposizione. Questo, richiamando quel meccanismo di sostituzione automatica della clausola invalida con una disposizione imperativa di legge, previsto in via generale dall'art. 1339 c.c., esclude a monte che possa discutersi della validità del contratto per la propagazione all'intero negozio della nullità parziale²¹⁵. Lungi dal considerare come preminente l'esigenza di conservazione della volontà – pure oggettivata – dei contraenti, che difatti rimane del tutto estranea all'inciso normativo, il secondo comma si premura piuttosto di assicurare la realizzazione coattiva di quell'assetto di interessi ritenuto giusto, meritevole di tutela, dall'ordinamento giuridico, eventualmente anche *contro* la volontà privata: ove operi la sostituzione legale della clausola – dice in sostanza la norma – nessuna delle parti potrà opporre la nullità parziale all'adempimento del contratto come imperativamente modificato, invocando il meccanismo previsto dal primo comma²¹⁶. La *ratio* della norma va quindi ricercata nella realizzazione coattiva di quell'assetto di interessi ritenuto dall'ordinamento meritevole di protezione attraverso il ricorso a disposizioni imperative, ovvero nella protezione del contraente debole cui la disciplina inderogabile è diretta²¹⁷.

Il rapporto di lavoro costituisce, non a caso, uno dei banchi di prova più interessanti dell'applicazione pratica dell'art. 1419 c.c. Una delle prime questioni che la norma pone, vista l'evidente distonia tra il primo e il secondo comma, e che nel diritto del lavoro – integrato per la maggior parte da precetti inderogabili – viene particolarmente sollecitata, consiste, come dovrebbe essere stato ormai chiarito,

²¹⁵ «La nullità di singole clausole *non importa* la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». Come si vede, nessun riferimento viene fatto alla volontà reale o presunta dei contraenti, ma si fa riferimento unicamente alla sostituzione di diritto – attraverso il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. – della clausola nulla: in questo caso, del tutto peculiare, il conflitto tra autonomia privata ed eteronomia si risolve a tutto vantaggio della seconda.

²¹⁶ Come osserva M. RABITTI, *Sub art. 1419*, cit., p. 598, «a determinare la prevalenza della legge sull'autonomia privata è la natura generale degli interessi protetti ... L'esigenza di assicurare tutela agli interessi in gioco fa sì che divenga irrilevante dimostrare che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte che è colpita da nullità».

²¹⁷ E proprio per questo la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1419 c.c. è da ricondurre, secondo la dottrina, non alla nullità parziale del contratto ma all'integrazione legale del contratto: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 53.

nell'esatta individuazione dello spazio di operatività dell'uno e dell'altro comma: posto che, in ipotesi, l'assetto di interessi determinato dal contratto individuale contrasti – in senso sfavorevole per il prestatore di lavoro – con una norma di legge imperativa, *rectius* inderogabile, è ancora possibile argomentare per lo scioglimento dal vincolo contrattuale a partire dall'essenzialità della clausola nulla?

La risposta, qualora *possa* farsi applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c., pare abbastanza scontata. Se nell'ordinamento si rinviene una norma «imperativa» nel senso sotteso dalla disposizione codicistica, ovvero passibile di inserimento automatico in sostituzione della clausola negoziale²¹⁸, questa operazione è di per sè sufficiente a scongiurare *ex ante* la nullità parziale. In questo caso dovrà semplicemente farsi applicazione del secondo comma, quindi nemmeno si potrà impostare, per ragioni di priorità logica, la questione della conservazione della volontà negoziale cui è preposto il primo comma dell'art. 1419²¹⁹.

Nella casistica giurisprudenziale, oltre alle ipotesi già segnalate di rinvio esplicito all'art. 1339 c.c. (anche in funzione sostitutiva di clausole), richiami espressi al procedimento, di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., di sostituzione della clausola invalida²²⁰ si rinvencono, ad esempio, nei casi di esclusione dal

²¹⁸ Esattamente, una norma «*inderogabile*»: altra conferma indiretta del convincimento di chi scrive secondo cui il fondamento della categoria generale non va ricercato tanto nell'indisponibilità o nella natura dell'interesse protetto, quanto nei suoi meccanismi di funzionamento.

²¹⁹ Come è stato sottolineato anche da un recente saggio sull'applicazione dell'art. 1419 c.c. alla fattispecie del contratto a termine privo di causale giustificativa – F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT* - n. 85/2009 – risulta infatti evidente la precisa gerarchia posta dal codice tra la sostituzione automatica di clausole (art. 1419, comma 2, c.c.) e la nullità parziale (art. 1419, comma 1, c.c.).

²²⁰ Anche di matrice collettiva; anzi, da un punto di vista prettamente statistico, si può rilevare come la maggior parte dei casi di contrasto tra disposizioni inderogabili e clausole negoziali che abbiano interessato la giurisprudenza, fosse originata proprio da contratti collettivi (e non solo aziendali). Non a caso – ma si tratta di un'impressione raccolta dalla mera consultazione occasionale di massimari e banche dati, non suffragata da precisi dati numerici, e poi (anche se l'impressione fosse esatta) non sempre i numeri sono buoni amici dei giuristi! – con il cambiamento di prospettiva nei rapporti tra legge e contratto collettivo manifestatosi a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, e poi dilagante nei decenni Novanta e Duemila, verso una maggiore “compartecipazione”, in funzione prima integrativa e poi derogatoria del primo rispetto al precetto legale, si nota una certa diminuzione dei richiami, in sede giudiziale, delle disposizioni codicistiche sulla nullità parziale. Una diminuzione quantitativa di quel tipo di contenzioso accompagnata però dalla sua contemporanea concentrazione nell'area dei rapporti flessibili, dove è l'autonomia individuale, o meglio, il non corretto utilizzo delle

computo dell'anzianità lavorativa del periodo di prestazione del servizio militare²²¹, di mancato riconoscimento di maggiorazioni retributive dovute in base alla disciplina (oggi superata) dell'art. 2108 c.c. sullo straordinario²²², di violazione del principio della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.²²³, di esclusione nel contratto del periodo di preavviso in caso di licenziamento²²⁴; ed ancora, di clausole contenenti termini di decadenza per il lavoratore più ristretti di quelli previsti all'art. 2113 c.c.²²⁵, o che prevedevano l'esclusione di voci retributive dal computo dell'indennità di anzianità in violazione degli artt. 2120 e 2121 c.c. (nella disciplina previgente alla l. n. 297/1982)²²⁶, o disciplinanti la malattia del prestatore in modo da escludere che la sua insorgenza potesse interrompere il decorso delle ferie ai sensi dell'art. 2109 c.c. (nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 616 del 1987)²²⁷. In tutti questi casi, la presenza di una disposizione imperativa, contenente una regola *idonea a sostituirsi* alla difforme

forme flessibili di impiego, ad offrire le maggiori occasioni di applicazione giudiziale dei meccanismi operativi della disciplina inderogabile, spesso "composta" da un tutt'uno tra legge e contratto collettivo.

²²¹ *Ex multis*, Cass., 28 novembre 1981, n. 6373, *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 210; Cass., 10 aprile 1987, n. 3577, in *Notiziario giur. lav.*, 1987, p. 449.

²²² Cfr. ad esempio Cass., 4 dicembre 1982, n. 6615, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 12; Cass., 22 gennaio 1987, n. 586, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 1; Cass., 23 novembre 1989, n. 5024, in *Giust. civ. mass.*, 1989, 11.

²²³ In materia di retribuzione un espresso richiamo all'art. 1419 c.c. si ritrova in Cass., 8 agosto 1987, n. 6823, *Giust. civ. mass.*, 1987, 7-8; Cass., 1° febbraio 2006, n. 2245, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 2. Più frequentemente la giurisprudenza si richiama all'etero-integrazione equitativa del contratto *ex art.* 1374 c.c. o alla regola della determinazione giudiziale della retribuzione in mancanza di accordo, di cui all'art. 2099 c.c.

²²⁴ Cass., 6 agosto 2002, n. 11791, in *Notiziario giur. lav.*, 2003, p. 28.

²²⁵ Nello specifico, di una clausola di un contratto collettivo che prevedeva un termine di decadenza per l'esercizio di pretese aventi ad oggetto prestazioni salariali inferiore a quello prefissato dall'art. 2113 c.c., e dunque sostituito da questo: Cass., 4 marzo 1983, n. 1604, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 116.

²²⁶ Cfr. *ex multis*, Cass., 28 maggio 1982, n. 3297, in *Giust. civ. mass.*, 1982, 5; Cass., 19 maggio 1982, n. 3100, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 407; Cass., 26 maggio 1986, n. 3552, in *Rass. giur. Enel*, 1986, p. 1009; Cass., 14 luglio 1988, n. 4621, in *Giust. civ. mass.*, 1988, 7; Cass., 10 marzo 1990, n. 1965, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 850; Cass., 15 settembre 1995, n. 9737, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 9; Cass., 23 gennaio 1999, n. 645, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1; Cass., 30 ottobre 2002, n. 15360, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1867; Cass., 11 marzo 2005, n. 5362, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1.

²²⁷ Cass., 8 novembre 1996, n. 9762, *Lavoro nella giur. (II)*, 1997, p. 515.

clausola contrattuale, consente alla giurisprudenza di operare con il procedimento previsto dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., conservando, per il resto, l'assetto contrattuale prefissato dalle parti²²⁸.

Senonchè, il quadro si complica un poco considerando come non sempre il contrasto con una norma imperativa possa essere "risolto" semplicemente attraverso la sostituzione della clausola viziata, con applicazione piana del meccanismo previsto dal secondo comma dell'art. 1419 c.c.: è quanto può verificarsi, ad esempio, in caso di mancanza di un requisito di validità (formale o sostanziale) di un patto accessorio al contratto di lavoro, quale il patto di non concorrenza²²⁹ o il patto di prova²³⁰, o in ipotesi di inserimento nel contratto di lavoro, individuale o collettivo (o nel bando per l'assunzione tramite procedura concorsuale²³¹) di una clausola apertamente contrastante con una norma imperativa contenente però solo un divieto per l'autonomia privata, e non un precetto suscettibile di immediato inserimento nel contratto²³². In tutti questi casi, non esiste *propriamente* una diversa regola, espressa

²²⁸ In costanza della vecchia disciplina sul contratto a termine contenuta nella legge 18 aprile 1962, n. 230, la mancanza della ragione giustificativa del termine costituiva un altro esempio ricorrente dell'applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c.: cfr., *ex multis*, Cass., 13 maggio 1983, n. 3293, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 5; Cass., 12 marzo 1986, n. 1671, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 3; Cass., 9 novembre 1995, n. 11671, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 11.

²²⁹ Cass., 30 dicembre 2009, n. 27839, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 1766, con riferimento al patto stipulato da un agente di commercio eccedente la zona e la clientela di sua competenza, in violazione dell'art. 1751 *bis* c.c.

²³⁰ Cass., 24 agosto 1991, n. 9101, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 8; Cass., 14 aprile 2001, n. 5591, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 794.

²³¹ Si è fatta questione della legittimità, con esiti favorevoli ai lavoratori esclusi, di clausole che prevedevano l'esclusione dalle procedure selettive di soggetti aventi un titolo di studio superiore a quello richiesto dal bando: ad esempio, v. Cass., 14 febbraio 1983, n. 1137, e Cass., 19 febbraio 1983, n. 1280, entrambe in *Giust. civ. mass.*, 1983, 2; di clausole del bando che escludevano soggetti legati a dipendenti della datrice da vincoli di coniugio o parentela: Cass., 16 novembre 1985, n. 5650, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 338; si ritiene, invece, che invalidi l'intero bando di concorso, la clausola che limiti la partecipazione al concorso stesso ai figli di dipendenti ed *ex* dipendenti, subordinando l'assunzione dei primi, ove vincitori, alla preventiva cessazione del rapporto di lavoro dei congiunti: Cass., 8 marzo 1991, n. 2430, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 3; Cass., 9 marzo 2012, 3831, in *Foro it.*, 2012, 6, I, p. 1786.

²³² Esemplificativa dell'operare concreto della nullità parziale nel contratto di lavoro è la previsione, nel contratto individuale, dell'impegno del prestatore di eseguire personalmente un'opera alle dipendenze di un imprenditore, con l'ausilio di operai da esso assunti e retribuiti direttamente: la violazione del divieto di interposizione (allora così definito dalla l. n. 1369/1960) con conseguente nullità della clausola, non rende nullo tutto il contratto, ma provoca l'eliminazione della clausola illecita e la conseguente imputazione *ex lege* degli altri rapporti di lavoro in capo all'imprenditore: Cass., 14 febbraio 1980, n. 1083, in *Giust. civ. mass.*, 1980, 2.

in una norma di legge, che sia idonea a sostituirsi a quella contrattuale viziata, ponendo una disciplina omogenea nell'oggetto ma diversa nei contenuti, così come prevede il secondo comma dell'art. 1419 c.c. La soluzione per la conservazione del contratto di lavoro, depurato dalla clausola o dal patto accessorio nullo²³³, viene quindi argomentata preferibilmente a partire dalla accessorietà dell'elemento espunto, la cui eliminazione dal contratto non sarebbe in grado di scardinare l'assetto di interessi complessivo voluto dalle parti²³⁴.

Ma vi sono ancora altri casi peculiari, che hanno pressochè monopolizzato il dibattito più recente sull'esistenza di una «via giuslavoristica»²³⁵ all'applicazione dell'art. 1419 c.c., in cui il contrasto tra l'autonomia privata e la disciplina eteronoma è originato dalla stipulazione di un contratto di lavoro c.d. flessibile, ovvero di un rapporto ricondotto negozialmente ad una figura diversa dal contratto di lavoro subordinato standard, a tempo pieno e indeterminato, e per la quale la legge richieda particolari requisiti formali o causali; requisiti che siano poi risultati – all'esito dell'accertamento svolto in giudizio – del tutto mancanti.

Le incertezze si manifestano quando la legge non determini espressamente le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei vincoli: *nulla quaestio* quando invece è la stessa disciplina legale a determinare la “sanzione” per la sua inosservanza²³⁶. La

Con riferimento al contratto collettivo, sono state dichiarate nulle dalla giurisprudenza (con conservazione della parte residua dell'accordo) ad esempio clausole che subordinavano alle esigenze aziendali la concessione dei permessi sindacali *ex art. 23 l. n. 300/1970*: Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, *Foro it.*, 1988, I, p. 170; o clausole che consentivano al datore di lavoro (nella fattispecie, un'azienda di trasporto aereo a partecipazione statale) di licenziare il dipendente colpito da sanzione penale per fatti commessi al di fuori del rapporto di lavoro, per contrasto con l'art. 8 dello Statuto che consente solo la valutazione dell'attitudine professionale del dipendente e non invece un riferimento generale alla personalità ed all'eticità del soggetto: Cass., 13 dicembre 1985, n. 6317, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1037.

²³³ Ecco dunque casi concreti di applicazione giurisprudenziale al contratto di lavoro subordinato del primo comma dell'art. 1419 c.c.

²³⁴ Ma non sempre i giudici motivano richiamando espressamente la regola del primo comma. Si tratta più spesso di un ragionamento retrostante alla decisione.

²³⁵ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 182.

²³⁶ Ad esempio, nella disciplina vigente del contratto a termine, contenuta nel d. lvo. n. 368/2001, attuativo della direttiva 1999/70/CE, l'assunzione ripetuta di uno stesso lavoratore con questa tipologia contrattuale senza il rispetto degli intervalli previsti dalla legge tra un contratto e l'altro o addirittura senza alcuna soluzione di continuità, è sanzionata *espressamente* dall'art. 5 con la

questione si è presentata con drammatica ricorrenza agli onori della giurisprudenza a proposito della vecchia disciplina sul lavoro a tempo parziale contenuta nell'art. 5 del d. l. n. 726/1984, convertito con modificazioni nella l. n. 863/1984²³⁷, e della

“conversione” a tempo indeterminato del rapporto (dall'ultimo contratto nel primo caso, sin dal primo contratto nel secondo). Nella disciplina vigente del lavoro a tempo parziale, contenuta nel d. lvo n. 61/2000, attuativo della direttiva 97/81/CE, la mancata pattuizione per iscritto di alcuni elementi essenziali del contratto (riduzione dell'orario, durata della prestazione e sua distribuzione) comporta le conseguenze previste dall'art. 8 (rispettivamente, accertamento di un rapporto a tempo pieno, su richiesta del lavoratore nel primo e nel secondo caso, integrazione “giudiziale” del contratto con risarcimento del danno sofferto dal lavoratore nel terzo).

Un caso a parte è rappresentato dalla presunzione di sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato nel caso di mancata individuazione del progetto, ai sensi dell'art. 69 d. lvo n. 276/2003, che dispone, nel primo comma: «I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto».

La norma, in realtà, è sin troppo chiara nel prevedere quale sia la conseguenza da ricondurre alla mancata specificazione del progetto (inizialmente anche del programma o della fase di esso, riferimenti poi espunti dalla Riforma Fornero). Senonchè la disposizione aveva scatenato un acceso dibattito sulla sua stessa legittimità costituzionale, sia per eccesso di delega, sia per contrasto con i principi di eguaglianza e diritto alla difesa, qualora si fosse dovuta interpretare come contenente una presunzione *assoluta* di subordinazione (*contra* l'indicazione della Circolare ministeriale n. 251/2004). Può rimandarsi, per una rassegna delle diverse posizioni, G. SANTORO PASSARELLI, (voce) *Lavoro a progetto*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 671 ss. In giurisprudenza si segnalano in particolare Trib. Torino, 5 aprile 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, p. 235 ss., Trib. Ravenna, 25 ottobre 2005, in *Giust. civ.*, 2006, 7-8, I, p. 1605, nt. M. EMANUELE; Trib. Genova, 5 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, II, p. 40, nt. S. BARTALOTTA, a favore della presunzione semplice; Trib. Milano, 5 febbraio 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 809, nt. F. CHIANTERA; Trib. Milano, 28 giugno 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 3, p. 456, per una lettura della norma in chiave sanzionatoria.

Sul punto è intervenuta di recente la Riforma Fornero, chiarendo definitivamente (ma sulla scelta dell'avverbio è “lecito” dissentire) con norma di interpretazione autentica – l'art. 1 comma 24 l. n. 92/2012, peraltro applicabile, e questa sembra già un'incongruenza per una norma “interpretativa”, solo ai contratti di collaborazione stipulati successivamente alla data in vigore della legge di riforma – come l'art. 69 debba interpretarsi «nel senso che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce *elemento essenziale di validità* del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

La scelta di campo a favore della presunzione assoluta va condivisa, in una con una lettura in chiave sanzionatoria della disposizione, rubricata, non a caso, «*divieto* di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e *conversione* del contratto». La legge è coerente nel prevedere delle precise condizioni di accesso al tipo contrattuale del lavoro a progetto; in mancanza delle quali, qualsiasi collaborazione coordinata e continuativa che non rientri nelle esenzioni legali espresse, deve ritenersi elusiva della disciplina inderogabile prevista per il lavoro subordinato. Cfr. in particolare G. FERRARO, *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 136-137. Chiaramente, perchè scatti la presunzione, deve sempre trattarsi di un rapporto che presenti l'elemento della collaborazione, resa continuativamente da una persona fisica sprovvista di una propria organizzazione di personale: una prestazione resa da un imprenditore individuale o da un professionista nell'esercizio della sua attività (e salve le diverse presunzioni di coordinazione previste dall'art. 69 *bis* del decreto), non pone nemmeno, concretamente, il problema della qualificazione.

²³⁷ Tanto prevedeva a proposito del *part time* il secondo comma dell'art. 5, d.l. n. 726/1984, conv. con modificazioni in l. n. 863/1984: «Il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto. In esso devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Copia del contratto deve essere inviata entro trenta giorni al competente

disciplina del contratto a termine, contenuta nell'art. 1 del d. lvo n. 368/2001²³⁸, soprattutto prima delle modifiche operate dalla l. n. 247/2007²³⁹.

A porsi, in questi due casi, è l'alternativa secca tra l'applicazione del primo o del secondo comma dell'art. 1419 c.c.²⁴⁰, ovvero tra la nullità del contratto²⁴¹, con

ispettorato provinciale del lavoro». Ma quale fosse la conseguenza della mancanza della stipulazione del contratto in forma scritta (o della mancata indicazione della distribuzione oraria della prestazione), la norma non lo precisava.

²³⁸ L'art. 1 comma 1 d. lvo. n. 368/2001, nella sua formulazione originaria, prevedeva: «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Non erano però disciplinate, nemmeno in questa fattispecie, le conseguenze della mancanza della ragione giustificativa; a differenza, ad esempio, della carenza della forma scritta, implicante sicuramente, in base alla lettera del secondo comma, l'inefficacia della clausola del termine.

Alcuna dottrina, per supplire alla mancanza di una regola generale come quella prevista dalla precedente normativa sul contratto a termine, di cui alla l. n. 230/1962 – «il contratto di lavoro si reputa a tempo determinato, salvo...» le eccezioni previste tassativamente dalla legge – aveva così provato a ricondurre sotto la disciplina del secondo comma anche l'ipotesi della mancanza della ragione giustificativa: così S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368/2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 478. *Contra*, altra dottrina osserva, conclusivamente, come il testo della legge fosse invece molto chiaro nel distinguere le due diverse ipotesi della mancanza sostanziale e della carente specificazione formale della ragione giustificativa: F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, cit., p. 3. Su questa linea si attesta anche la giurisprudenza *ivi* citata.

²³⁹ L'art. 1 comma 39 l. n. 247/2007 premette infatti al primo comma un comma 01 di questo tenore: «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo determinato». Disposizione poi sostituita dall'art. 1 comma 9 lett. a) l. n. 92/2012 dall'attuale formulazione: «Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Il che non dovrebbe comunque far ritenere mutata la *ratio* della norma, ossia l'individuazione del contratto a tempo indeterminato come “regola generale” e il contratto a tempo determinato come “eccezione”. Chiaro in tal senso è l'art. 1 comma 1 lett. a) della l. n. 92/2012, dove tra gli obiettivi della riforma si indica precisamente quello di favorire «l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e [ribadire] il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto «contratto dominante», quale forma comune di rapporto di lavoro».

Peraltro, già in costanza del primo intervento manipolativo del legislatore nel 2007, e soprattutto a seguito della Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 13/2008, in dottrina si erano levate voci assai autorevoli in senso fortemente dubitativo circa l'impatto chiarificatore delle modifiche: cfr. in particolare A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 298; G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 358 ss. A favore invece di una presunzione di conversione del contratto v. G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 658; T. VETTORI, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 268/2001 e successive modifiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 605 ss.

²⁴⁰ A ben vedere, in merito alle conseguenze della mancanza sostanziale della ragione giustificativa del termine, si segnalano in dottrina anche altre interpretazioni, dirette per lo più a pervenire al medesimo risultato della “conversione” del rapporto a tempo indeterminato, argomentando però a partire da altre disposizioni del d. lvo. n. 368/01 o dai principi generali del sistema lavoristico: oltre a quella, già riferita di S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368/2001*, op. loc. cit., cfr. anche le posizioni di V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 408 ss. e ID., *La riforma del*

conseguente applicazione del regime di cui all'art. 2126 c.c.²⁴², stante la natura *essenziale* (reclamata dalla parte datoriale) delle clausole invalide relative alla riduzione dell'orario o alla previsione del termine di durata del rapporto, e la riconduzione del rapporto al tipo standard, così determinandosi – in senso atecnico – una “trasformazione”, o “conversione” del contratto flessibile (a orario ridotto o a tempo determinato) nel contratto di lavoro subordinato standard, a tempo pieno o indeterminato.

Con riferimento, in particolare, alla fattispecie del contratto a termine privo di causale, la prima soluzione viene argomentata semplicemente applicando al caso di specie la previsione di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c.: dal punto di vista datoriale, l'interesse alla conclusione di quel contratto si è determinata esclusivamente in ragione del suo inquadramento nel tipo legale individuato dalle parti; la conservazione del contratto, amputato di una clausola che è stata essenziale nella scelta della sua stipulazione, non può imporsi coattivamente contro la volontà di una delle parti del rapporto (il datore) senza contravvenire alla regola fondamentale della libertà negoziale di cui l'art. 1419 comma 1 c.c. si fa espressione. Oltretutto, la riconduzione del contratto «atipico» nullo al tipo standard non potrebbe qualificarsi come un principio generale dell'ordinamento, stante il diverso regime

contratto a tempo determinato, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 226 ss.; L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, 2002, c. 40 ss.; P. ICHINO, *Il contratto a termine*, in P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 421 ss.; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit. Per un'ampia trattazione critica delle diverse posizioni emerse in dottrina a seguito delle evoluzioni più recenti della materia può rinviarsi a F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, cit., pp. 8-16; alla luce delle modifiche operate dalla riforma Fornero v. anche L. MENGHINI, *Contratto a termine, nuove regole*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI-M. MISCIONE, Ipsa, 2012, p. 93 ss.

²⁴¹ Determinata dall'invalidità delle clausole “specializzanti”, di riduzione dell'orario o di fissazione di un termine di durata, rispettivamente per carenza della forma scritta e mancanza della causale, implicanti la nullità parziale del contratto.

²⁴² Pur sempre derogatorio della disciplina generale di cui all'art. 1418 c.c.

previsto dall'art. 36 del d. lvo. n. 165/2001 per il pubblico impiego ed avallato anche dalla Corte Costituzionale²⁴³.

Questa soluzione, non priva di un'apparente linearità, omette però di considerare come la “volontà negoziale” che il primo comma della disposizione si premura di ossequiare non possa affatto identificarsi nella volontà *sogettiva* di ciascun contraente, così esponendo la conservazione del contratto all'arbitraria scelta – dettata magari da convenienze sopravvenute – di ciascuna delle parti, ma debba identificarsi nella volontà *oggettiva* dell'operatore economico razionale²⁴⁴; il che esclude a monte qualsiasi rilevanza di motivazioni soggettive incontrollabili in giudizio, o di improbabili “inclinazioni personali” alla “flessibilità” del rapporto²⁴⁵, ed impone invece di incentrare l'attenzione sulla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti dalle parti²⁴⁶. Se il riferimento alla volontà contrattuale va inteso in questi termini oggettivati, allora la conservazione del

²⁴³ È la tesi sostenuta in particolare da A. VALLEBONA, *Il nuovo contratto a termine*, Cedam, Padova, 2001, p. 35 ss.; ID., *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 527 ss.; R. PESSI, *Tecniche normative e lavoro atipico*, in *Dir. lav.*, 2006 I, p. 11 ss.; M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano, 2008.

Anche in giurisprudenza si è formato un orientamento, a dire il vero minoritario, favorevole all'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c., letto in chiave “sogettiva”; si segnalano Trib. Roma, 27 maggio 2008, 12 marzo 2007 e 5 luglio 2007, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 772 ss., nt. A. VALLEBONA; Trib. Palermo, 6 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 395 ss., nt. M.L. VALLAURI; Trib. Roma, 24 novembre 2010, a quanto consta ancora inedita.

²⁴⁴ «L'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale – afferma una massima ricorrente della Cassazione – va condotta con criterio oggettivo, con riferimento alla perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti». Come si è già segnalato del resto, anche la più moderna dottrina civilistica è ormai pervenuta da tempo ad una lettura in chiave oggettiva, antielusiva, della disposizione: cfr. V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit.

²⁴⁵ Non v'è chi non veda, del resto, come l'inserimento della clausola del termine conceda al datore degli immediati vantaggi economici, primo tra tutti la necessità di non dover licenziare (nel qual caso esponendosi ai rischi e ai costi del probabile contenzioso). Ma l'*inderogabilità* della disciplina del licenziamento individuale imporrebbe di qualificare come *in frode alla legge* l'inserimento della clausola del termine – potrebbe parlarsi, propriamente, di «*torto marcio*» – che fosse motivato esplicitamente dallo scopo di eludere la normativa sui licenziamenti.

²⁴⁶ Questa posizione in dottrina sembra sostenuta, a quanto risulta, da S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 36 ss.; M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI-M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 79 ss.

contratto “convertito” nel tipo standard potrà escludersi soltanto qualora la sua permanenza giuridica debba ritenersi confliggente con gli interessi economici di ciascuna delle parti: ma nel caso peculiare del contratto a tempo determinato stipulato in mancanza di una esigenza tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva, *di natura temporanea* tale da integrare la causale oggettiva²⁴⁷, la permanenza del contratto “convertito” nel tipo standard non confligge affatto con l’interesse datoriale, ma anzi soddisfa perfettamente quell’esigenza realmente *stabile* di manodopera, che ne ha determinato la stipulazione²⁴⁸.

²⁴⁷ Si rammenta infatti come la ragione giustificativa del termine debba necessariamente individuarsi, a meno di non voler ritenere del tutto pleonastica la normativa sul contratto a termine, in un’esigenza di manodopera sempre di natura temporanea, anche se legata al *core* del ciclo produttivo o prevedibile o comunque non eccezionale: cfr. Cass., 11 maggio 2011, n. 10346, in *Dir. & Giustizia*, 2011, secondo cui «la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all’apposizione del termine resterebbero un mero *flatus vocis* ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare». Anche nella giurisprudenza di merito successiva all’introduzione del d. lvo. n. 368/2001, si è formato un robusto indirizzo a sostegno della natura necessariamente temporanea dell’esigenza connessa alla ragione giustificativa: cfr. App. Roma, 10 settembre 2012; Trib. Asti, 17 luglio 2007, Trib. Alba, 9 maggio 2007; Trib. Reggio Calabria, 29 gennaio 2007, tutte in *De Iure on line*; Trib. Milano, 20 luglio 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 3, p. 687; Trib. Reggio Calabria, 20 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, 1, I, p. 294; Trib. Foggia, 11 aprile 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 3, p. 728; App. Bari, 20 luglio 2005, *Foro it.*, 2006, 5, I, p. 1540. Mentre non risultano, a quanto consta, pronunce che abbiano espressamente affermato la possibilità di ricorrere a contratti temporanei a fronte di ragioni non solo prevedibili o comunque non eccezionali, ma del tutto stabili nel tempo: così argomentando infatti, contratto a termine e contratto a tempo indeterminato diventerebbero due ipotesi completamente fungibili. Cfr. anche M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto a tempo determinato*, in *Guida al Lavoro*, 2008, 2, p. 110.

²⁴⁸ Per onestà intellettuale e completezza del quadro interpretativo di riferimento, non può però sottacersi la riflessione proposta, a riguardo proprio della funzione economica del contratto a termine nell’ordinamento italiano, da G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010, v. in particolare pp. 53-63. L’Autore, analizzando il quadro sempre più frastagliato e composito degli strumenti contrattuali “flessibili” offerti dall’ordinamento, si domanda se sia ancora possibile «individuare con esattezza il fine *lato sensu* economico, cioè la reale funzione, che si intende assegnare al contratto di lavoro a termine». Proprio il sovrapporsi sempre più disordinato e caotico di fattispecie negoziali funzionalmente simili, vagamente ispirate all’incremento dei livelli occupazionali, avrebbe impedito «una seria specializzazione funzionale dell’istituto». Meglio avrebbe fatto il legislatore ad «optare per una soluzione che distinguesse nettamente la funzione originaria del contratto, cioè la soddisfazione di esigenze dell’impresa strutturalmente provvisorie, realizzabile mediante il riferimento alla misura europea delle «ragioni oggettive» adeguatamente specificate nel contratto; e la funzione di sperimentazione del personale, da assolvere attraverso le diverse misure europee di durata (temporale e numerica), opportunamente assistite da tecniche di incentivazione alla trasformazione del rapporto come quelle già utilmente sperimentate con i contratti di formazione». L’A. conclude, riguardo la funzione economica del contratto a termine, asserendo come «il contratto a termine appare, al momento, caratterizzato da una sorta di funzione ibrida».

Ciò detto, buona parte della dottrina²⁴⁹ e la giurisprudenza maggioritaria²⁵⁰ propendono comunque per l'applicazione della regola contenuta nel secondo comma dell'art. 1419 c.c.: il comma 01 premesso nell'art. 1 del d. lvo. n. 268/2001 dalla l. n. 247/2007, e la finalità antielusiva ripetutamente esplicitata dalla Direttiva 1999/70/CE di cui il d. lvo. n. 368/2001 è attuazione, fanno ritenere immanente all'ordinamento lavoristico la regola generale della stipulazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro subordinato²⁵¹. In via interpretativa, dovrebbe quindi ricavarsi una norma imperativa destinata a sostituirsi alla illegittima clausola limitativa della durata, così non ponendosi neppure, per ragioni di priorità logica, la questione della essenzialità del termine ai sensi del primo comma dell'art. 1419 c.c.²⁵²

Questa sintetica ricostruzione dell'applicazione degli strumenti civilistici ablativi e sostitutivi dell'autonomia privata alla disciplina del rapporto di lavoro, che abbiamo voluto basare sugli elementi forniti soprattutto dal materiale

Ora, non v'è alcun dubbio come, in epoca successiva, la riforma Fornero abbia ulteriormente contribuito ad "ibridare" l'istituto, introducendo la facoltà di stipulare un primo contratto a termine a-causale, che sicuramente si presta, senza rischi di contenzioso, *anche* alla sperimentazione del neo-assunto. Epperò, non pare che le osservazioni prospettate, che discendono da una lettura "sistematica" dell'istituto, possano in alcun modo prestarsi ad "ibridare" anche i termini di un contenzioso individuale: dove non sia dimostrata la ricorrenza della causale oggettiva prevista dalla legge, che risponde alla causa concreta di *quel* contratto di lavoro a termine, non varrebbe addurre la diversa volontà di "sperimentazione" del lavoratore; questo potrebbe costituire senz'altro un *motivo*, ininfluenza però nella valutazione giudiziale. Difatti, nemmeno l'A. le utilizza in questo senso: cfr. in particolare pp. 301-311.

²⁴⁹ Cfr., in particolare, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., e ID., *La riforma del contratto a tempo determinato*, cit.; L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 707 ss.; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 46 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 181 ss.

²⁵⁰ Cfr., *ex multis*, Cass., 21 maggio 2008, n. 12985, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 638, nt. A. VALLEBONA; Cass., 15 novembre 2010, n. 23057, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11; Trib. Bologna, 7 febbraio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, 36, p. 63; Trib. Genova, 14 novembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 694 ss.; Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 904 ss.; Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 707 ss.; App. Firenze, 30 ottobre 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, p. 553 ss.

²⁵¹ Un principio accolto nel nostro ordinamento sin dalla legge sull'impiego privato del 1924.

²⁵² F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa...*, cit., p. 23 ss.

giurisprudenziale, quale diritto vivente, potrebbe concludersi, non senza un accenno finale alla *ratio* che ispira l'operare di questi complessi meccanismi.

«Nel campo del diritto del lavoro - in ragione della diseguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi - le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro di essa. [...] E la violazione del modello di contratto e di rapporto imposto all'autonomia individuale dà luogo, di regola, alla conformazione reale del rapporto concreto al modello prescritto - per via di sostituzione o integrazione della disciplina pattuita con quella legale ovvero per via del disconoscimento di effetti alla sola disposizione contrattuale illegittima - e non già alla riduzione del rapporto reale ad una condizione di totale o parziale irrilevanza giuridica». Con queste parole la Corte Costituzionale, in una nota pronuncia del 1992 sulla disciplina previgente del *part time*²⁵³, rigettando la questione di legittimità costituzionale proposta dal Pretore di Firenze a proposito dell'art. 5 comma 2 d. l. n. 726/194, conv. con modificazioni in l. n. 863/1984, concludeva escludendo recisamente che la disciplina del primo comma dell'art. 1419 c.c. potesse trovare applicazione in materia di lavoro subordinato: «se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto - discendente da quell'applicazione in chiave soggettiva della norma che abbiamo sopra contestato [*nostra precisazione*] - nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere».

²⁵³ Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 277, nt. M. BROLLO.

Come sappiamo, quella pronuncia della Corte non ha trovato alcun seguito nella giurisprudenza successiva²⁵⁴, né la nullità parziale può considerarsi, *di per sè*, un istituto incompatibile con le esigenze di tutela sottese al soggetto debole del rapporto: lo dimostrano i numerosi esempi di applicazione giudiziale del primo comma dell'art. 1419 c.c. a fattispecie diverse da quelle inerenti l'uso irregolare dei contratti flessibili che abbiamo sopra riportato²⁵⁵.

Ove però, la mancanza o l'imprecisione di disposizioni di legge renda incerte le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione di un precetto che importa un vincolo per l'autonomia negoziale, l'interprete non potrà prestarsi ad un utilizzo disinvolto delle categorie civilistiche, tale da produrre effetti opposti alla *ratio* delle norme violate. Anche la conservazione del contratto, del resto, deve pur sempre obbedire a quel principio di razionalità che sorregge l'intero impianto normativo.

6. L'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune.

Sebbene la presente trattazione abbia ad oggetto i rapporti tra la legge e l'autonomia negoziale, e più precisamente i limiti, positivamente circoscritti, entro cui è consentito derogare *in peius* alla prima, non può essere del tutto obliterata la distinta problematica della inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale. Da un lato, si è già osservato come legge e contratto collettivo costituiscano un binomio sempre meno scindibile nella disciplina del rapporto di lavoro, per i frequenti rinvii operati dalla disciplina legale ai prodotti

²⁵⁴ La stessa Corte sembra anzi avere successivamente corretto quella lettura "radicale" della norma fornita nel 1992: cfr. in particolare Corte Cost., 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. civ.*, 2005, 11, I, p. 2601, nelle cui motivazioni si legge «la disciplina ordinaria della nullità parziale [...] esprime un'esigenza di carattere generale di tendenziale conservazione del contratto ove il vizio di nullità sia circoscrivibile ad una o più clausole (come quella che prevede l'orario di lavoro ridotto) e sempre che la clausola nulla non risulti avere carattere essenziale per entrambe le parti del rapporto, nel senso che, in particolare, anche il lavoratore, il quale di regola aspira ad un impiego a tempo pieno, non avrebbe stipulato il contratto se non con la clausola della riduzione di orario».

²⁵⁵ La stessa soluzione alla mancanza della ragione giustificativa che abbiamo prospettato nel corso della trattazione, è pur sempre fondata sull'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c., letto però in chiave oggettiva.

dell'autonomia collettiva, di vario livello e con diversa funzione, di completamento o di deroga della stessa regolamentazione normativa²⁵⁶. D'altro canto, il contratto collettivo *di per se stesso*, quale prodotto negoziale, per poter esplicare la propria funzione tipica²⁵⁷, *postula* – diciamo meglio, *esige*, per coerenza con quell'impostazione teoretica che vogliamo accogliere secondo cui il contratto collettivo deriva dalla legge l'efficacia normativa – l'inefficacia delle pattuizioni peggiorative per il prestatore di lavoro concluse da soggetti rappresentati dalle parti contraenti. Lo testimonia, del resto, la storia stessa della nascita del movimento sindacale che abbiamo provato a raccontare all'inizio del nostro *excursus*²⁵⁸.

Posto che, nel nostro ordinamento, in base al principio di libertà sindacale affermato dal primo comma dell'art. 39 Cost. e della permanente inattuazione della seconda parte della medesima disposizione, l'*ambito soggettivo* della sua efficacia diretta non può che circoscriversi, in ossequio alle regole civilistiche sulla rappresentanza, entro il novero dei soggetti rappresentati dalle organizzazioni sindacali firmatarie, resta da stabilire, laddove il contratto collettivo risulti applicabile soggettivamente, quale *tipo di efficacia* esso espliciti nei confronti delle difformi clausole che in ipotesi fossero pattuite individualmente. Per il diritto comune, infatti, i rappresentati possono sempre, di comune accordo, modificare l'assetto di interessi – di cui sono e restano titolari – pattuito nel loro interesse dai rappresentanti.

Come è noto, l'inderogabilità del contratto collettivo ha rappresentato per la dottrina giuslavoristica italiana un vero e proprio “rompicapo”, determinato dall'esigenza condivisa di riconoscere al contratto collettivo una qualche preminenza sulla negoziazione individuale, perché intrinseca alla sua stessa funzione socio-economica, senza al tempo stesso contraddire la concezione privatistica del

²⁵⁶ Tema che sarà sviluppato nel paragrafo 9 della presente trattazione.

²⁵⁷ Ovvero, dal lato dei lavoratori, la limitazione della concorrenza al ribasso nelle condizioni di impiego.

²⁵⁸ Vedi *supra* il paragrafo 1.2 del presente Capitolo.

fenomeno sindacale elaborata nel secondo dopoguerra; una costruzione, questa, pressochè “imposta” dal rispetto dei principi di libertà e pluralismo sindacale affermati dalla prima parte dell’art. 39 Cost., in regime di perdurante inattuazione della sua seconda parte²⁵⁹. Si tratta, in altre parole, di rinvenire nel diritto comune dei contratti, a cui i prodotti dell’autonomia collettiva debbono essere ricondotti, una o più norme che consentano di affermare la supremazia di questi rispetto alle pattuizioni individuali *difformi* – e *peggiorative* per il prestatore –, ovvero l’*inderogabilità*, caratteristica già positivamente riconosciuta dalla legge – quell’art. 2077 c.c. che parte della dottrina, forse pregiudizialmente, riteneva (*e ritiene?*) inapplicabile al contratto collettivo di diritto comune – al contratto corporativo di matrice pubblicistica.

La questione teorica è sin troppo nota per trattarne qui diffusamente; ma, volendo limitarci a ricapitolarne brevemente i termini al solo fine di acquisire un più completo retroterra teorico-concettuale entro cui collocare i più recenti sviluppi delle “conflittuali” interrelazioni tra legge ed autonomia collettiva, vogliamo accogliere la prospettiva teoretica di uno studio sull’autonomia negoziale collettiva²⁶⁰ che, se bene si è inteso²⁶¹, incentra l’attenzione sulla distinzione concettuale tra l’«*efficacia diretta*» o «*reale*» del contratto collettivo e la sua «*inderogabilità*». L’una, consistente nella diretta efficacia sui rapporti individuali di lavoro – potremmo dire, la *diretta applicabilità* – delle previsioni del contratto collettivo, senza la necessaria mediazione di un qualche rinvio operato dal contratto individuale²⁶² – ovviamente,

²⁵⁹ Sulle vicende della costruzione privatistica del fenomeno sindacale nel secondo dopoguerra può rinviarsi alla ampia ricostruzione di M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 71 ss.

²⁶⁰ Ci riferiamo ad A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit.

²⁶¹ Cfr. in particolare pp. 2-4, 17 ss., 33-35, 102, 146, 166 ss.

²⁶² La distinzione concettuale tra l’efficacia diretta o reale e l’efficacia normativa o inderogabile del contratto collettivo di diritto comune viene tematizzata anche da L. NOGLER, *Saggio sull’efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, perché costituisce un passaggio ineludibile nell’operazione di qualificazione del contratto collettivo di diritto comune come manifestazione della libertà negoziale delle parti collettive. Si tratta, secondo l’A., di una distinzione teorica già presente alle prime costruzioni del contratto collettivo operate dalla dottrina tedesca agli albori del Novecento, cfr. in particolare pp. 30 ss.: «Il governo weimeriano accolse dunque la distinzione, che era stata inizialmente teorizzata da Lotmar, tra efficacia immediata (o automatica) ed efficacia inderogabile del

nel rispetto del principio di libertà sindacale, ai *solì* rapporti di lavoro intercorrenti tra i soggetti rappresentati dalle parti stipulanti l'accordo collettivo –, costituisce una diretta manifestazione della natura negoziale del contratto collettivo di diritto comune, e va riconnessa tanto alla funzione socio-economica sua propria, quale espressione di *libertà negoziale* dei contraenti privati, quanto alla rilevanza costituzionale degli interessi *individuali* oggetto del suo assetto di interessi²⁶³: è lo stesso riconoscimento del sindacato quale corpo intermedio ad opera del combinato

contratto collettivo; esse venivano, e vengono tutt'oggi, spesso confuse tra loro. Si trattava nel pensiero di Lotmar di due effetti distinti che il contratto collettivo esercitava entrambi nei confronti di quello individuale. Secondo Erich Molitor, «l'efficacia immediata fa sì che le disposizioni del contratto collettivo regolino il contenuto del contratto individuale di lavoro di per sè stesse e senza la necessità dello strumento della volontà delle parti del contratto individuale di lavoro» mentre «l'efficacia inderogabile toglie alle parti del contratto individuale di lavoro la possibilità di disciplinare il contratto stesso in modo difforme dal contratto collettivo». Secondo Erwin Jacobi, «l'efficacia della disciplina prevista nel contratto collettivo indipendentemente dall'accordo raggiunto dalle parti del contratto individuale di lavoro (...) si denomina come efficacia automatica o immediata» mentre «l'efficacia nonostante l'accordo derogatorio della parti individuali si denomina come efficacia inderogabile»».

Nella prospettiva dell'A., peraltro, i due attributi di efficacia diretta e di inderogabilità del contratto collettivo sono non solo distinti, ma anche rispettivamente indipendenti: «l'efficacia inderogabile è infatti pensabile anche senza l'efficacia immediata». Di contrario avviso A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 166, ove, analizzando l'approccio pragmatico della giurisprudenza post-costituzionale nell'applicazione dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo di diritto comune, come «l'inderogabilità – intesa in senso «reale» e non obbligatorio – non può non essere un carattere normativo ed eteronomo del precetto collettivo; quindi è contraddittorio invocare l'inderogabilità reale del contratto collettivo, rifiutandone però l'efficacia normativa (i.e.: l'efficacia propria di una *norma agendi*)».

²⁶³ Nella prospettiva richiamata, del resto, cfr. A. TURSI, *ult. op. cit.*, p. 3-4, «ciò che fonda l'«autonomia collettiva» non è l'interesse collettivo, come interesse realmente distinto da quelli individuali dei soggetti coalizzati, ma la rilevanza costituzionale che vengono ad assumere i prodotti dell'autonomia negoziale dei lavoratori dipendenti (e quindi, gli stessi interessi individuali), quando vengono posti in essere (manifestati) in virtù della forza di pressione di una coalizione». Ed ancora «l'efficacia normativa del contratto collettivo, allora, non viene da noi intesa e ricostruita come inerenza “naturale” della fattispecie sindacale, bensì come possibile e legittima scelta “promozionale” del legislatore ordinario; peraltro, l'unico limite che il legislatore incontra nel realizzare politiche di sostegno sindacale, è quello del necessario rispetto della dimensione privatistica-negoziale dell'attività sindacale. In verità, la concezione secondo cui l'efficacia normativa del contratto collettivo – ovvero, secondo più recenti impostazioni teoriche, la sua idoneità a precostituire le qualificazioni normative rilevanti nell'ambito delle relazioni industriali – costituisce un connotato strutturale e fondativo dell'autonomia collettiva, risulta funzionale all'attuale tendenza dell'ordinamento a porre moduli di regolazione del mercato del lavoro caratterizzati dall'interazione coordinata di legge e contrattazione collettiva. [omissis] Il rilievo costituzionale della libertà sindacale, insomma, si esaurisce, secondo noi, nella garanzia assoluta della capacità dei lavoratori coalizzati di produrre negozi giuridici “di diritto comune”; l'idoneità di tali negozi, poi, a produrre effetti “meta-negoziali” – per esempio, normativi, ma anche dispositivi, derogatori di norme legali imperative, ecc. – è il portato di scelte legislative di sostegno sindacale, necessariamente selettive, ma vincolate al rispetto della capacità negoziale delle organizzazioni sindacali non promosse».

disposto degli artt. 2 e 39 Cost. ad imporla. L'altra, l'*inderogabilità*, consistente nella sua «idoneità a porre imperativamente le condizioni di validità o di efficacia/operatività di altri atti d'autonomia privata»²⁶⁴, pur rispondendo alla funzione socio-economica del prodotto dell'autonomia collettiva, non rappresenta affatto una caratteristica «naturale» di questo, ed anzi *può accompagnare* l'efficacia reale del contratto collettivo solo dove una norma di legge espressamente la preveda²⁶⁵. L'*inderogabilità*, o efficacia normativa del contratto collettivo, pur connaturata alle finalità insite nella manifestazione d'autonomia collettiva negoziale, è infatti una caratteristica per certi versi addirittura antitetica, secondo la prospettiva accolta, alla natura negoziale di quello²⁶⁶; proprio la storia del riconoscimento del fenomeno collettivo e dei suoi prodotti d'autonomia negoziale operato

²⁶⁴ A. TURSI, *ult. op. cit.*, p. 3.

²⁶⁵ Si tratta, invero, di un nodo centrale nella ricostruzione qui richiamata, perché prepara adeguatamente la soluzione positiva della spinosa questione circa l'applicabilità dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo post-corporativo, fornendo una solida strumentazione teorica alla affermazione della piena compatibilità costituzionale dell'intervento legislativo, in funzione "promozionale" dell'autonomia collettiva, mettendo al contempo in evidenza l'esigenza di "rispetto" del sindacato non destinatario dell'azione promozionale. Cfr. A. TURSI, *ult. op. cit.*, p. 102: «La legge potrà, se lo vorrà, limitare ai soli contratti collettivi stipulati dai sindacati oggetto di legislazione «promozionale, il «dono» non solo dell'efficacia *erga omnes*, ma anche della «inderogabilità» o «efficacia reale» (*rectius*, normativa); così come ha fatto e fa in relazione alla possibilità di derogare a norme legali, o di rimuovere diritti soggettivi. In particolare, è di primaria importanza notare che anche *l'efficacia normativa, lungi dall'essere un dato coesenziale e strutturale del contratto collettivo, è un'attribuzione legale* [corsivo nostro]. Non è un'attribuzione legale invece, ma una garanzia costituzionale e quindi un vincolo per il legislatore, l'idoneità di qualunque contratto collettivo, da qualunque soggetto sindacale stipulato, a produrre gli effetti che l'ordinamento generale ricollega a qualunque prodotto negoziale: effetti, cioè, contrattuali obbligatori». Ed ancora, *ivi*, p. 146, conclusivamente: «Nella nostra prospettiva, efficacia negoziale ed efficacia normativa del contratto collettivo non sono fenomeni alternativi, ma paralleli e, per così dire, contestuali: più esattamente, mentre l'efficacia negoziale è coesenziale ad una configurazione del contratto collettivo di lavoro come negozio giuridico, ed è altresì ineliminabile in un sistema che garantisca costituzionalmente la libertà sindacale; l'efficacia normativa è invece solo eventuale, poichè esiste se, alle condizioni e nel modo e nei limiti in cui è prevista dalla legge».

²⁶⁶ A. TURSI, *ult. op. cit.*, p. 33: «Ora, se, come comunemente si ritiene, la legittimazione (o «competenza») sostanziale al contratto collettivo non è individuale, allora la qualificazione dell'effetto normativo («inderogabilità reale») del contratto collettivo in termini di «autonomia negoziale», risulta inconciliabile con la stessa nozione teoretica di autonomia, che consiste precisamente nella «libertà di porre regole che vincolano lo stesso soggetto che le pone». Se invece si ammette che «parti» del contratto collettivo siano le medesime dei contratti individuali, la qualificazione del suo effetto normativo in termini «negoziali» appare semplicemente contrastante con la nozione positiva di «norma giuridica» (sia pur sostanziale) assunta dal nostro ordinamento, il quale esclude che un atto d'autonomia possa porre le condizioni di validità o di efficacia di atti d'autonomia intercorsi tra le stesse parti, nonostante una successiva volizione contraria di queste».

dall'ordinamento gius-sindacale italiano, un processo "anticipato", pur nelle distinte peculiarità loro proprie, da simili vicende nell'ordinamento tedesco e in quello francese, mostra chiaramente come l'inderogabilità del contratto collettivo sia una conquista *legale* – per quanto possa parlarsi solo impropriamente di "riconoscimento" del fenomeno sindacale da parte della legge del 1926 e del suo regolamento di attuazione, per le ragioni ampiamente argomentate *supra*.

Per inciso va ancora osservato, così "anticipando" la soluzione del dilemma, come la prospettiva qui accolta conclude, del tutto coerentemente con le premesse concettuali del ragionamento, per la diretta applicabilità dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo di diritto comune, argomentando a partire dall'assenza nella disposizione di sicuri indici di incompatibilità con il dettato costituzionale²⁶⁷.

Così inquadrati i termini teorici della questione, possiamo osservare, ritornando ad una prospettiva diacronica, come a seguito della caduta dell'ordinamento corporativo e del conseguente avvento della Costituzione repubblicana del 1948, la dottrina e la giurisprudenza si trovarono di fronte ad una disposizione, quale l'art. 2077 c.c. rubricato «*efficacia del contratto collettivo sul contratto individuale*», dettata per il contratto collettivo corporativo ma non espressamente abrogata, nè a prima vista incompatibile con i principi di libertà e pluralismo sindacale contenuti nella Costituzione. L'art. 2077 c.c. afferma infatti²⁶⁸: *α)* l'obbligo per i singoli

²⁶⁷ Cfr. ancora A. TURSI, *ult. op. cit.*, pp. 179-185: «L'art. 2077 c.c. non pone [a differenza dell'art. 1175 c.c.] una clausola generale, ma introduce un principio, quello dell'inderogabilità reale del contratto collettivo, la cui essenza consiste, sempre ed in ogni ordinamento che voglia quell'effetto, precisamente nell'attribuzione di efficacia normativa ad un atto negoziale: pertanto non può, sotto questo profilo, considerarsi inscindibilmente legato ad un particolare sistema giuridico». Ma a favore dell'applicabilità dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo di diritto comune si schierano anche M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 384 ss.; S. SCIARRA, (voce) *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 71 ss.; nella dottrina più risalente cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1948, I, p. 105; C. ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 73 ss.

²⁶⁸ Letteralmente, la norma dispone: «1. I contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo. 2. Le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro».

contraenti di uniformare il contenuto del contratto individuale di lavoro alle condizioni previste dal contratto collettivo, che può interpretarsi, secondo una lettura costituzionalmente orientata, come una sorta di *efficacia reale ex lege* – si passi l'espressione un po' infelice – al prodotto dell'autonomia collettiva; *β*) la sostituzione automatica delle clausole del contratto individuale difformi rispetto alle previsioni del contratto collettivo, ovvero l'*efficacia normativa*, o *inderogabilità* di questo sul contratto individuale; *γ*) la salvezza delle (sole) speciali clausole più favorevoli al prestatore di lavoro, ovvero un'*inderogabilità unidirezionale* che può essere spiegata ravvisando nella previsione legale, alternativamente, o una manifestazione del principio di *favor prestatoris*, in armonia con la progressiva elevazione delle condizioni di lavoro voluta dalla Costituzione²⁶⁹, o la volontà del legislatore di valorizzare pienamente il voluto contrattuale; con esiti applicativi molto diversi, a seconda dell'opzione interpretativa prescelta, sia con riferimento al confronto “statico” tra le differenti previsioni del contratto collettivo e del contratto individuale²⁷⁰, sia con riferimento alla tenuta nel tempo dei superminimi pattuiti individualmente in rapporto al succedersi dei contratti collettivi²⁷¹. Per inciso, il

²⁶⁹ E così secondo A. TURSI, *ult. op. cit.*, p. 181 ss., ravvisandosi nel dettato normativo un intrinseco *favor* verso il lavoratore, si potrebbe porre la disposizione al riparo da censure di legittimità costituzionale – almeno secondo quella dottrina, da cui l'A. sembra però volersi discostare, secondo cui il *favor praestatoris* rappresenterebbe la nuova chiave di lettura dell'inderogabilità unidirezionale della disciplina lavoristica post-costituzionale, cfr. V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit.; A. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit. Si stabilisce infatti una netta soluzione di continuità tra la «funzione livellatrice» del contratto corporativo, concepito come «standard rate», e «l'espressione di un principio generale di protezione o di favore» verso il prestatore di cui si fa invece portatore il contratto collettivo di diritto comune. Secondo l'A., piuttosto, «nella carta costituzionale, più che un principio di favore per lo sviluppo di interessi indifferenziati destinato ad operare quale limite alla contrattazione collettiva, trova fondamento l'inammissibilità di una funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale dei gruppi professionali organizzati, sia pure rispetto al fine del progressivo miglioramento delle condizioni dei lavoratori».

²⁷⁰ La questione del raffronto tra le previsioni del contratto collettivo e le (diverse) clausole del contratto individuale è già stata oggetto di trattazione nel paragrafo 2.2 del precedente Capitolo al quale può rinviarsi. In sintesi, ricordiamo come secondo l'interpretazione consolidata della disposizione, la salvezza delle clausole individuali di miglior favore prescinde dalla prova della stipulazione *intuitu personae* delle stesse.

²⁷¹ La questione dei superminimi sembra aver trovato una soluzione abbastanza consolidata nella giurisprudenza, secondo cui la permanenza del trattamento di miglior favore sarebbe legata alla prova in giudizio della pattuizione *intuitu personae* della clausola. Cfr. in giurisprudenza: Cass., 22 gennaio 1979, n. 491, in *Riv. dir. lav.*, 1980, II, p. 350; Cass., 22 febbraio 1985, n. 1600, in *Foro it.*, 1985, I, p. 1316; Cass., 11 ottobre 1989, n. 4064, *De Iure on line*; Cass., 17 ottobre 1984, n. 4180, in *Notiziario*

primo comma della disposizione, nell'affermare che «i contratti individuali di lavoro tra gli appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo *devono* uniformarsi alle disposizioni di questo», sembra ribadire, indirettamente, anche la regola δ), esplicitata negli artt. 2069 e 2070 c.c. e propria del sistema corporativo, della efficacia *erga omnes* del contratto collettivo all'interno della categoria: una previsione, quest'ultima, certamente incompatibile con il dettato dell'art. 39 Cost. e con i principi di libertà e pluralismo sindacale ad esso sottesi. Ma, di per sè, gli enunciati α), β) e γ) sopra enucleati non risultavano allora e non risultano oggi affatto incompatibili con il dettato costituzionale.

Stante anche la perdurante inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., la giurisprudenza manifestò sin da subito un indirizzo favorevole alla diretta applicabilità della disposizione anche ai contratti collettivi di diritto comune, stipulati dalle libere associazioni sindacali a partire dal dopoguerra, che progressivamente andavano sostituendo i contratti corporativi ancora vigenti. Non essendo le norme codicistiche dettate con riguardo al contratto corporativo espressamente soppresse, e non potendo le stesse nemmeno dirsi implicitamente abrogate se non quando *prima facie* incompatibili con i principi di libertà e pluralismo sindacale affermati dall'ordinamento repubblicano, doveva riconoscersi al sindacato un “potere di fatto” di stipulare contratti collettivi inderogabili a livello individuale, in coerenza con la funzione economico-sociale dell'istituto, ed indipendentemente dalla natura privatistica o pubblicistica del contratto e delle associazioni stipulanti²⁷².

giur. lav., 1989, p. 622 ss.; e, ancora di recente, Cass., 9 luglio 2004, n. 12788, *De Iure on line*; Cass., 9 marzo 2009, n. 5650, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 2, p. 481 ss. Parte della dottrina si mostra peraltro abbastanza critica verso questo orientamento, rilevandone la contraddittorietà rispetto alla lettura che viene data dello stesso art. 2077 c.c. quando a venire oggetto di controversia è viceversa il raffronto tra i contenuti del contratto individuale e del contratto collettivo: F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro. Vol. I, Diritto Sindacale*, op. cit., p. 241.

²⁷² Cfr., *ex multis*, Cass., 12 maggio 1951, n. 1184, in *Riv. giur. lav.*, 1951 II, p. 253 ss.: «Per quanto gli odierni contratti collettivi abbiano natura privatistica, sarebbe tuttavia erroneo ammettere la derogabilità da parte degli iscritti alle rispettive associazioni sindacali stipulanti. Finalità specifica della stipulazione dei contratti collettivi, che prescinde dalla fisionomia giuridica delle associazioni stipulanti, è, precisamente, quella di sottoporre la pluralità dei soggetti che esse rappresentano ad una comune disciplina dei rapporti individuali di lavoro e sottrarre, quindi, la regolamentazione dei rapporti stessi alla libera disponibilità dei singoli. Disconoscere questo contenuto e questo scopo che

Nonostante l'indirizzo pressochè pacifico della giurisprudenza, la dottrina maggioritaria, come detto, non fece propria la tesi della diretta applicabilità dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo di diritto comune²⁷³, secondo il rilievo conclusivo per cui la giurisprudenza, così esprimendosi, cadeva «in una petizione di principio», commetteva «un salto logico»²⁷⁴, o tutt'al più «un errore felice»²⁷⁵, affermando quale premessa del sillogismo – diretto all'affermazione dell'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune – un postulato, ossia la diretta applicabilità dell'art. 2077 c.c. alla nuova fattispecie negoziale privatistica, del tutto indimostrato²⁷⁶. Per contro, i diversi tentativi di pervenire alla stessa conclusione – l'affermazione positiva dell'inderogabilità – utilizzando strumenti ed istituti prettamente civilistici, o comunque estranei all'armamentario del diritto corporativo²⁷⁷, si scontravano con un insuccesso resosi palese tra i giuslavoristi già alla metà degli anni Sessanta²⁷⁸.

ineriscono ad ogni tipo di contratto collettivo, sia di natura pubblicistica, sia di natura privatistica, equivale a distruggere l'istituto nella sua essenza e nella sua forza economico-sociale». Cfr. anche Cass., 10 ottobre 1955, n. 2969, in *Foro it.*, 1956, I, 1807; Cass., 23 marzo 1959, n. 924, in *Foro it.*, 1959, I, c. 1135; Cass., 29 luglio 1966, n. 2115, in *Riv. dir. lav.*, 1968, II, 17; Cass., 5 aprile 1968, n. 1040, in *Dir. lav.*, 1968, II, 290; Cass., 10 luglio 1971, n. 2222, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1045; Cass., 23 maggio 1975, n. 2084, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 695 ss.

²⁷³ Per una ricostruzione approfondita delle diverse posizioni dottrinali contrarie all'applicazione dell'art. 2077 c.c. al contratto collettivo di diritto comune dobbiamo rinviare alla ampia trattazione sviluppata da M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 208 ss.

²⁷⁴ Sono espressioni di G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti III Congresso Aidlass*, Giuffrè, Milano, 1968.

²⁷⁵ Così A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 545.

²⁷⁶ Secondo una corrente dottrinale alternativa, l'inderogabilità del contratto collettivo post-corporativo avrebbe semmai potuto argomentarsi avvalendosi di uno strumento di integrazione degli effetti del contratto come quello positivizzato dall'art. 1374 c.c., ovvero sia una «clausola generale»: cfr. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 32-33. *Contra*, l'opinione di L. MENGONI, nell'intervento di replica, *ivi*, p. 193, secondo cui «l'equità non è una clausola generale. Il rinvio all'equità non è rinvio del giudice a valori obiettivi, di carattere *extrasistemico*, a regole generali di valutazione attinte da altri ordinamenti. Il rinvio all'equità importa un giudizio di valore legato alle particolarità del caso concreto, cioè ai connotati peculiari che lo rendono irripetibile. La valutazione di nderogabilità del contratto collettivo è una valutazione tipica, e in questo senso essenzialmente diversa dalla valutazione secondo equità. Non mi pare pertanto possibile la spiegazione dell'inderogabilità del contratto collettivo in chiave di operazione integrativa del contratto, sulla base dell'art. 1374 c.c.». Cfr. anche, dello stesso A., *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 693 ss.

²⁷⁷ Cfr. le diverse ricostruzioni in M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro ...*, cit., p. 208 ss. Vedi anche F. SCARPELLI, *Autonomia e contratto individuale: l'efficacia normativa*, in *Lecture di diritto sindacale*, a cura di M. D'ANTONA, Esi, Napoli, 1990, p. 197 ss. Va senz'altro richiamata, tra le altre, quantomeno la teoria del mandato collettivo o nell'interesse di terzi proposta da F.

Dopo le modifiche dell'art. 2113 c.c. ad opera della legge 11 agosto 1973 n. 533, di riforma del processo del lavoro²⁷⁹, l'espresso riferimento operato dalla novellata disposizione a «disposizioni inderogabili» dei contratti collettivi dovrebbe far ritenere la questione dell'affermazione dell'inderogabilità del contratto collettivo un problema – almeno nel diritto positivo – ormai superato²⁸⁰. Anche qualora si

SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. giur.*, 1950, I, p. 299 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, p. 217 ss., fondata sull'idea della supremazia dell'interesse collettivo, sottostante alla stipulazione del contratto collettivo, sull'interesse del singolo prestatore. Sulla elaborazione teorica del contratto collettivo di diritto comune da parte della dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta v. anche G. PERA, *Fondamento e efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, V, Cedam, Padova, 1958, p. 15 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, (voce) *Contratto collettivo di lavoro*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1966 p. 55; G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960; A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale*, cit.; A. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 147; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.

²⁷⁸ Osservava conclusivamente M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, cit., p. 95: «il tentativo di rintracciare il fondamento della efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune in un atto di autonomia privata dei singoli lavoratori (cfr. art. 1372 c.c.), non può fornire una spiegazione della inderogabilità e della prevalenza automatica di quel contratto». Ed ancora, *ivi*, p. 153: «La configurazione del contratto collettivo come contratto normativo non corrisponde a quella che deve ritenersi essere la sua funzione, in relazione alle esigenze e alle caratteristiche proprie del fenomeno sindacale. [omissis] Quella configurazione, riducendo l'efficacia del contratto collettivo sul piano obbligatorio, conduce anche a ritenere che esso operi solo mediamente sui rapporti individuali di lavoro, attraverso la riproduzione espressa o implicita delle sue clausole nei successivi contratti, onde rende impossibile spiegare l'inderogabilità, ma soprattutto la prevalenza automatica».

Proprio per la riconosciuta impossibilità di agganciare l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune su istituti genuinamente privatistici, si fece corpo la tendenza, improntata ad un approccio che potremmo definire “realistico” alla soluzione della questione, di fondare tale risultato sul presupposto della sua costante affermazione da parte della giurisprudenza, che avrebbe «ormai ingenerato una certezza dell'inderogabilità degli effetti»: così G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, op. loc. cit. Dello stesso avviso anche M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, cit., p. 92.

²⁷⁹ Recita infatti il primo comma dell'art. 2113 c.c.: «Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile non sono valide». M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., nt. 285 p. 225, osserva come ancora di recente il legislatore abbia ribadito indirettamente la natura inderogabile delle previsioni dei contratti collettivi con la disposizione contenuta nell'art. 28 del d. lvo. n. 276/2003, in base alla quale deve considerarsi fraudolenta la somministrazione di manodopera posta in essere con specifiche finalità elusive delle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore. Sui contenuti di cui all'art. 2113 c.c. vedi *infra* al paragrafo 8.

²⁸⁰ Almeno una volta superato l'“equivoco” dell'incorporazione delle clausole del contratto collettivo nel contratto individuale – problema sollevato in dottrina da G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano 1985, p. 298, per cui l'art. 2077, analogamente all'art. 1339 c.c., prefigurerebbe un meccanismo di sostituzione automatica di clausole, agendo direttamente sul contenuto del contratto e non sugli effetti del medesimo: ma questo sarebbe incompatibile con la natura negoziale del contratto, in regime di libertà sindacale – cfr., diffusamente, A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., pp. 171-182; M.V.

ritenesse l'art. 2077 c.c. incompatibile con il sistema sindacale delineato dalla Costituzione repubblicana, ma così non è come si è provato ad argomentare, sarebbe comunque rinvenibile nel diritto positivo almeno una norma, certamente non tacciabile di appartenenza al sepolto ordinamento corporativo, che riconosce – direttamente o indirettamente – l'inderogabilità quale attributo del contratto collettivo di diritto comune.

È invece proseguito senza alcuna soluzione di continuità il dibattito teorico tanto sul fondamento positivo dell'efficacia normativa del contratto collettivo – da rinvenirsi direttamente nel testo dell'art. 2113 c.c. o in altra disposizione, implicitamente richiamata dalla norma, e quale²⁸¹ – quanto sulle modalità concrete

BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, cit., pp. 386-387; M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, pp. 234-241; quest'ultimo A., in particolare, *ivi* p. 240, sembra fornire un'argomentazione conclusiva rispetto al superamento della questione dell'incorporazione: «La preoccupazione dell'incorporazione nasce in definitiva dall'equivoco secondo il quale il contratto collettivo dovrebbe essere recepito nel contratto individuale per poter svolgere i suoi effetti diretti: in realtà se al contratto collettivo si riconosce l'efficacia normativa (fondata sull'art. 2113 c.c. o sull'art. 2077 c.c.) non vi è ragione di ritenere necessario alcun intervento mediatorio del contratto individuale. Ciò che è necessario, al fine dell'applicabilità del contratto collettivo è il consenso delle parti: ma tale consenso è necessario per l'applicazione di una "fonte" a cui è attribuita dalla legge efficacia normativa. Ne consegue che, una volta che il consenso si sia manifestato, l'effetto di integrazione del regolamento contrattuale avviene automaticamente, senza bisogno di ulteriore recezione».

Il risvolto pratico della teoria dell'incorporazione sarebbe niente meno che l'intangibilità dei diritti, originariamente previsti dal contratto collettivo, una volta entrati a far parte del patrimonio del singolo lavoratore per effetto dell'inserimento nel contratto individuale, ad opera di un successivo contratto collettivo contenente una disciplina peggiorativa: un intralcio inaccettabile per l'attività del sindacato e contrastante con la prevalenza dell'autonomia collettiva rintracciabile nel sistema. La dottrina citata osserva infatti come, nel suo primo comma, l'art. 2077 c.c. non postuli affatto una tale incorporazione, prefigurando anzi un ordine "gerarchico" esattamente inverso tra contratto collettivo e contratto individuale, per cui «al modificarsi del contratto collettivo applicabile, il contratto individuale si uniforma al contratto collettivo»: così M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 239.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha respinto la tesi dell'incorporazione, inquadrando i rapporti tra contratto collettivo e contratto individuale in una regola sintetizzata in questa massima: «Le disposizioni del contratto collettivo non si incorporano nel contenuto dei contratti individuali, dando luogo a diritti quesiti sottratti al potere dispositivo dei sindacati, ma invece *operano dall'esterno* sui singoli rapporti di lavoro *come fonte eteronoma di regolamento*, concorrente con la fonte individuale, sicché, nella ipotesi di successione tra contratti collettivi, le precedenti disposizioni non sono suscettibili di essere conservate secondo il criterio del trattamento più favorevole, restando la conservazione di quest'ultimo affidata all'autonomia contrattuale delle stesse parti stipulanti che possono prevederla con apposita clausola». Così, Cass., 12 luglio 1986, n. 4517, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 7.

²⁸¹ Sui rapporti tra il nuovo art. 2113 e l'art. 2077 c.c. deve rinviarsi alla puntuale trattazione di M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 222 ss. In linea teorica, potrebbe rintracciarsi proprio nel testo del riformato art. 2113 c.c. il fondamento positivo dell'inderogabilità del contratto collettivo. La maggior parte della dottrina ritiene piuttosto che l'art. 2113 c.c., nel disporre l'invalidità delle rinunce e transazioni aventi per oggetto diritti «derivanti da disposizioni inderogabili ... dei

con cui la supremazia del contratto collettivo si manifesterebbe sull'autonomia individuale: se incidendo direttamente sul contenuto del negozio, secondo uno schema analogo a quello prefigurato dall'art. 1339 c.c. per la disposizione di legge inderogabile o, come sembra preferibile vista la natura genuinamente negoziale, privatistica, del prodotto dell'autonomia collettiva, solamente sugli effetti del contratto individuale, rendendone *temporaneamente inefficaci* le previsioni peggiorative per il prestatore²⁸². A ben vedere, le argomentazioni spese dalla dottrina²⁸³ per rigettare la teoria dell'incorporazione del contratto collettivo nel contratto individuale sembrano fornire un elemento decisivo per l'accoglimento di

contratti collettivi», presupponga, anziché affermarla, l'inderogabilità del contratto collettivo. Su quale sia a questo punto il fondamento positivo dell'inderogabilità così riconosciuta, non si registra però unanimità di vedute. Parte della dottrina continua a richiamare la "regola giurisprudenziale" dell'applicazione del contenuto del contratto collettivo al rapporto individuale, assegnando al primo il ruolo di fonte integrativa degli effetti del contratto individuale ai sensi dell'art. 1374 c.c. – cfr. in particolare L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, cit., p. 164 ss.; G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit., p. 154 – o in combinato disposto tra la disposizione richiamata e l'art. 1339 c.c. – così U. RUNGGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 292; A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 706. Altra dottrina rinviene invece proprio nell'art. 2077 c.c. il fondamento positivo dell'inderogabilità, dovendosi superare il «pregiudizio ideologico» verso una disposizione che, astratta dal contesto pubblicistico in cui si trovava ad operare, non risulta affatto incompatibile con i principi di libertà e pluralismo sindacale affermati dal vigente quadro costituzionale: così M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, cit., p. 386 ss.; S. SCIARRA, (voce) *Contratto collettivo*, cit., p. 71 ss.; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., in particolare p. 182 ss.

Vedi anche P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato* a cura di F. CARINCI, t. I, *Il diritto sindacale* coordinato da G. PROIA, Giappichelli, Torino, 2007, p. 261 ss. ed in particolare pp. 291-297: l'A., in conclusione, riconnette l'inderogabilità, come pure l'efficacia reale del contratto collettivo, al principio di libertà sindacale positivamente affermato dall'art. 39 Cost.

²⁸² La questione è tematizzata in particolare da M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., pp. 240-241, il quale, dubitativamente, fa notare come l'accoglimento della tesi che pretende di identificare il funzionamento della inderogabilità del contratto collettivo sullo schema previsto dall'art. 1339 c.c. per la norma imperativa, comprimerebbe eccessivamente l'autonomia negoziale individuale; diversamente, accogliendo la tesi che afferma la "semplice inefficacia" del contratto individuale peggiorativo per il prestatore in vigenza del contratto collettivo applicabile al rapporto, consentirebbe al contratto individuale di "riespandere" la propria efficacia una volta divenuto inapplicabile, per qualsiasi causa, il contratto collettivo.

Peraltro, lo stesso A. osserva, nt. 321 p. 239, come la stessa dottrina civilistica abbia da tempo tematizzato la supremazia della norma inderogabile sull'autonomia privata affermando l'operatività di quella direttamente sugli effetti del contratto. Il che, ad avviso di chi scrive, dovrebbe contribuire a "sdrammatizzare" una questione che la giurisprudenza pare avere risolto una volta per tutte "spostandola" sul diverso piano dell'efficacia nel tempo del contratto collettivo: cfr. Cass., 12 luglio 1986, n. 4517, cit.

²⁸³ Cfr. in particolare, M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 240.

questa seconda ipotesi ricostruttiva: se infatti, per effetto di una disposizione di legge (sia essa l'art. 2113 c.c. o, come preferiamo, l'art. 2077 c.c.), il contratto collettivo è in grado di operare come “fonte”²⁸⁴ esterna rispetto al contratto individuale, invalidandone i contenuti peggiorativi per la parte debole del rapporto, al prodotto dell'autonomia collettiva dovrà attribuirsi nient'altro che un'efficacia regolativa condizionata, *soggettivamente*, all'assenso iniziale delle parti, e, *temporalmente*, alla vigenza del contratto collettivo come prefissata al momento della sua stipulazione. Questa pare anche la tesi condivisa dalla giurisprudenza²⁸⁵, in una con la qualificazione del contratto collettivo quale «regola di giudizio»²⁸⁶ che sembra meglio attagliarsi anche sul piano positivo, e non solo descrittivo, al ruolo affidato all'autonomia collettiva dalla Costituzione.

7. Inderogabilità della disciplina e indisponibilità (relativa) dei diritti: cenni.

Nel corso della trattazione abbiamo delineato le ragioni fondamentali che ispirano l'intervento eteronomo del legislatore in materia di rapporti di lavoro e motivano, al tempo stesso, il carattere inderogabile di questa disciplina. Si è quindi ripercorso il lungo cammino che ha condotto, sin dagli albori del diritto del lavoro, alla progressiva affermazione del principio di inderogabilità, attraverso un percorso parallelo allo sviluppo, non omogeneo, della stessa legislazione. Infine, si è cercato

²⁸⁴ Si noti, nel senso di fonte obbligazioni, non di diritto oggettivo.

²⁸⁵ Nelle vicende relative alla successione tra contratti collettivi nel tempo si ritrova probabilmente la più significativa applicazione giurisprudenziale del dibattito teorico sopra rappresentato circa i modi e le forme dell'operatività del contratto collettivo sulle pattuizioni individuali. Nell'affermazione ricorrente del principio per cui «le precedenti disposizioni possono essere modificate da quelle successive [*di altro contratto collettivo*] anche in senso sfavorevole al lavoratore, con il solo limite dei diritti quesiti» - cfr., *ex multis*, Cass., 10 ottobre 2007, n. 21234, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 10; Cass., 14 giugno 2007, n. 13879, in *Guida al diritto*, 2007, 32, p. 60; Cass., 7 giugno 2004, n. 10762, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 6 - la giurisprudenza fa propria la tesi dell'efficacia “esterna” del contratto collettivo. Risultando questo non più applicabile, per scadenza o per disdetta, al rapporto in questione, viene meno il fondamento del diritto, ovvero la possibilità del lavoratore, quale contraente individuale, di azionare in giudizio la pretesa *aliunde* fondata (sul contratto collettivo).

²⁸⁶ L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, cit., pp. 109-110.

di delineare i meccanismi concreti di operatività della disciplina eteronoma, utilizzando, quale oggetto privilegiato di osservazione, il materiale fornito dalla casistica giurisprudenziale.

Il nostro *excursus* sull'operatività della disciplina inderogabile nel rapporto di lavoro di lavoro non può però ancora considerarsi del tutto concluso, senza dedicare almeno alcuni cenni ad un aspetto che ha trovato grande risalto nella letteratura in argomento: ovvero la connessione dell'*inderogabilità* della disciplina con un altro asse portante della materia, l'*indisponibilità* dei diritti del lavoratore.

Così come l'inderogabilità, anche l'indisponibilità dei diritti del lavoratore – che, per chiarezza, può dirsi un'indisponibilità soltanto “relativa”, vista la peculiare disciplina di cui all'art. 2113 c.c.²⁸⁷ – viene presentata nella manualistica corrente come un cardine di tutto il sistema positivo del nostro diritto del lavoro. Inderogabilità e indisponibilità formano anzi, almeno sotto il profilo funzionale, un binomio “inseparabile”²⁸⁸, dal momento che solo la loro azione combinata è in grado di assicurare una tutela *effettiva* della posizione contrattuale del prestatore di lavoro: da un lato infatti, la norma inderogabile opera nella fase genetica del rapporto, imponendo un trattamento minimo così da conformare l'assetto iniziale degli

²⁸⁷ Così dispone la versione vigente dell'art. 2113 c.c., da ultimo modificato dall'art. 31, comma 7, l. 4 novembre 2010, n. 183: «1. Le rinunzie e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide. 2. L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. 3. Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà. 4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter, 412-quater del codice di procedura civile».

Dobbiamo avvertire sin da subito che non ci intratterremo nella disamina della disciplina contenuta nella disposizione, che per la quantità e la complessità dei problemi applicativi richiederebbe una trattazione specifica, che esula dall'oggetto e dalle finalità di questo lavoro. Può rinviarsi per questi aspetti, in particolare, a L.A. COSATTINI, *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, Vol. III, II° ed., Utet, Torino, 2007, p. 687 ss.; L. MARRA, *Sub art. 2113 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., p. 567 ss.

²⁸⁸ A livello teorico, la questione postasi è *fino a che punto* tale binomio possa dirsi davvero tale. Per una ricostruzione critica delle diverse soluzioni prospettate dalla dottrina italiana, cfr. O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 35 ss.

interessi coinvolti nel rapporto; dall'altro, in un momento successivo alla costituzione del rapporto stesso, la stessa legislazione impone vincoli stringenti al potere dispositivo del lavoratore, così da impedire che attraverso negozi di rinuncia o transazione possa essere facilmente elusa la disciplina inderogabile, e spogliato, così, il prestatore di lavoro di quel nucleo essenziale di diritti che è assicurato dalla disciplina eteronoma²⁸⁹.

Per una strana coincidenza, così come l'«inderogabilità», anche l'«indisponibilità» non trova una definizione legale, nemmeno nel testo dell'art. 2113 c.c. Tale espressione viene però impiegata – ed anzi ricorre costantemente nella manualistica, così come nella pronunce giudiziali – proprio per identificare quel «vincolo di irrinunciabilità e di intransigibilità che, in virtù della suddetta disposizione, caratterizza i diritti del lavoratore previsti da norme inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi»²⁹⁰.

A ben vedere, inderogabilità e indisponibilità condividono una storia, che per buona parte abbiamo già raccontato e che si origina da quella legge sull'impiego privato del 1924 il cui art. 17 deve essere considerato a tutti gli effetti come la prima affermazione compiuta non tanto del carattere “imperativo” della legislazione sul lavoro – “imperativa”, perché presidiata da sanzioni penali o amministrative, era anche, come si è visto, la prima legislazione sociale – quanto piuttosto della diretta “vocazione contrattuale” dell'intervento eteronomo. Nell'affermare la prevalenza delle disposizioni di legge – la prima a disciplinare in modo organico un rapporto di lavoro, quello impiegatizio – sulle difformi previsioni contrattuali, salvi gli usi o le

²⁸⁹ Cfr., ad esempio, F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro*, vol. II, cit., p. 565: «Lo scopo pratico dell'inderogabilità e la sua funzione protettiva risulterebbero, infatti, elusi, nell'ipotesi in cui, una volta attribuito il diritto all'atto dell'instaurazione del rapporto, residuasse pur sempre per il titolare il potere di dimetterlo in epoca posteriore (a partire, paradossalmente, dal giorno successivo a quello della conclusione del rapporto). Da qui la c.d. indisponibilità dei diritti derivanti da norma inderogabile, confermata dall'esistenza di una specifica disciplina che prevede la *invalidità* delle rinunce e transazioni del lavoratore aventi ad oggetto tali diritti».

²⁹⁰ In questi termini O. DESSI, *ult. op. cit.*, p. 2.

convenzioni più favorevoli e i casi di deroga consensuale espressamente previsti dalla stessa legge, il legislatore era rimasto però silente circa il destino di quegli atti dispositivi di diritti, compiuti, per avventura, il giorno successivo alla stipulazione del contratto: ammetterli avrebbe significato porre una grossa ipoteca sull'effettività dell'intera disciplina. Non ci intratterremo qui, essendo materia ampiamente sviluppata nella letteratura anche recente²⁹¹, sulle diverse argomentazioni spese dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca per offrire una copertura all'operazione ermeneutica volta alla estensione, parziale o totale, del vincolo all'autonomia privata dei contraenti anche alla fase gestoria del rapporto. Il dato che invece importa sottolineare è come proprio quella "carenza" della legge sull'impiego privato abbia originato la necessità – una necessità, s'intende, di ordine *razionale* – di "dedurre", con varie argomentazioni, l'indisponibilità dei diritti garantiti dalla legge dall'espressa inderogabilità delle disposizioni. Sebbene non del tutto esplicitato, è abbastanza evidente il filo rosso che lega questo approccio pragmatico, per così dire "necessitato" da quell'incerto contesto normativo, alla teoria della diretta consequenzialità tra inderogabilità e indisponibilità che sarebbe stata elaborata compiutamente solo dopo qualche decennio²⁹², in un contesto normativo però ormai profondamente mutato, visto che l'art. 2113 c.c., anche nella versione precedente alla riforma operata dalla legge 11 agosto 1973, n. 533, affermava in modo inequivoco l'indisponibilità, seppure relativa, dei diritti garantiti dalla norma inderogabile.

Così, secondo quella teoria, attualmente minoritaria in dottrina ma di certo autorevolmente sostenuta, l'indisponibilità dei diritti del lavoratore scaturirebbe *direttamente* dalla normativa che li assicura inderogabilmente. L'inderogabilità, in sostanza, comporterebbe due distinte limitazioni all'autonomia negoziale: da un lato

²⁹¹ Vedi la ricostruzione di O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, pp. 39-45 ed i rimandi alla giurisprudenza e alla dottrina pre-codicistica *ivi* indicati.

²⁹² Ci si riferisce, in particolare, alla tesi proposta da R. De Luca Tamajo nel 1976 (cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., in particolare p. 240 ss.), e da F. MAZZIOTTI, *Contenuti ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, p. 138 ss.

– ecco l’inderogabilità in senso stretto – importa il divieto, per le parti del contratto di lavoro, di stipulare negozi contrari alla legge e alla contrattazione collettiva, e l’inosservanza di tale vincolo, che si manifesta nel momento genetico (iniziale o costitutivo che dir si voglia) del rapporto, è sottoposta alla più radicale sanzione della nullità, ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c., trattandosi di deroga, non consentita, ad una norma imperativa; in un secondo momento – ecco intervenire l’indisponibilità, o nderogabilità in senso lato – la disciplina inderogabile vieta al prestatore di disporre negozialmente del diritto così acquisito al suo patrimonio²⁹³. L’inosservanza a tale vincolo, che si manifesta nel momento funzionale o gestionale del rapporto, è però sanzionata meno gravemente, con l’invalidità relativa – perché sanabile se non tempestivamente impugnata, in un breve termine di decadenza – proprio dall’art. 2113 c.c.

La tesi in argomento, certamente spendibile in un contesto normativo come quello pre-codicistico, rischia però di esporre l’art. 2113 c.c. ad una censura di costituzionalità in rapporto, quantomeno, agli artt. 3 e 36 Cost., che difficilmente potrebbe essere superata²⁹⁴. Se l’inderogabilità della norma già *ricomprende* –

²⁹³ «Le indicazioni volte ad accreditare l’operatività della norma inderogabile al di là della fase genetica del rapporto sono molteplici fino al punto da delineare un rapporto di stretta e immediata consequenzialità tra l’inderogabilità e l’invalidità assoluta dei negozi dismissori che incidono su tali diritti. ... Il regolamento imperativo pone in essere una sicura preclusione non solo nei confronti di qualsivoglia difforme regolamentazione *iniziale* del rapporto, ma anche rispetto ad ogni *successiva* modificazione realizzata per il tramite di negozi dispositivi. ... Lo scopo pratico perseguito dalla norma inderogabile [sarebbe] del tutto frustrato sia che il privato possa impedire la *nascita* della relazione giuridica (diritto dovere) strumentale alla tutela dell’interesse generale, sia che [permetta] ogni attività negoziali (di tipo dismissorio) idonea a *modificare* o *estinguere* quella relazione in favore del soggetto cui incombe una posizione di obbligo (o di dovere)»: così R. DE LUCA TAMAJO, *ult. op. cit.*, pp. 248-250.

²⁹⁴ Rischi paventati dallo stesso Autore. Cfr. in particolare pp. 266-267. Beninteso, la censura dell’art. 2113 c.c. per la disparità di trattamento in rapporto all’art. 1418, comma 1, c.c., può reggersi solamente ammettendo che tra le due norme esista *davvero* una sovrapposizione, mentre è ormai ampiamente chiarito che tra il momento genetico e il momento gestionale del rapporto non esiste alcuna sovrapposizione. L’inderogabilità vieta la rinuncia ad un diritto futuro, non ancora entrato nel patrimonio giuridico del lavoratore, e in ciò precisamente consisterebbe la deroga alla legge. L’indiponibilità (relativa) del diritto opera invece quando il diritto è già entrato nel patrimonio del lavoratore. Al contrario, la rinuncia ad un diritto futuro sarebbe, anche secondo la giurisprudenza, radicalmente nulla: cfr. Cass., 26 maggio 2006, n. 12561, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, p. 695. A “metà strada” si collocano quelle tesi c.d. gradualiste – cfr., ad esempio C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 717 ss. – volte cioè a

vietandolo – anche il momento dispositivo del diritto, allora entrambi i comportamenti negoziali – la deroga e la disposizione – dovrebbero essere sottoposti allo stesso trattamento. Salvo non argomentare a partire da ragioni di certezza dei rapporti e opportunità sociale²⁹⁵, l'art. 2113 c.c. dovrebbe dichiararsi incostituzionale, perché contrastante con il principio di ragionevolezza²⁹⁶.

Il principale fautore della tesi in argomento invece, individua e poi sostiene, con indubbia maestria argomentativa, una “terza via”, che consente di non tradire l'impianto teorico di partenza – ovvero la “consequenzialità necessaria” tra

distinguere l'effetto dell'atto di disposizione a seconda del diritto, meramente individuale o di contenuto super/individuale, perché derivante direttamente da disposizioni costituzionali (ad esempio, il diritto al riposo settimanale o alle ferie retribuite), di cui si trova ancora un eco in M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, cit., pp. 578-579.

²⁹⁵ Vedi, per tale soluzione, adottata dalla dottrina più risalente, A. SERMONTI, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1948, I, p. 127 ss.; L.A. MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, in *Dir. lav.*, 1946, I, p. 45 ss.

²⁹⁶ In tal senso sembra argomentare infatti, portando alla naturale conseguenza la premessa della consequenzialità necessaria tra inderogabilità e indisponibilità, F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, p. 262 ss.

La q.l.c. dell'art. 2113 c.c. fu effettivamente portata al cospetto della Corte, in due occasioni. In un primo tempo, dal Pretore di Gonzaga, per contrasto con gli artt. 3, 4 e 36 della Costituzione, adducendo come, per la eccessiva brevità del termine previsto a pena di decadenza per impugnare le rinunzie e transazioni, invalide in quanto aventi ad oggetto diritti non derogabili del prestatore d'opera, la disposizione sarebbe stata in contrasto con i principi del diritto al lavoro e del diritto alla giusta retribuzione ed avrebbe determinato un trattamento peggiore dei diritti del lavoratore, rispetto al regime ordinario dei crediti periodici, soggetti ad un termine di prescrizione e non di decadenza. La Consulta – cfr. Corte Cost., 20 marzo 1974, n. 77, rel. Astuti – respinse però le censure, affermando come «non sarebbe possibile istituire un raffronto tra fattispecie essenzialmente diverse, come quelle disciplinate dalla norma denunciata e dall'art. 2948, n. 4, del codice civile». Quanto alla lamentata violazione dell'art. 36 Cost., anche sotto il profilo della eccessiva brevità del termine di impugnazione (allora di tre mesi) «la garanzia costituzionale di questo diritto patrimoniale, pur implicando la nullità di ogni rinunzia preventiva alla retribuzione, non comporta tuttavia una assoluta indisponibilità, e come non esclude la prescrittibilità del diritto, così non impedisce al legislatore di disciplinare le forme e i modi di esercizio del potere di impugnazione degli atti di disposizione eventualmente compiuti dal lavoratore, sotto pena di decadenza. ... Non si può dire che un termine di tre mesi sia così breve da rendere illusoria tale possibilità; al contrario, esso appare congruo e sufficiente, tanto più considerando che decorre dalla data di risoluzione del rapporto, o da quella della rinunzia o transazione successivamente intervenuta, cosicché risulta assicurata anche la piena libertà di azione dell'interessato».

In un secondo tempo, il Pretore di Ciriè sollevò la q.l.c. dell'art. 2113 c.c. in rapporto agli artt. 3, 24, 35, 36 e 38 Cost., stante la disparità di trattamento tra l'ipotesi disciplinata dalla norma e quella generale (art. 1966 c.c.) in cui si commina la nullità di analoghe transazioni relative a diritti sottratti alla disponibilità delle parti, ovvero contrarie a norme imperative di legge (art. 1418 c.c.). La questione fu però dichiarata inammissibile a causa dell'irrelevanza, nel giudizio *a quo*, della fattispecie censurata (in quanto il ricorrente aveva impugnato tempestivamente i negozi dimissori): cfr. Corte Cost., 24 marzo 1977, n. 51, rel. Volterra.

inderogabilità e indisponibilità – superando, al contempo, le più che probabili censure costituzionali. Sulla base della distinzione di teoria generale tra norme primarie e norme secondarie²⁹⁷, l'Autore distingue infatti tra diritti primari indisponibili, ovvero quei diritti della personalità del lavoratore, riconosciutigli dalla Costituzione e dalla legge ordinaria in applicazione dei principi costituzionali (tra cui, ad esempio, il diritto alla conservazione del posto di lavoro, il diritto alla retribuzione, il diritto alle ferie e al riposo settimanale, che la Costituzione espressamente dichiara «irrinunciabili») e ribattezzati “diritti a termine”, in quanto altamente deteriorabili, e diritti secondari. Questi ultimi sarebbero invece quei diritti di natura patrimoniale conseguenti alla violazione delle norme inderogabili che conferiscono al prestatore i diritti primari sopra menzionati²⁹⁸. Si noti, *conseguono alla violazione, non discendono dalla norma inderogabile*: cosicché, essendo esclusi dall'indisponibilità sanzionata sulla base dell'art. 1418, comma 1, c.c. (per violazione della disciplina inderogabile), sarebbero da considerare, di per sé, naturalmente disponibili. L'esistenza dell'art. 2113 c.c., quindi, lungi dal tradursi in un *vulnus*, del tutto irrazionale, alla tutela del prestatore, aggiungerebbe un'ulteriore forma di protezione, sancendo la “relativa” indisponibilità dei diritti secondari.

A questo orientamento si contrappone, “storicamente”, una diversa ricostruzione dell'indisponibilità²⁹⁹, che sembra ormai fatta propria dalla giurisprudenza³⁰⁰, per la quale, in buona sostanza, l'indisponibilità dei diritti del prestatore non costituisce affatto una espressione dell'inderogabilità della normativa

²⁹⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 170 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 271.

²⁹⁸ Come osserva giustamente O. DESSI, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 51, nella prospettiva in esame l'utilità pratica dei diritti secondari sarebbe esattamente quella di ovviare all'impossibilità pratica di fronteggiare la violazione dei diritti primari ricorrendo a reintegrazione in forma specifica.

²⁹⁹ Che è stata teorizzata compiutamente da C. CESTER, (voce) *Rinunce e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 984 ss.; M. MAGNANI, (voce) *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. V, 51, Utet, Torino, 1990, p. 52 ss.

³⁰⁰ Cfr., ad esempio, Cass., 15 dicembre 1998, n. 12556, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 2582.

giuslavoristica³⁰¹. L'inderogabilità concerne il rapporto, strutturale, tra le diverse "fonti"³⁰² che concorrono alla costruzione del regolamento contrattuale; l'indisponibilità riguarda invece i diritti, che pure derivano dalla preminente applicazione al rapporto della disciplina eteronoma. Nella fase genetica, costitutiva del rapporto, il destinatario del diritto previsto dalla norma inderogabile ne diventa necessariamente titolare, perché sarebbe affetto da nullità un negozio che contenesse clausole peggiorative, ovvero derogatorie, per il prestatore (si ricordi, infatti, come l'inderogabilità operi in senso unidirezionale). Una volta che il diritto è invece acquisito dal prestatore, questi è effettivamente libero di disporne, nel rispetto dei limiti prefigurati dall'art. 2113 c.c. (ovvero, nelle sedi indicate dalla disposizione), pena la sola «invalidità» – si tratta, evidentemente, di un'annullabilità *sui generis* – della rinuncia o transazione.

I due orientamenti appena esposti non esauriscono certamente l'ampio spettro delle ricostruzioni teoriche proposte dalla dottrina giuslavorista circa i rapporti tra inderogabilità e indisponibilità³⁰³. L'impressione che complessivamente si ricava dal

³⁰¹ Inderogabilità e indisponibilità, per l'orientamento in questione, devono dunque essere riportate a due momenti diversi del rapporto, senza alcuna possibilità di sovrapposizione: se non ci fosse l'art. 2113 c.c. infatti, i diritti entrati nel patrimonio giuridico del lavoratore per effetto della norma inderogabile sarebbero quindi liberamente disponibili. Si noti, del resto, come i diritti *patrimoniali* del prestatore di lavoro non potrebbero essere nemmeno soggetti alla disciplina di cui all'art. 1966, comma 2, c.c., dettata in tema di transazione per i diritti indisponibili (che corrispondono, come si è visto, ai diritti della personalità). Sembrano aderire a questa impostazione, pur se con diversi accenti, anche G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, p. 55 ss.; U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, III° ed., Giuffrè, Milano, 1964, p. 186; G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 34; R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia privata assistita*, cit., p. 638; E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 91 ss.

³⁰² Utilizziamo questo termine in senso a-tecnico, non volendo ovviamente confondere la "fonte di diritto" con l'atto di autonomia negoziale.

³⁰³ Tralasciando le questioni sorte nel periodo pre-codicistico, per cui si può senz'altro rimandare a O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., pp. 39-45, oltre alla originaria contrapposizione tra la tesi c.d. soggettivistica, sostenuta da F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore*, in *Giur. compl. Corte Cass.*, 1948, p. 54 ss., e la tesi c.d. oggettivistica, facente capo in particolare a A. SERMONTI, *L'invalidità delle rinunce e transazioni nel rapporto di lavoro*, cit., devono ricordarsi senz'altro P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, relazione svolta al XXVII° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 423 ss., la quale, "rovesciando" la struttura della disposizione, sottolinea la funzione conciliativa dell'art. 2113 c.c., valorizzandone la portata dispositiva dei diritti del prestatore, ma in una prospettiva *de iure condendo*

dibattito teorico dell'ultimo settantennio è che la dottrina giuslavoristica abbia finito con l'elaborare una categoria propriamente “dogmatica”, ovvero l'indisponibilità, in larga parte “eccedente” il dato positivo. Un punto, però, deve essere ben chiaro: al di là delle incerte prospettive che possono delinarsi in ordine ad un complessivo riassetto del diritto del lavoro³⁰⁴, i diritti “indisponibili” – anzi, *relativamente* indisponibili – di cui tratta l'art. 2113 c.c. non coincidono affatto con i «diritti indisponibili» cui si riferiscono numerose disposizioni sparse nel codice civile, che a vario titolo richiamano il concetto di indisponibilità³⁰⁵. I «diritti indisponibili» a cui si riferiscono le disposizioni di parte generale del codice, sono quelli «caratterizzati da un'effettiva limitazione del potere di disposizione del loro titolare»³⁰⁶, ovvero della limitazione della facoltà del titolare del diritto soggettivo di trasferirlo ad altri³⁰⁷. Si tratta precisamente di interessi che, per ragioni di *ordine pubblico*, l'ordinamento vuole sottrarre alla libera circolazione: la vita, l'integrità fisica, il nome, l'onore, la reputazione, ovvero quei beni giuridici che sono inseparabili dalla *persona* del suo titolare. Sono, in altre parole, i diritti della personalità³⁰⁸. Mentre, come è noto, i diritti patrimoniali ricomprendono *naturaliter* anche il potere di

di parziale superamento dell'inderogabilità generalizzata della disciplina lavoristica; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 294 ss., che, recuperando le argomentazioni proposte dalla Corte Costituzionale circa la naturale “disponibilità” dei diritti del prestatore di lavoro, propone una lettura “sistematica” della disposizione quale regime speciale, alternativo tanto alla nullità derivante dal contrasto con la norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., tanto all'annullabilità fondata sul vizio del consenso.

³⁰⁴ Ne tratteremo nella sezione successiva di questo capitolo.

³⁰⁵ E precisamente, gli artt. 1966, comma 2, cc., in tema di transazione; 2731 c.c. e 2733, comma 2, c.c., in tema di confessione; 2739, comma 1, c.c., in tema di giuramento; 2934, comma 2, c.c. e 2937 c.c., in tema di prescrizione; 2968 c.c., in materia di decadenza; e 806, comma 1 c.p.c., a proposito dell'arbitrato rituale.

³⁰⁶ Letteralmente O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, cit., p. 17.

³⁰⁷ Cfr. in particolare S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento di diritti*, in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 1 ss. M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, cit., p. 52 ss.; U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, Cortina Libreria, Milano, 2007, VIII° ed., p. 50.

³⁰⁸ Come rileva O. DESSÌ, *ult. op. cit.*, p. 22, «Lo scopo è di evitare che [il titolare del diritto della personalità], se si viene a trovare in una situazione soggettiva di debolezza che gli impedisce di valutare liberamente e coscientemente i propri comportamenti, “si serva” – o sia indotto a “servirsi” – di tali diritti in modo da ledere, talora irreparabilmente, la propria persona».

disposizione, che l'ordinamento esclude, in via del tutto eccezionale, per lo più allo scopo di garantire interessi di soggetti terzi rispetto al titolare del diritto, e dunque *contro* l'interesse di questo³⁰⁹. Ben altri sono invece i diritti *relativamente* indisponibili di cui si tratta nell'unica disposizione speciale che il codice civile riserva in argomento al rapporto di lavoro. Questi sono i «diritti del prestatore di lavoro»³¹⁰ «derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi», dunque diritti di contenuto squisitamente patrimoniale³¹¹.

Questo è quanto, molto semplicemente, può ricavarsi dal dato positivo. Se, come alcune prospettazioni lasciano intendere³¹², nel prossimo futuro l'«indisponibilità» della situazione giuridica dovrà seriamente essere «elevata», nell'ottica di un complessivo riassetto della materia, a criterio selettivo dei diritti da proteggere con norma inderogabile, deve essere quanto meno subito chiarito che non si starebbe più parlando della stessa categoria giuridica, che ha rappresentato un caposaldo del diritto del lavoro sino ad oggi, ma di ben altro concetto, di matrice pubblicistica.

³⁰⁹ Ipotesi peculiari sono quei mezzi di conservazione della garanzia del patrimonio del debitore previsti agli art. 2900 c.c. (azione surrogatoria), 2901 c.c. (azione revocatoria), art. 2905 c.c. (sequestro conservativo). Si pensi ancora al caso dell'interdizione legale conseguente a condanna penale.

³¹⁰ Anche non subordinato stante il riferimento generico ai «rapporti di cui all'art. 409 c.p.c.» operato dal primo comma dell'art. 2113 c.c.

³¹¹ Non che non si veda come anche i c.d. diritti della personalità, indisponibili in quanto tali per ragioni di ordine pubblico, possano venire implicati nella fase «funzionale» del rapporto, proprio in ragione del coinvolgimento della persona del lavoratore nell'esecuzione della prestazione. Ma se il rapporto di lavoro può divenire *accidentalmente* occasione di episodi di lesione dei diritti della personalità (sotto forma di danno biologico o morale causato da una lesione fisica o da un'incontinenza verbale) è altrettanto evidente che nemmeno sarebbe ammissibile – sotto un profilo giuridico – una disposizione necessariamente preventiva – *alias*, una rinuncia – di diritti che attengono all'integrità stessa della persona, e che sono perciò intangibili.

³¹² Cfr. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., in particolare p. 383 ss.

SEZIONE III – LA “CRISI” DELL’INDEROGABILITÀ TRA PROPOSTE E RIFORME. VERSO UN NUOVO ASSETTO DELLE FONTI DEL RAPPORTO DI LAVORO?

Sommario: 8. Dalla legislazione dell'emergenza alla stagione della flessibilità: il diritto del lavoro tra sovranità e globalizzazione. 9. Dalla «contrattazione delegata» alla «autonomia individuale assistita»: «crisi» e «critica» dell'inderogabilità. 10. Il «fatto nuovo» del diritto del lavoro del nuovo millennio: l'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modificazioni in l. n. 148/2011. 11. L'assetto delle fonti del diritto del lavoro italiano.

8. *Dalla legislazione dell'emergenza alla stagione della flessibilità: il diritto del lavoro tra sovranità e globalizzazione.*

Il percorso di “affermazione” del principio di inderogabilità della norma lavoristica culmina, come detto, nella legislazione garantista-promozionale realizzata in particolare a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso. Lo Statuto dei lavoratori – legge 20 maggio 1970, n. 300 – rappresenta idealmente il compimento del disegno riformatore della società già contenuto, *in nuce*, nella Costituzione: alla massima forma di tutela sul piano individuale, rappresentata dalla stabilità reale del posto di lavoro, si accompagna un elevato garantismo sul piano collettivo, per effetto del “diritto di cittadinanza”, ora sancito anche legalmente, del sindacato in azienda.

In questa fase, che abbiamo definito del “diritto del lavoro classico”, l'inderogabilità della disciplina statutale è la tecnica privilegiata con cui il legislatore si fa carico di dare risposta alle esigenze di protezione sul piano *contrattuale* del lavoratore-contraente debole; d'altro canto, i divieti di discriminazione che lo Statuto introduce, presidiati dalla nullità civilistica – in chiave sanzionatoria – dei comportamenti lesivi dell'*identità personale* del lavoratore, danno sostanza a quei principi costituzionali di eguaglianza e parità sostanziale che sono diretti anzitutto

alla protezione del lavoratore-persona³¹³. La “pervasività” della disciplina legale è notevole, perché dal momento genetico del contratto si sviluppa lungo tutto l’arco del rapporto, ricomprendendo, coerentemente con le finalità di protezione assunte, anche la fase “gestoria” dei diritti da essa assegnati. Davvero “molto oltre” l’attuazione stretta delle riserve previste nella Costituzione; ma la ragione di tale “attivismo” legislativo va ricercata principalmente nelle condizioni sociali generali ancora molto precarie nel Paese³¹⁴, senza contare come la mancata attuazione di quel modello di contrattazione collettiva nazionale dotata di efficacia generalizzata, prefigurato dalla seconda parte dell’art. 39 Cost., depotenzi non poco la “funzione normativa” del contratto collettivo.

Dalla fine degli anni Settanta, la crisi petrolifera e l’emergere di nuovi *competitors* sulla scena del mercato internazionale determinano un graduale ma costante ‘sdoppiamento’ delle linee portanti del diritto del lavoro. Al garantismo individuale ed alla promozione del fenomeno sindacale si affiancano nuove linee di indirizzo nella legislazione lavoristica, tese ad affrontare dapprima “le emergenze”, ovvero quelle crisi occupazionali, congiunturali, legate alle ristrutturazioni industriali e al decentramento dell’organizzazione produttiva, e poi “le esigenze” – queste, invece, strutturali – di maggiore flessibilità nell’utilizzo della manodopera da parte delle imprese. Come vedremo, al complicarsi delle linee di indirizzo del diritto del lavoro seguirà anche l’impiego, sempre più frequente, di una diversa tecnica legislativa, comportante il rinvio alla contrattazione collettiva – ovvero, ai contratti collettivi stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi – in funzione sia di integrazione sia di deroga alla disciplina legale. Una tecnica particolare questa, finalizzata chiaramente a “gestire”, attraverso la mediazione e il consenso del

³¹³ Seppure, come è ovvio, i due piani vadano sempre intersecandosi nella legislazione.

³¹⁴ Condizioni di arretratezza testimoniate anche da alcune inchieste parlamentari condotte verso la metà degli anni Cinquanta. Vedi in particolare la relazione della Commissione parlamentare di inchiesta del 1957, presieduta dall’on. Rubinacci, consultabile in *Le condizioni dei lavoratori in Italia*, in *Rass. lav.*, 1958, I, p. 171 ss.

sindacato più rappresentativo³¹⁵, le esigenze di abbassamento e di flessibilizzazione delle tutele poste dalle congiunturali crisi occupazionali prima, e dai nuovi modelli di organizzazione d'impresa poi; una tecnica e che dovrà però confrontarsi con la perdurante inattuazione dell'art. 39 parte seconda Cost. e con la conseguente impossibilità di equiparare pienamente, quanto ad estensione soggettiva e funzione normativa, legge e contratto collettivo.

Non potremmo, come è evidente, analizzare nel dettaglio tutta la legislazione intervenuta a partire dalla metà dagli anni Settanta sino ad oggi, in cui si sono gradualmente palesati questi processi. Tuttavia, dal momento che ogni ragionamento giuridico non può che fondare la proprie basi sul dato positivo, sembra opportuno fornire in questa sede almeno i riferimenti normativi essenziali del discorso che si va conducendo.

Volendo proporre una periodizzazione, nella letteratura è solito rappresentare, dopo la fase garantista-promozionale culminata nello Statuto dei lavoratori, una scansione in diverse fasi successive, distinguibili tra loro sebbene temporalmente intersecate: e così, convenzionalmente³¹⁶, si distinguono «il diritto del lavoro dell'emergenza», conseguente alla prime crisi occupazionali determinate dallo *shock* sul mercato internazionale del petrolio della metà degli anni Settanta; «il diritto del lavoro della crisi», quale risposta ad emergenze occupazionali non più solo congiunturali ma ricorrenti, sintomo della ristrutturazione, in corso, del sistema produttivo; «il diritto del lavoro della flessibilità», con cui si ricomprendono, in

³¹⁵ Come osserva A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 688, «l'immagine, un tempo consueta, dell'azione sindacale come fonte dispensatrice di benefici (economici e normativi) per *ciascuno* e per *tutti* i lavoratori, sembra destinata ad appannarsi, in quanto una siffatta concezione del ruolo del sindacato implica un contesto economico caratterizzato dalla equilibrata riattivazione del circuito tra accumulazione dei profitti, investimenti e sviluppo dell'occupazione. Viceversa, nell'attuale frangente il ritorno al profitto ed agli investimenti non si riflette sul versante occupazionale, dove si manifesta, in termini drammatici, una crisi strutturale che sacrifica posti di lavoro o, nel migliore dei casi, gli interessi economici e professionali dei singoli dipendenti colpiti da riduzioni di orario o da radicali riqualificazioni».

³¹⁶ Cfr., ad esempio, F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, vol. I, cit., p. 137 ss.

realtà, provvedimenti alquanto eterogenei (sia per i contenuti, sia per le tecniche normative impiegate), accomunati solo dalla esigenza di dare risposta alle istanze di maggiore adattabilità della disciplina legale alle esigenze funzionali dell'organizzazione d'impresa; il «diritto del lavoro della ri-regolazione e delle riforme», che si sostanzia in alcuni provvedimenti specifici, attuativi per lo più di direttive comunitarie, e che rappresenta una “contropinta” rispetto ai processi di deregolazione controllata all'insegna della flessibilità; «il diritto del lavoro ondivago», espressione con cui si suole rappresentare quella sorta di “pendolarismo riformatore” ispirato dall'alternanza – nonché dalla contrapposizione, allora anche *ideologica* – tra le maggioranze di centro-destra e di centro-sinistra che si alternano al governo del Paese, tra la metà degli anni Novanta e il primo decennio Duemila; ed infine, «il diritto del lavoro della flessicurezza», espressione quest'ultima della crisi – anche semantica – tra gli opposti concetti di flessibilità – nel rapporto – e di sicurezza – nel mercato – di ispirazione comunitaria, di cui la c.d. riforma Fornero, legge 28 giugno 2012, n. 92, si fa promotrice.

Si è parlato, non a caso, di «formazione alluvionale»³¹⁷ della legislazione lavorista, proprio per rappresentare questo processo di sovrapposizione e stratificazione di discipline diverse, talora anche confliggenti, e tali da determinare (anche) notevoli difficoltà di coordinamento tra provvedimenti appartenenti a fasi storiche diverse e rispondenti a finalità tutt'altro che omogenee.

Dapprima, proprio a metà degli anni Settanta, anche l'Italia viene raggiunta dalla crisi economica, determinata, sul piano mondiale, dallo *shock* petrolifero, dai processi di innovazione tecnologica, dalla terziarizzazione dei sistemi produttivi, e dall'internazionalizzazione dei mercati: elementi che impongono alcune prime

³¹⁷ G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, in in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 375 ss. Concetto ripreso da P. TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, vol. I, cit., p. 451 ss.

importanti modifiche all'apparato garantistico da poco realizzato³¹⁸. Si osserva come l'anno 1977 rappresenti un primo punto di svolta per gli assetti futuri del diritto del lavoro, non solo per l'emersione, contemporanea, della drammatica crescita della disoccupazione giovanile accompagnata dall'effetto inflazionistico determinato dagli automatismi salariali della c.d. scala mobile³¹⁹, ma anche perché proprio a partire da quell'anno furono varati i primi provvedimenti volti a dare una concreta risposta a queste problematiche, nel segno di una parziale rivisitazione dell'assetto garantistico tradizionale della materia³²⁰. Oltre alla legge 12 agosto 1977, n. 675, recante «provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore», ed alla legge 1° giugno 1977, n. 285, recante «provvedimenti per l'occupazione giovanile», proprio in quell'anno ha inizio una sequenza legislativa tutta ispirata alla necessità di contenere il costo del lavoro, che provocherà un (temporaneo) superamento del principio del *favor*, ovvero di quello schema classico dell'inderogabilità uni-direzionale, secondo cui la contrattazione, di qualsiasi livello, si fa «dispensatrice di benefici ... *per tutti e per ciascuno*»³²¹, seguita a ruota, dove il potere negoziale del singolo lavoratore lo consente, dalla contrattazione individuale. È infatti il decreto-legge 1° febbraio 1977, n. 12, conv. con modificazioni nella legge 31 marzo 1977, n. 91, ad inaugurare quella legislazione dei c.d. tetti massimi³²², trattamenti economici dichiarati dalla legge invalicabili, ovvero inderogabili anche *in melius* da parte della contrattazione collettiva (e individuale), che la Corte Costituzionale dichiarerà in un primo

³¹⁸ Così F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, cit., pp. 149-151.

³¹⁹ F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJA-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro*, vol. I, cit. p. 39.

³²⁰ Cfr. in particolare R. DE LUCA TAMAJA-L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza: la legislazione degli anni 1977-1978*, Jovene, Napoli, 1979.

³²¹ Così A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, cit., p. 688.

³²² Che proseguirà anche negli anni Ottanta con il decreto-legge 21 febbraio 1984, n. 12, recante «disposizioni in materia di contratti di solidarietà», poi non convertito in legge, e dal decreto-legge 17 aprile 1984, recante «misure urgenti in materia di tariffe, di prezzi amministrativi e di indennità di contingenza», questo invece convertito con modifiche nella legge 12 giugno 1984, n. 219.

momento legittima, in ragione della temporaneità ed urgenza degli interventi legislativi e della prevalenza degli interessi pubblici generali, di cui può e deve farsi interprete e garante il legislatore³²³. Contemporaneamente però, viene ricercato in via preventiva (e con alterne fortune) il consenso del sindacato confederale, attraverso quelle prassi concertative che daranno vita alla stagione degli accordi interconfederali e di quella che alcuni Autori definiscono come «legislazione negoziata»³²⁴, o dello «scambio politico»³²⁵: quale contropartita della moderazione salariale e del raffreddamento del conflitto collettivo, il sindacato confederale ottiene, oltre alla legittimazione e al riconoscimento della propria rappresentatività, anche l'utilizzo di risorse pubbliche per ammortizzare le conseguenze sociali delle ristrutturazioni produttive³²⁶.

In seguito, quella che inizialmente era apparsa come una fase transitoria, congiunturale, di emergenza, e per questo affrontata con provvedimenti legislativi contrassegnati dal medesimo carattere della transitorietà, si rivelerà invece una situazione di strutturale disequilibrio del mercato del lavoro. E lo stesso diritto del lavoro dovrà assumere come primo obiettivo la difesa dei livelli occupazionali, anche a discapito del mantenimento dei livelli di tutela precedentemente raggiunti³²⁷.

³²³ Cfr. in particolare Corte Cost., 7 febbraio 1985, n. 34, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 153; ma vedi poi Corte Cost., 26 marzo 1991, n. 124, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1226, che al contrario, una volta cessata l'emergenza, dichiarerà illegittima l'invasione del legislatore nella sfera riservata all'autonomia collettiva, dovendo «le parti sociali ... essere lasciate libere di determinare la misura dell'indicizzazione e gli elementi retributivi sui quali incide [in quanto] compressioni legali di questa libertà, nella forma di massimi contrattuali, sono giustificabili solo in situazioni eccezionali, a salvaguardia di superiori interessi generali, e quindi con carattere di transitorietà, senza peraltro che la durata del provvedimento debba necessariamente essere predeterminata con l'indicazione di una precisa scadenza».

³²⁴ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, XII° ed., Cacucci, Bari, 2006, p. 203.

³²⁵ A. PIZZORNO, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, in C. CROUCH-A. PIZZORNO (a cura di), *Conflitti in Europa. Lotta di classe, sindacati e stato dopo il 1968*, Etas, Milano, 1977, p. 407 ss.

³²⁶ Con gravi conseguenze, però, sul debito pubblico, che proprio in questa fase inizia la sua crescita esponenziale.

³²⁷ Come osserva R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1257 ss., «quella che poteva sembrare una situazione sfavorevole di carattere contingente assume le sembianze ... di una profonda trasformazione della realtà socio-economica del Paese, che conduce al ritirarsi dell'industria con diminuzione della presenza delle categorie tradizionali di lavoratori; all'estensione del terziario con

È la legislazione della «crisi», dove per crisi si intende, secondo l'accezione comune, quel processo in cui si manifesta la difficoltà crescente, probabilmente irreversibile, di un determinato processo – nella fattispecie, del sistema produttivo –, considerata sino ad allora come un modello di riferimento, senza che, al contempo, riesca ancora a delinarsi un diverso sistema, idoneo ad assurgere a nuovo paradigma di riferimento in sostituzione del precedente, ormai decotto. La stabilità, ormai strutturale, di alti tassi di disoccupazione, e la stagnazione economica accompagnata oltretutto da un'elevata inflazione, tutti fattori sintomatici della crisi economica, divengono occasione di un graduale ripensamento anche della disciplina del rapporto di lavoro, sul presupposto per cui una modifica del modo di produrre, concretatasi nel decentramento sempre più spinto della produzione e nella crescente terziarizzazione dell'economica, debba essere accompagnata da una modifica delle regole che presiedono all'organizzazione del lavoro, che della produzione è una componente essenziale³²⁸. La “crisi”, dal piano economico-produttivo “trasmigra”, per così dire, al piano legislativo-regolatorio, e suggerisce una “mutazione genetica”, inizialmente rimasta sotto-traccia ma gradualmente sempre più evidente, delle tecniche regolatorie³²⁹: un “nuovo” diritto del lavoro all'insegna della «flessibilità».

Se, da un punto di vista descrittivo, mediatico, il termine «flessibilità», rapportato ad un insieme di regole eteronome, restituisce l'immagine di una disciplina regolatoria più adattabile alle esigenze concrete dei suoi destinatari, da un

l'emersione di una pluralità di nuove figure; alle innovazioni tecnologiche che determineranno esuberanti».

³²⁸ Questo processo è particolarmente evidente per quegli istituti del rapporto di lavoro più esposti alle conseguenze del decentramento produttivo, si pensi solo alla interposizione di manodopera, completamente vietata dalla legge n. 1369/1960 e poi gradualmente “liberalizzata”, dapprima in via giurisprudenziale, sotto forma di distacco, e poi dalla legge, sino a cambiare addirittura nome: cfr. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento e ramo d'azienda*, III° ed., Giappichelli, Torino, 2013.

³²⁹ Mutazione che impone, a monte, un maggiore coinvolgimento delle parti sociali nelle politiche economiche e, conseguentemente, anche una moltiplicazione delle funzioni del contratto collettivo: cfr., sotto quest'ultimo profilo, la ricostruzione proposta da E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 195 ss.

punto di vista tecnico-giuridico «flessibilità» rinvia invece a due concetti tra loro ben distinti³³⁰. Da un lato esso attiene infatti all'*articolazione interna* del tipo «rapporto di lavoro subordinato», che si concreta nel passaggio graduale da un modello rigido e unitario di lavoratore (tendenzialmente maschio) impiegato nella grande industria, a tempo pieno e indeterminato, tipizzato dall'art. 2094 c.c., ad una molteplicità di modelli per così dire «speciali» - *rectius*, «a disciplina speciale» - tutti accomunati dal tratto distintivo della subordinazione, di cui il lavoro ripartito e a chiamata tipizzati dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 rappresentano le forme più estreme, introdotti in funzione di un utilizzo più flessibile della manodopera e, in particolare, del tempo di lavoro. Dall'altro lato, la «flessibilità» attiene ad un mutato assetto delle fonti, sotto il profilo del rapporto tra la legge e il contratto collettivo, quest'ultimo chiamato sia ad integrare, sia (talvolta) anche a derogare *in peius* la disciplina legale; mentre il contratto individuale, almeno in una prima fase, resta sostanzialmente estraneo a questa alterazione dei rapporti tra le «fonti»³³¹ di regolamentazione.

Nella prima accezione, quella dell'*articolazione del tipo*, la flessibilità si traduce nell'introduzione di una molteplicità di forme di impiego, riversate in altrettante figure contrattuali tipizzate (contratti a termine, contratti di formazione e lavoro, *part-time*, somministrazione di manodopera, lavoro ripartito e a chiamata), la cui specialità attiene alla disciplina, caratterizzata da elementi «devianti» (il termine, l'orario ridotto, la scissione dei poteri datoriali) rispetto al tipo standard (a tempo pieno e indeterminato), le quali però devono comunque ricondursi sotto il profilo *tipologico* della subordinazione. In questa direzione si colloca una vasta ed eterogenea serie di provvedimenti legislativi, che si snoda lungo tutto il ventennio 1984-2003: inaugurata dalla legge 19 dicembre 1984 (conversione in legge del

³³⁰ Vedi F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, cit., p. 153 ss.

³³¹ Ferma la distinzione concettuale tra la legge, fonte eteronoma, di diritto oggettivo, e la contrattazione (individuale e collettiva), fonte di obbligazioni tra le parti stipulanti.

decreto n. 726/1984), che introduce una prima disciplina legislativa del *part time* e del contratto di formazione e lavoro, essa proseguirà – solo per citare i provvedimenti più significativi – con la legge 28 febbraio 1987, n. 56 (di riforma del mercato del lavoro, con sostanziali ritocchi alla disciplina del contratto a termine e dell'apprendistato), con il decreto-legge 19 maggio 1994, n. 299, poi convertito nella legge 19 luglio 1994, n. 451 (ancora sul contratto di formazione e lavoro), con la legge 24 giugno 1997, n. 196 (che introduce, fra l'altro, la prima forma di somministrazione di manodopera, allora definita «lavoro interinale tramite agenzia»), con il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, sul *part time*, e il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 sul “nuovo” contratto a termine (entrambi attuativi di direttive comunitarie), culminando nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che nell'ottica di una complessiva riforma del mercato del lavoro introduce fra l'altro una nuova disciplina della somministrazione di manodopera, oltre a modificare più o meno profondamente altre tipologie contrattuali già esistenti.

Nella seconda accezione invece, la «flessibilità», intesa come «deregolazione», ovvero come progressiva devoluzione di funzioni in senso lato normative dalla legge al contratto collettivo (operazione attraverso cui transita anche la “derogabilità” della legge da parte del contratto collettivo, ce ne occuperemo nel prossimo paragrafo), prende corpo, secondo un processo che si sviluppa parallelamente a quello appena descritto, nella maggior parte dei provvedimenti legislativi già citati³³². Ma in questa direzione di relativa “sussidiarietà” tra legge e contratto collettivo si collocano anche (e soprattutto) la disciplina dell'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, realizzata in due riprese attraverso la legge 12 giugno 1990, n. 146 e la successiva (sostanziale) modifica ad opera della legge 11 aprile 2000, n. 83, la legge

³³² Ed anzi, può facilmente osservarsi come proprio nella disciplina delle tipologie contrattuali più “flessibili” si riscontri un utilizzo più massiccio del ricorso al contratto collettivo, in funzione tanto integrativa, quanto derogatoria della disciplina legale: la tecnica legislativa, del resto, non è mai avulsa dalla *ratio* della legge; dove si ritiene opportuno “innovare”, tipizzando degli assetti contrattuali alternativi allo standard, così da rispondere alle istanze economiche, la contrattazione collettiva diviene una risorsa indispensabile, tanto ai fini della mediazione e del controllo, tanto – sotto un piano politico-sindacale – del consenso verso le aperture della disciplina.

23 luglio 1991, n. 223, recante una profonda rivisitazione del sistema di ammortizzatori sociali destinato alla grande industria e contenente finalmente una disciplina legale dei licenziamenti collettivi (con un ritardo ultra-decennale rispetto alle direttive comunitarie), la legge 29 dicembre 1990, n. 428 (il cui art. 47 contiene la disciplina “collettiva” del trasferimento d’azienda), e, in tempi più recenti, il decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 in materia di orario di lavoro, che traspone (in molte parti, quasi letteralmente) la direttiva comunitaria 93/104/Cee, poi modificata dalla successiva direttiva 2000/34/CE.

Analizzeremo nel prossimo paragrafo alcune disposizioni di questi corpi normativi perché sono espressive di un rapporto tra legge e autonomia collettiva ben diverso da quello prefigurato dal diritto del lavoro “classico”, in cui è la disciplina legale, attraverso la caratteristica dell’inderogabilità, a segnare i “minimi” di tutela, lasciando alla contrattazione collettiva ogni “fuga in avanti”, in direzione di un ulteriore miglioramento degli standard. In questo nuovo modello, invece, legge e contrattazione sembrano concorrere, su un piano di “sussidiarietà”, all’individuazione dello standard protettivo, e alla stessa contrattazione la legge assegna il compito ulteriore di derogare allo standard legale a fronte di alcune ben individuate esigenze. Per adesso possiamo però già sottolineare come al compinarsi delle direttrici di intervento del diritto del lavoro (costretto a “mediare” sempre più tra protezione degli occupati e mantenimento dei livelli occupazionali), corrisponda un intrecciarsi delle tecniche regolatorie.

Le spinte alla flessibilità della disciplina lavoristica, nelle due accezioni sopra individuate, della moltiplicazione interna del tipo e della de-regolazione, non sono però univoche né incontrastate. Come osservato dalla più attenta dottrina³³³, la

³³³ Che ha dedicato da sempre grande attenzione all’utilizzo delle tecniche normative: cfr., in particolare, L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *Riv. it dir. lav.*, 1988, I, p. 7 ss.; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 317 ss.; AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, AIDLASS (a cura di), Atti delle Giornate di studio di Pesaro-Urbino del 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003.

tecniche di regolazione del rapporto sono direttamente influenzate dalla circolazione di modelli giuridici di varia matrice, favorita dal processo di unificazione economica e di “armonizzazione” giuridica europea. Molti dei provvedimenti sopra richiamati (soprattutto la legge sul licenziamento collettivo), ed altri ancora, tra cui si possono ricordare in particolare la legge 11 maggio 1990, n. 108 (che ritocca in molte parti la disciplina dei licenziamenti individuali), e il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18 (che sostanzialmente sostituisce la disciplina del trasferimento di azienda e di ramo già contenuta nell’art. 2112 c.c., in recepimento della direttiva 98/50/CE), rispondono in realtà ad una logica in parte diversa, di «ri-regolazione» legislativa della materia, anche su impulso di precisi *input* comunitari³³⁴.

In tempi più recenti, il nostro diritto del lavoro è stato più marcatamente influenzato dalla alternanza politica, tra maggioranze di centro-destra e centro-sinistra, alla guida del Paese. Alle riforme ispirate ad una logica di forte valorizzazione della «flessibilizzazione» della disciplina lavoristica – in entrambi i sensi sopra accennati – promosse dal secondo governo Berlusconi tra il 2001 e il 2006, si contrappongono, a mo’ di controriforma, specifici provvedimenti emanati dal governo Prodi, nel biennio 2006-2008, di marca esattamente opposta: ci si riferisce, in particolare, alla legge 27 dicembre 2006, n. 296, che rafforza tra l’altro la disciplina della responsabilità solidale negli appalti, e la 24 dicembre 2007, n. 247, di attuazione del c.d. “protocollo sul *welfare*” siglato in estate con le parti sociali, che abroga diverse disposizioni del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ripristinando tra l’altro alcune tutele a favore dei lavoratori impiegati in contratti a tempo parziale. Con il terzo governo Berlusconi si assiste però ad un “ritorno” delle spinte flessibilizzanti, che prende corpo in particolare nel decreto-legge 25 giugno 2008, convertito con modifiche nella legge 6 agosto 2008, n. 133 (che ripristina, tra

³³⁴ Anche se, a ben vedere, la modifica dell’art. 18 l n. 300/1970 ad opera della l. n. 108/1990, che pure estende di fatto la tutela reale, sembra rispondere più all’esigenza di evitare un’estensione ancora maggiore dell’ambito di applicazione della disposizione statutaria che sarebbe potuta derivare dallo svolgimento di un *referendum* popolare.

l'altro, il lavoro intermittente) e nel c.d. Collegato lavoro, legge 4 novembre 2010, n. 183, che contiene alcune disposizioni (in particolare, negli artt. 30-32) che sembrano addirittura poter incrinare gli assetti più consolidati della materia, assegnando surrettiziamente all'autonomia individuale inediti spazi di auto-regolazione del rapporto. Ma il provvedimento che segna un salto in avanti netto nel processo di "allentamento" della caratteristica inderogabilità della disciplina legale è l'art. 8 del decreto 13 agosto 2011, convertito con (significative) modifiche nella legge 14 settembre 2011³³⁵.

La crisi finanziaria e del debito sovrano che investe l'Italia a partire dall'estate del 2011 travolge però anche l'ultimo governo Berlusconi, e provoca la «salita» alla guida del Paese di un governo "tecnico" con a capo il Prof. Monti, e l'appoggio esterno dei due maggiori partiti, Pd e PdL, con il compito di traghettare l'Italia fuori da una situazione di crisi (finanziaria, ma anche, politica e di "credibilità" sul piano internazionale) senza precedenti. La "ricetta" prospettata dal Governo tecnico per uscire dalle difficoltà si "sostanzia" nella c.d. doppia riforma Monti-Fornero, realizzata in due passaggi (tra il dicembre 2011 e il giugno 2012) attraverso il decreto c.d. salva Italia 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modifiche nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 (che sposta in avanti l'età pensionabile e riforma nuovamente il sistema di calcolo dei trattamenti di quiescenza) e la legge 28 giugno 2012, n. 92 (che oltre a riformare tutto il sistema degli ammortizzatori sociali, nella direzione di una progressiva universalizzazione delle tutele contro la disoccupazione, tocca vari aspetti della disciplina lavoristica, tra cui anche l'art. 18 Stat. lav.).

Sebbene non sia possibile, a così breve distanza di tempo, tracciare un bilancio delle ultime riforme, è però possibile delineare, molto sinteticamente, le linee di

³³⁵ Dedicheremo ampio spazio all'esame di questa disposizione, ed alle sue possibili implicazioni sulla evoluzione della disciplina positiva del rapporto, perché si tratta di una novità davvero senza precedenti nel panorama lavoristico italiano: sostanzialmente, alla contrattazione «di prossimità» viene concessa una ampia facoltà a modificare *in peius* la gran parte della regolamentazione legale e collettiva nazionale del rapporto, pur sul presupposto di un criterio «maggioritario» nell'ambito di riferimento del contratto di prossimità. Ma vedi *infra* il paragrafo 10 e tutto il capitolo terzo del presente lavoro.

indirizzo di questi ultimi interventi³³⁶. L'idea di fondo, di matrice comunitaria³³⁷, che ispira in particolare la legge n. 92/2012, è quella di costituire una rete di protezione del lavoratore nel mercato, combattendo più efficacemente la disoccupazione strutturale (soprattutto giovanile) attraverso il potenziamento dei percorsi di formazione e così favorendo l'*occupabilità* delle persone. Contestualmente, si intende agire tanto sulla "flessibilità in entrata", tanto sulla "flessibilità in uscita" dal rapporto. Sul primo versante la riforma tende a scoraggiare i ricorsi abusivi alle forme "flessibili" di impiego, ma il "giro di vite" viene assestato, soprattutto, all'utilizzo non corretto di forme contrattuali alternative al *tipo* lavoro subordinato (standard o "speciale" che sia), ovvero le collaborazioni a progetto riconducibili in realtà ad un normale rapporto di lavoro subordinato, le c.d. "partite IVA" per soggetti a basso reddito in regime di sostanziale mono-committenza e l'associazione in partecipazione priva di una reale "partecipazione" del lavoratore al rischio di impresa. Al contempo, però, si cerca di rendere più "facile" – grazie alla restrizione del ricorso alla reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo – l'uscita dal rapporto di lavoro, anche da parte delle imprese di maggiore consistenza occupazionale rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori³³⁸.

³³⁶ Per una prima valutazione della legge di riforma può rinviarsi a M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII° Congresso Nazionale AIDLASS, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 527 ss.; F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 529 ss.; F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, suppl. n. 33/2012; M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013; G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.

³³⁷ Le finalità della legge 28 giugno 2012, n. 92, vengono "precisate", secondo un uso ormai ricorrente nei più recenti documenti legislativi - che non pare però espressivo della grande forza dell'atto normativo, ma semmai del suo esatto contrario - nell'art. 1 della stessa legge. Sul concetto comunitario di "flessicurezza" possiamo rinviare a L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 141/2012; M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*, in particolare § 4 della relazione.

³³⁸ Per una prima rassegna dell'applicazione giudiziale del "nuovo" art. 18 può rinviarsi a M. BARBIERI-D. DALFINO, *Il licenziamento individuale*, Cacucci, Bari, 2013.

In realtà, la carenza di risorse pubbliche fa sì che gli oneri economici derivanti dalle nuove coperture contro la disoccupazione siano posti in buona parte a carico degli stessi datori di lavoro, e il continuo peggioramento della situazione economica generale non lascia intravedere ancora alcun segno tangibile di queste, ennesime, riforme. Oltretutto, spinte e opposte contro-spinte, di matrice sia imprenditoriale che sindacale, diluiscono molti contenuti della legge nel corso del cammino parlamentare, rendendo complessivamente meno incisiva la versione finale della legge, sia sul versante della flessibilità in entrata, sia su quello della flessibilità in uscita.

La *flexsecurity* europea, su modello danese, non sembra insomma una strada praticabile senza l'impiego massiccio di risorse pubbliche, la quale presupporebbe, a monte, anche una grande correttezza fiscale, aspetto che purtroppo non contraddistingue, tradizionalmente, il nostro Paese³³⁹.

Chi volesse interrogarsi sulle ragioni economiche di questa graduale alterazione della tecnica di regolazione del rapporto di lavoro, tradizionalmente incentrata sul ricorso alla disciplina eteronoma inderogabile, deve risalire, in ultima analisi, alla globalizzazione del mercato.

Gli studi più recenti sulle relazioni tra la globalizzazione e il diritto del lavoro³⁴⁰ restituiscono la sensazione che la globalizzazione abbia prodotto un sostanziale arretramento degli standard di protezione sociale previsti dagli Stati

³³⁹ Cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 544.

³⁴⁰ Tra cui si possono segnalare, in particolare, A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione, Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999; M. NAPOLI (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita&Pensiero, Milano, 2006; S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001; A. LYON-CAEN-A. PERULLI (a cura di), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005; R. BLANPAIN-M. COLUCCI (a cura di), *L'organizzazione internazionale del lavoro: diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Jovene, Napoli, 2007; P. GRECO, *Mercato globale e tutela del lavoro*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, Salerno, 2000; G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011; G. PROIA, *Diritto del lavoro e mercato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1036 ss.; V. BRINO, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarietà?*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 319 ss.; O. ERMIDA URIARTE, *La crisi finanziaria globale e il diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2010, p. 279 ss.

nazionali; per lo meno, questa osservazione vale per le Nazioni europee dotate di sistemi di protezione sociale maggiormente sviluppati.

Le ragioni sono facilmente intuibili. L'avanzamento tecnologico e la maggiore facilità degli spostamenti di uomini e merci che ne consegue, favoriscono la progressiva sostituzione di un sistema produttivo accentrato – quello rappresentato, per intenderci, dall'impresa fordista, che mantiene al suo interno tutto il ciclo del processo produttivo – con un nuovo modello di impresa a rete, fortemente delocalizzata³⁴¹; contestualmente, la possibilità di effettuare comunicazioni in tempo reale consente la nascita di un mercato finanziario dei capitali unificato e dematerializzato, che progressivamente si sovrappone all'economia reale basata sugli scambi materiali. In questo contesto in cui le distanze geografiche vengono sostanzialmente azzerate, diventa possibile per l'impresa (certamente non per tutte le imprese, ma almeno per quelle imprese che hanno accesso ai capitali e al *know how* necessario per) operare su scala mondiale, destinando le produzioni a più alta intensità di lavoro nei Paesi in cui il costo della manodopera risulta più basso. Non solo: la stessa struttura giuridica dell'impresa, che assume sempre più frequentemente carattere multi-nazionale, localizza la propria sede là dove il regime fiscale risulta più conveniente. A ben vedere, nella scelta della localizzazione (del processo produttivo e della sede fiscale) entrano in gioco fattori ulteriori rispetto al costo del lavoro e al vantaggio fiscale: sviluppo delle infrastrutture, stabilità politica, condizioni ambientali, efficienza dell'apparato burocratico e giudiziario, rappresentano altrettante variabili in grado di influenzare significativamente la scelta dell'impresa su dove stabilire sede e produzione.

³⁴¹ Cfr. R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 49 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, cit.; ID., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento e ramo d'azienda*, cit.; R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 61 ss.; F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 ss.

Le conseguenze della globalizzazione economica sui processi di produzione normativa degli Stati sono molto complesse e comunque non univoche, ma è certo che il ruolo della legge nazionale esce largamente ridimensionato dal confronto con lo strapotere economico delle multinazionali, le quali tendono a sottrarsi all'applicazione delle leggi imposte dallo Stato ad assurgere addirittura a nuovo centro di produzione delle regole giuridiche³⁴²: l'«aziendalizzazione» delle regole sui rapporti di lavoro può considerarsi una manifestazione diretta di questo processo³⁴³.

In sostanza, le imprese ora «votano con i piedi», ponendo i sistemi giuridici nazionali in competizione tra loro. Gli Stati nazione, in questo contesto globalizzato, non solo perdono il completo controllo sui processi produttivi e vedono i propri mercati interni esposti alle conseguenze di sconvolgimenti politici ed economici verificatisi anche a grandissime distanze; ma sono indotti ad “adattare” il proprio diritto interno alle esigenze di soggetti economici – precisamente, le imprese multinazionali – che, localizzando altrove la propria produzione, possono creare notevoli ed immediati scompensi sul piano occupazionale e del prodotto interno lordo. Il “costo” dei sistemi di protezione sociale, se finanziato attraverso l'indebitamento pubblico, rende infatti gli Stati particolarmente esposti alle conseguenze della delocalizzazione, perché un calo improvviso del prodotto interno, accompagnato dal contemporaneo aumento degli esborsi pubblici derivanti dall'attivazione degli

³⁴² Particolarmente interessanti paiono, in tal senso, le riflessioni proposte da Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari, 1999; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2002.

³⁴³ E. ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 134/2011*, rileva come «l'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza abbiano messo in discussione le “comunità di riferimento” tradizionali del diritto, in generale, e del diritto del lavoro, in particolare», anche a causa del ruolo molto limitato giocato dalle istituzioni nell'Unione Europea nell'opera di uniformazione dei diritti del lavoro e delle relazioni industriali nazionali. Sarebbe così l'impresa stessa a farsi “comunità di riferimento” e “centro di produzione di regole giuridiche”, attraverso lo strumento del contratto aziendale. Tematizzano la «aziendalizzazione del sistema giuridico del lavoro» anche V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione al XVII° Congresso Nazionale AIDLASS, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479 ss. Cfr. anche P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005.

ammortizzatori sociali, si traduce in un immediato scompensamento dei parametri macroeconomici, che a sua volta rappresenta un fattore discriminante per le possibilità dello Stato di finanziarsi sui mercati internazionali a tassi di interesse ragionevoli. Ben si comprende, quindi, quale “influenza” possano esercitare le multi-nazionali sulle politiche interne.

Il diritto del lavoro nazionale è pressochè disarmato di fronte all’incedere della globalizzazione economica; perché le sue regole, che muovono dall’esigenza “genetica” di riequilibrare lo scambio negoziale ed assicurare che il contratto sia *davvero* strumento di libertà individuale, si traducono inevitabilmente in un costo: per l’impresa che assume e, indirettamente, anche per lo Stato che finanzia i sistemi di sicurezza sociale. «*Il lavoro non è una merce*», perché implica il coinvolgimento della persona umana nell’esecuzione della prestazione; ma ciò non impedisce l’allocazione di questo fattore di produzione là dove il suo costo è inferiore³⁴⁴.

La stessa creazione del mercato unico europeo non sembra rappresentare un fattore del tutto rassicurante per i sistemi nazionali di protezione sociale. Vero che l’Unione Europea ha visto progressivamente estendere le proprie competenze anche in materia sociale³⁴⁵, e che per effetto del Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ha assunto finalmente pieno valore giuridico, e precisamente lo stesso valore dei Trattati istitutivi³⁴⁶. È però altrettanto indiscutibile come l’allargamento ad Est del mercato unico abbia amplificato i processi di delocalizzazione dagli Stati ad economia più sviluppata (soprattutto se caratterizzati da strutturali inefficienze che rendono assai poco “appetibile” l’investimento

³⁴⁴ Anche perché, come rileva la maggior parte degli studi sopra citati – vedi nt. 340 – sulle conseguenze della globalizzazione sui rapporti di lavoro, né le clausole sociali, né i codici di condotta, né gli strumenti del diritto internazionale del lavoro si dimostrano veramente efficaci nel contrastare lo strapotere dei nuovi soggetti multinazionali.

³⁴⁵ Ne tratteremo più diffusamente *infra*, nel paragrafo 11 a proposito dell’assetto delle fonti.

³⁴⁶ Ai sensi del vigente art. 6 del Trattato sull’Unione Europea come risultante dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Cfr. P. GIANNITI, (a cura di), *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2013.

economico³⁴⁷), le cui conseguenze sul piano dell'occupazione interna sono riportate dalle cronache ormai quotidiane; suona quasi beffarda quella promessa di «parificazione [delle condizioni sociali] *nel progresso*» che secondo l'impostazione originaria dei Trattati (peraltro non smentita delle modifiche intervenute successivamente) sarebbe derivata proprio «dal buon funzionamento del mercato unico». Nel mercato unificato, i diritti sociali previsti dalle legislazioni nazionali possono anzi costituire, in alcuni casi, un ostacolo *illegittimo* alla concorrenza, valore originario di riferimento (insieme alla competizione economica) della Comunità (economica) europea, divenuta nel frattempo Unione Europea³⁴⁸.

9. Dalla «contrattazione delegata» alla «autonomia individuale assistita»: «crisi» e «critica» dell'inderogabilità.

Come osservano importanti recenti studi sulle conseguenze dei processi di globalizzazione economica sul piano regolatorio delle relazioni industriali e dei rapporti di lavoro, questi fenomeni, in una con la progressiva perdita di sovranità degli Stati nazione che essi producono, portano all'esaltazione della dimensione contrattuale³⁴⁹, il piano su cui meglio si palesa l'*autonomia* – vorremmo dire, la *nuova sovranità* – dei poteri economici. Alla potestà regolatoria dello Stato tende a sostituirsi, per effetto di un “arretramento” della legge, il contratto.

³⁴⁷ Alquanto lungimiranti paiono, a distanza di vent'anni, le osservazioni a suo tempo formulate da M. D'ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 49 ss.

³⁴⁸ È ben noto, infatti, il singolare “bilanciamento” operato dalla Corte di Giustizia tra il diritto di sciopero e la libertà di stabilimento in alcune sentenze divenute già “storiche”, come *Viking Line* (Cgce, 11 dicembre 2007, C-438/05) e *Laval* (Cgce, 18 dicembre 2007, C-341/05), per cui può rinviarsi, in particolare alle osservazioni proposte da M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 371; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 249 ss.; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 147 ss.

³⁴⁹ V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 14.

L'attacco all'«attributo genetico» del diritto del rapporto di lavoro è ormai nelle cose. Perché nella dogmatica aziendalista, ogni limitazione alla libertà negoziale si traduce *sempre* in un'esternalità, in un'inefficienza del sistema. Non possediamo le competenze necessarie per sviluppare delle analisi approfondite sul tema, ma l'impressione che si ricava anche dalla semplice fruizione dei mezzi di informazione è che il diritto del lavoro nazionale non sia l'unica «vittima» del cambiamento dei rapporti di forza tra Stato e impresa, tra legge e contratto: basti pensare alle difficoltà spesso insormontabili che si registrano, sul piano internazionale, nell'elaborare regole condivise sulla salvaguardia dei beni ambientali; o, per rimanere sul piano interno, alle vicende legate al traffico illecito di rifiuti industriali, che in prima battuta vanno certamente imputate a fenomeni di criminalità organizzata, operativa anche grazie alla complicità delle amministrazioni pubbliche, ma che di fondo, derivano dalla «insofferenza» dell'impresa per i costi dello smaltimento attraverso la filiera legale. Certo è che se la legge deve lasciare il posto al contratto, allora la via per la sostituzione, sul piano dei valori di riferimento della società, del *bene comune* con l'*interesse privato*, è aperta, e non è facile immaginare dove possa fissarsi il limite.

Non possiamo diffonderci ulteriormente su argomenti che richiederebbero studi specifici di carattere economico. Certo è che anche nel nostro ambito di interesse l'erosione della «cogenza» del diritto, che si concreta positivamente nell'«inderogabilità» della legge da parte del contratto individuale, è in atto³⁵⁰. Per lo meno, è tematizzata. Perché, come giustamente si è osservato, chi «andasse alla

³⁵⁰ Per un'analisi molto equilibrata e sostanzialmente condivisibile della vera o presunta «crisi» dell'inderogabilità, può rimandarsi C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, relazione svolta al XIII° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss. Cfr. anche, sulla stessa linea di pensiero, M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 158 ss.; ed *ivi*, p. 183 ss., A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*.

ricerca, nel diritto del lavoro, di un fenomeno di palese incontrollata *deregulation* resterebbe assolutamente deluso»³⁵¹.

Questa posizione è probabilmente passibile di qualche ripensamento proprio alla luce dell'art. 8 del decreto-legge 138/2011 di cui ci occuperemo a breve. Ma è certo che, almeno sino alla tormentata manovra economica dell'estate 2011, l'inderogabilità del diritto del lavoro abbia conosciuto soltanto attacchi indiretti, «ai fianchi»³⁵², portati per lo più in via surrettizia, attraverso la valorizzazione – ma vorremmo dire, il *sovraccarico funzionale*, almeno nelle intenzioni – di strumenti alternativi alla risoluzione giudiziale delle controversie; mentre assai meno frequenti sono state le aperture dirette, in disposizioni di carattere sostanziale, all'autonomia individuale. Non per questo però si è trattato di attacchi poco insidiosi, perché la stessa percezione del fenomeno dell'arretramento della normativa inderogabile a favore dell'autonomia individuale, *più o meno assistita*, veicola tra gli interpreti del diritto positivo l'idea dell'inadeguatezza della legge³⁵³. La globalizzazione renderebbe ormai impellente l'esigenza di dotare gli operatori economici di strumenti «meglio adattabili nel tempo»³⁵⁴; e in questa logica, fallita sostanzialmente l'opzione per un'apertura secca al contratto individuale, sarà il contratto *aziendale* – quello

³⁵¹ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, cit., v. in particolare p. 387.

³⁵² M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359.

³⁵³ È la tesi, sostanzialmente condivisa, di M. NOVELLA; C. CESTER, *op. loc. citt.*

³⁵⁴ Chiarissima è la linea di pensiero esposta da S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 440 ss. L'A. esordisce sottolineando come la certezza del diritto, intesa come «prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle decisioni» giudiziali, che l'astrattezza della legge dovrebbe massimamente garantire, costituisca una precondizione essenziale per la pianificazione economica dell'impresa. E tuttavia, «le complesse procedure che presiedono all'esercizio della funzione legislativa non consentono alle imprese di poter fare pieno affidamento sulla capacità della disciplina legislativa di adattarsi con sufficiente tempestività agli improvvisi mutamenti dello scenario economico». Per questo il contratto collettivo dovrebbe rappresentare un «giusto compromesso» tra i valori dell'astrattezza, dell'adattabilità nel tempo e della maggiore vicinanza della fonte sulla realtà da disciplinare. In tale direzione, l'art. 8 rappresenterebbe un'evidente opportunità di adattamento rapido ed efficiente alle esigenze aziendali. Considerazioni sostanzialmente analoghe sono avanzata da A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva?*, in *Bollettino Adapt*, 3 ottobre 2011, n. 32.

che, guarda caso, nel sistema di cerchi concentrici che dal contratto individuale si dipartono sino alla legge, rappresenta l'anello immediatamente superiore al primo – il nuovo *baricentro* della regolazione dei rapporti di lavoro.

Tale operazione “culturale” – che l'art. 8 ha provato ad impiantare nel diritto positivo, seppure con esiti, come vedremo, piuttosto incerti – trova terreno fertile nel dibattito dottrinale, dove la «critica» e la «crisi» dell'inderogabilità tendono spesso a confondersi. L'una trova linfa in quelle teorie che propongono un netto cambiamento di prospettiva della regolazione eteronoma del lavoro, spostando il baricentro dell'intervento correttivo dello Stato dal contratto al mercato³⁵⁵. L'altra nasce per l'appunto dalla percezione, diffusa, dell'arretramento della norma inderogabile, che renderebbe ormai “necessario”, proprio per non compromettere definitivamente un paradigma, l'inderogabilità, che è comunque riconosciuto come in qualche misura “irrinunciabile”, ripensare la misura e l'estensione dell'area protetta dalla norma inderogabile³⁵⁶. Ma questa riflessione sul “ripensamento” delle tecniche di tutela, che si colloca pacificamente sul piano *della proposta*, può produrre effetti indiretti anche sul diverso piano *dell'interpretazione* del diritto vigente³⁵⁷. Di tale collegamento, in realtà, non vi sono evidenze empiriche, ma è quanto la dottrina osserva essersi verificato, di recente, nell'interpretazione giurisprudenziale di quelle disposizioni «a precetto generico»³⁵⁸, in cui, proprio a partire da una *diversa* valutazione degli

³⁵⁵ È la proposta di P. ICHINO, che parte dalla considerazione degli effetti distorsivi dell'eccessiva rigidità delle regole sul lavoro, che di fatto creerebbero un ostacolo ingiustificato (e oltretutto contrastante con il diritto al lavoro costituzionalmente sancito) all'ingresso dei soggetti inoccupati (*outsiders*) a tutto vantaggio dei lavoratori occupati (*insiders*). Cfr. in particolare A. ICHINO-P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 457 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondatori, Milano, 1996. ID., *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 407 ss.

³⁵⁶ Pur partendo da diverse prospettive e con alcune significative differenze di metodo, sembrano convergere in tal senso le proposte di M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 39 ss.; P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 423 ss.

³⁵⁷ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 384.

³⁵⁸ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 382.

interessi in gioco – diversa rispetto a quella compiuta, in astratto, dal legislatore – l’interprete sembrerebbe auto-facoltizzarsi a ricavare dalla norma inderogabile il suo esatto contrario: la derogabilità del precetto.

È quanto starebbe avvenendo, secondo questa lettura, ad esempio in materia di mansioni, dove nonostante la nullità del patto contrario sia affermata espressamente dall’art. 2103 c.c., l’interprete (leggasi, il giudice del lavoro) alla salvaguardia della professionalità del lavoratore protetta dalla norma inderogabile potrebbe “opporre”, facendolo quindi prevalere nel giudizio di bilanciamento, l’interesse alla conservazione dell’occupazione di quello stesso lavoratore³⁵⁹. Ma allora – osserva un Autore³⁶⁰ – «se la tutela dell’interesse alla conservazione del posto di lavoro è destinata a prevalere anche dal punto di vista giuridico, il declino della norma inderogabile sembra avviato», perché questa nasce *esattamente* per evitare che il lavoratore accetti qualsiasi condizione di impiego pur di procurarsi un mezzo di sostentamento.

In linea di principio questa obiezione pare condivisibile. Forse però, la singola vicenda delle mansioni non può essere elevata a paradigma di un presunto “superamento dell’inderogabilità tramite l’interpretazione”, anche perché nei casi riportati in nota si trattava di mutamenti di mansioni disposti in adempimento dell’obbligo di *repechage*, ovvero in casi di effettiva (e provata in giudizio) soppressione del posto di lavoro originariamente assegnato dal dipendente³⁶¹.

V’è da dire che la “difesa” dell’inderogabilità, secondo una linea di pensiero pressochè dominante nel dibattito dottrinale *ante* art. 8, dovrebbe passare

³⁵⁹ Cfr. in particolare Cass., 5 aprile 2007, n. 8596, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1252, che stabilisce come «il datore di lavoro, in conseguenza di processi di riorganizzazione o ristrutturazione aziendale che abbiano comportato l’esternalizzazione di servizi o la riduzione dell’attività, può adibire il dipendente allo svolgimento di mansioni diverse, anche inferiori, mantenendo immutato il trattamento retributivo, qualora ciò costituisca l’unica alternativa praticabile al licenziamento». Dello stesso tenore anche Cass., 29 marzo 2000, n. 3827, in *Notiziario giur. lav.*, 2000, p. 607.

³⁶⁰ C. CESTER, *ult. op. loc. citt.*

³⁶¹ Quanto alla eventuale “deroga” all’art. 2103 c.c. in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore alla mansione precedente, cfr. Cass., Sez. Unite, 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 170, nt. G. PERA.

necessariamente attraverso una rimodulazione (leggasi, riduzione quantitativa) dell'impiego di questa tecnica. All'insegna dello slogan «difendere il difendibile»³⁶², anziché opporre “una difesa a oltranza” del principio di inderogabilità così com'è, una scelta che si rivelerebbe, alla lunga, perdente³⁶³, sarebbe invece più opportuno procedere ad un “ripiegamento strategico” dei confini invalicabili da parte dell'autonomia individuale. In questo caso le impellenti esigenze di flessibilità manifestate dall'impresa sarebbero soddisfatte, salvaguardando al contempo quei diritti fondamentali della persona che ne costituiscono il bagaglio giuridico irrinunciabile in uno Stato di diritto.

Le soluzioni proposte sono diverse. Secondo una certa corrente di pensiero, si tratterebbe di concentrare l'area di protezione eteronoma “forte” nell'ambito dei diritti fondamentali del prestatore di lavoro, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia europea³⁶⁴. Altri Autori propongono invece una sorta di “rivisitazione” del concetto di “ordine pubblico”, tale per cui la presenza di sanzioni pubblicistiche, di natura amministrativa o penale, sarebbe sicuro indice della “indisponibilità” della protezione giuridica assicurata dalla legge imperativamente³⁶⁵.

³⁶² M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 397.

³⁶³ C. CESTER, *ult. op. cit.*, pp. 412-413.

³⁶⁴ «Garantire la tutela della persona che lavora», deve essere il compito più impellente del diritto del lavoro contemporaneo, anche in quelle aree caratterizzate da maggiore flessibilità della prestazione in cui le direttive comunitarie (e le norme imperative da queste derivate) lasciano ampio spazio all'autonomia individuale. L'esercizio delle «prerogative manageriali nella gestione del tempo della persona che lavora» dovrebbe passare attraverso una rivisitazione ed un adattamento degli «strumenti tradizionali di riequilibrio delle posizioni contrattuali», da effettuarsi mediante l'analisi comparata: cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in particolare p. 47 e p. 65.

³⁶⁵ Questa è la proposta di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, cfr. in particolare § 12.1: «Anziché partire dalla norma inderogabile (che a priori è considerata tale) verso l'individuazione del diritto soggettivo – considerato (in)disponibile nei limiti dell'art. 2113 c.c. – la proposta è di procedere in senso contrario, cioè dal diritto indisponibile verso l'individuazione della norma inderogabile. È la natura degli interessi dei lavoratori che viene assunta come premessa per definire i caratteri della norma lavoristica, la condizione d'invulnerabilità dei beni protetti, l'imperatività del precetto e la sua forza di resistenza nei confronti dell'autonomia privata (normativa e dispositiva)». L'A. sembra fornire una “doppia nozione” di inderogabilità, una c.d. “forte”, consistente nell'area presidiata da sanzioni pubblicistiche, e una c.d. “debole”, non assistita dalla nullità “virtuale” del negozio o del comportamento non conforme per contrasta con norma “imperativa”. Su posizioni simili sembra

O ancora, potrebbe procedersi alla “compilazione” di un catalogo di diritti e posizioni giuridiche afferenti all’area “necessariamente protetta”, facendo riferimento agli interessi e valori che sono effettivamente riconosciuti nelle fonti sovraordinate alla legge ordinaria: la Costituzione e l’ordinamento comunitario³⁶⁶. Diversamente, si prospetta l’introduzione di una nuova tecnica regolativa, definita «della scelta multipla», tale da lasciare alla volontà individuale la scelta tra più assetti contrattuali, da predefinarsi in sede collettiva, «caratterizzati da diversi *mix* tra livelli di tutela e condizioni economiche di effettuazione della prestazione lavorativa»³⁶⁷.

Non ci produrremo, in questa sede, in alcuna specifica valutazione delle diverse opzioni messe in campo, che al di là delle differenze metodologiche paiono tutte accomunate, sostanzialmente, dall’idea per cui l’area dell’intervento eteronomo, realizzato attraverso la norma inderogabile, debba ridursi; pur senza addivenire però ad un totale superamento del principio, perché questo vorrebbe dire contraddire le ragioni ultime del diritto del lavoro. Parafrasando la giurisprudenza costituzionale, si può osservare del resto come la scelta delle forme di intervento eteronomo nella disciplina del rapporto di lavoro resti affidata alla discrezionalità del legislatore, fermo restando, ovviamente, il rispetto dei vincoli costituzionali e derivanti dall’ordinamento comunitario e internazionale. È però evidente, d’altro canto, come il *quantum* di inderogabilità nella legislazione sul lavoro non rappresenti affatto una variabile indipendente rispetto ai *valori* e ai *diritti* che con questa tecnica si vogliono affermare e proteggere nella forma più piena, invalidando per l’appunto ogni strumento di autonomia privata di contenuto non conforme. Anticipando alcune riflessioni che proporremo compiutamente soltanto alla fine di questo percorso,

convergere anche M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 399. Si tratta però di un concetto di “indisponibilità” differente da quello “positivizzato” nell’art. 2113 c.c.

³⁶⁶ In tal senso vedi M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., in particolare p. 72 ss. G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1204 ss.

³⁶⁷ M. NOVELLA, *ult. op. cit.*, p. 429 ss.

possiamo sin da subito evidenziare come ad essere «sotto attacco» non sia tanto – e soltanto – l’inderogabilità in sé, come tecnica normativa, quanto piuttosto quegli stessi valori e diritti che essa protegge.

Sul piano del diritto positivo, come già abbiamo accennato in precedenza trattando dell’evoluzione “per fasi” del diritto del lavoro post-costituzionale, l’allentamento del principio di inderogabilità, che ha fatto parlare la dottrina di «crisi» del principio, si è manifestato principalmente attraverso un crescente decentramento della fonte normativa³⁶⁸.

Decentrare il diritto del lavoro significa precisamente «affidare competenze normative ad altre fonti di livello inferiore»³⁶⁹, quali possono essere, segnatamente, il contratto individuale o il contratto collettivo (di livello nazionale, territoriale o aziendale)³⁷⁰.

È evidente che la prima opzione – c.d. de-regolazione secca – abbandona alla forza dei contraenti individuali la determinazione degli equilibri negoziali; senza alcuna mediazione esterna, tale meccanismo può risultare portatore di gravi scompensi e perturbazioni sociali, perché, come dimostra l’evidenza empirica, il contratto individuale può essere uno strumento foriero di libertà e autonomia individuale “genuina” soltanto quando i contraenti si trovino su piano di eguaglianza anche sostanziale.

La seconda opzione – c.d. de-regolazione contrattata – si realizza invece quando la legge opera un rinvio “mobile” ad una fonte di produzione pur sempre

³⁶⁸ Il tema del progressivo decentramento della produzione normativa è ben presente a tutta la letteratura lavoristica sulle fonti della materia. Trattano però in modo sistematico della questione, con particolare attenzione ai risvolti costituzionali e sindacali del fenomeno, P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit.

³⁶⁹ Letteralmente, V. BAVARO, *ult. op. cit.*, p. 20.

³⁷⁰ Per chiarezza, precisiamo sin da ora che quando utilizziamo il termine “fonte” per riferirci al contratto collettivo, lo facciamo in senso puramente “convenzionale”, senza voler prendere posizione a favore dell’inserimento del contratto collettivo tra le fonti di diritto oggettivo dell’ordinamento giuridico. La questione è assai controversa in dottrina, e ne tratteremo sinteticamente nel paragrafo 11 di questo capitolo.

decentrata, perché più vicina ai privati contraenti, ma tale da garantire comunque una qualche mediazione esterna rispetto ai contraenti individuali; così da scongiurare, almeno in linea di principio, gli effetti negativi della de-regolazione secca. Si tratta di una operazione che comporta una serie di problemi di compatibilità con il dettato costituzionale di non facile soluzione: in regime di perdurante inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. infatti, il contratto collettivo (indipendentemente dal livello o dal grado di rappresentatività degli agenti contrattuali) non potrà mai assumere, *di per sé*, alcuna efficacia *erga omnes*, trattandosi per l'appunto di un contratto di diritto privato, e come tale avente forza di legge soltanto tra le parti stipulanti. La dottrina e Corte Costituzionale sono ricorse ad argomentazioni complesse per superare le possibili censure, formulate principalmente sotto il profilo della lesione della libertà sindacale: l'*efficacia generalizzata* della disciplina composita, formata dalla combinazione tra la legge delegante e il contratto delegato, che rappresenta pur sempre – in detto sistema – un “*dato acquisito*”³⁷¹, deriverebbe non dal contratto collettivo in sé – perché in tal caso sarebbe in aperta contraddizione con il dettato costituzionale che indica precise condizioni perché possa realizzarsi l'*erga omnes* della sua efficacia soggettiva – ma dall'*efficacia generalizzata* dalla legge³⁷²; e così, qualora l'oggetto del rinvio afferisca alla gestione di un potere imprenditoriale, l'effetto, sempre generalizzato, dell'esercizio di quel potere, così “precedimentalizzato” dal contratto collettivo, non presupporrebbe a monte alcuna generalizzazione dell'efficacia del contratto, perché il contratto delegato si

³⁷¹ Cfr. F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191 ss. ed *ivi* pp. 269-271.

³⁷² Così L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS 2001, Giuffrè, 2002, p. 249 ss.; ed *ivi*, V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo come fonte di diritto*, p. 231. Entrambi citati da E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, cit., p. 214, nt. 59, nell'ambito di un'ampia ricostruzione sulle funzioni e sull'inquadramento sistematico del contratto collettivo post-corporativo. Cfr. però, per una lettura “critica” di questa impostazione concettuale, U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT – 22/2004.

limiterebbe solamente a “precedimentalizzare” un potere altrimenti libero dell’imprenditore³⁷³.

Concretamente, il rinvio all’autonomia collettiva, che potrebbe pur sempre comportare un indebolimento del precetto inderogabile³⁷⁴, opera ai diversi livelli di contrattazione in funzione dell’oggetto della delega³⁷⁵.

V’è poi una variabile ulteriore all’interno alla de-regolazione alla contrattazione collettiva, che rileva particolarmente sotto i profili che si vanno esaminando ed influisce non poco sulla «qualità» del decentramento³⁷⁶. Due sono infatti le tecniche attraverso cui tale operazione di de-regolazione può concretarsi, ovvero la *delega* e la *deroga*.

La delega comporta l’attribuzione, ad una fonte di livello inferiore, del potere di disciplinare un aspetto della materia *in assenza* di una specifica regolazione da parte della fonte delegante³⁷⁷. In questo caso le due fonti si collocano, sostanzialmente, su di un piano di equi-ordinazione, completandosi a vicenda.

La deroga comporta invece la disapplicazione della fonte normativa “delegante”, nel senso che la fonte di grado inferiore è facoltizzata a “disporre” – rimuovendolo – del trattamento previsto dalla fonte di grado superiore³⁷⁸. È solo in

³⁷³ È la teoria sostenuta da Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 237, nt. E. MANGANIello, per “salvare” l’art. 5 l. n. 223/1991, nella parte in cui consente ai contratti collettivi c.d. gestionali di selezionare criteri alternativi a quelli legali per individuare i lavoratori in esubero.

³⁷⁴ Perché potrebbe, in ipotesi, rendere non più attivabile l’apparato sanzionatorio pubblicistico: così M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 393; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 23.

³⁷⁵ Sotto questo profilo, le funzioni delegate dovrebbero fungere da criterio orientatore per la scelta del livello contrattuale da assumere a “fonte normativa delegata”.

³⁷⁶ V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., pp. 21-22.

³⁷⁷ Quale esempio classico di delega al contratto collettivo in funzione di completamento della disciplina legale può citarsi l’art. 8, d. lvo. n. 66/2003, a proposito della modalità di fruizione delle pause.

³⁷⁸ Classico esempio di delega al contratto collettivo in funzione derogatoria in peius della legge è l’art. 2120 c.c., relativo alla base determinazione della base di calcolo del trattamento di fine rapporto.

questa seconda ipotesi che si può parlare, tecnicamente, di “derogabilità” della legge da parte della contrattazione collettiva.

È chiaro che la quantità e soprattutto la qualità (in funzione di delega o di deroga) dei rinvii all’autonomia collettiva rappresentano un indice significativo del tasso complessivo di “inderogabilità” della legislazione lavoristica. Da un rapido esame della legislazione sul rapporto di lavoro vigente in Italia, si contano tali e tanti rinvii, tanto in funzione delegante, quanto derogatoria, all’autonomia collettiva di livello nazionale, territoriale e aziendale³⁷⁹, per cui quell’immagine stereotipata di un sistema lento, rigido, accentrato ed inefficiente, che sarebbe la causa principale della “fuga” di tante imprese dall’Italia, è probabilmente da rivedere. Del resto, il costo del lavoro rappresenta solo *un* fattore determinante per la scelta della localizzazione produttiva, al pari delle infrastrutture, dell’efficienza dell’amministrazione, della velocità dei processi e, non ultima, della certezza del diritto, questa non certo favorita dal moltiplicarsi delle fonti; e poi anche sul costo del lavoro incidono variabili (soprattutto, gli oneri fiscali) che sono del tutto estranei al diritto del lavoro e alle sue tecniche di regolazione, ma che derivano (principalmente) dalle inefficienze del sistema e dall’infedeltà dei contribuenti.

La de-regolazione secca si è rivelata, invece, una strada difficilmente percorribile (per la percezione diffusa della strutturale inidoneità del contratto individuale di lavoro a realizzare uno scambio “giusto”, anche in rapporto ai precetti costituzionali) e quindi assai raramente percorsa³⁸⁰.

Tuttavia, a partire almeno dagli anni Novanta, inizia a prendere corpo un certo indirizzo, sia in dottrina che in ambienti para-legislativi, secondo cui si sarebbe

³⁷⁹ F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto sindacale*, cit., pp. 432-436, annoverano ben settantasei rinvii alla contrattazione collettiva solo nella legislazione vigente.

³⁸⁰ Potrebbe ricordarsi l’art. 46 del d. lvo. n. 276/2003, che nel riformare (in senso peggiorativo) la disciplina del *part time*, consente al datore di lavoro di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementare anche in assenza della disciplina autorizzatoria collettiva, fermo restando, in tal caso, il consenso del lavoratore.

dovuto «ridare la parola al lavoratore»³⁸¹, ovvero approntare dei meccanismi certificatori della volontà, definiti per l'appunto «di assistenza» delle parti individuali, attraverso i quali estendere la tecnica della «volontà assistita» dalla sua sede naturale della *disposizione dei diritti* – secondo la collaurata disciplina dell'art. 2113 c.c. – a quello della *regolamentazione del rapporto*³⁸². La differenza sul piano teorico tra la disposizione del diritto e la rinuncia preventiva alla sua acquisizione (perché in ciò si sostanzia la deroga alla legge), è netta³⁸³. Tale opzione a favore della «derogabilità assistita» (che sarebbe l'effetto pratico di questa nuova forma di «assistenza» all'autonomia individuale) viene argomentata a partire dal «sovradimensionamento» del contenzioso giudiziario e dalla non rispondenza dei modelli di tutela apprestati dall'ordinamento positivo alle nuove esigenze – di maggiore autonomia e flessibilità della prestazione – manifestate dal mondo del lavoro (non solo da parte imprenditoriale). Si tratta, in realtà, di un filone di un dibattito molto più ampio, particolarmente vivo sia nella dottrina che negli ambienti parlamentari tra la seconda metà degli anni Ottanta e i primi anni Duemila, riguardante l'assetto *tipologico* del diritto del lavoro, allora incentrato sulla contrapposizione duale pressochè assoluta tra lavoro subordinato, «iper-regolato» e «iper-protetto» e lavoro autonomo, area pressochè estranea all'intervento eteronomo³⁸⁴. In sostanza, per ovviare alle distorsioni imputabili alle carenze di un sistema protettivo ormai non più rispondente alle più moderne forme di organizzazione del lavoro (tale da determinare

³⁸¹ Così A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 479; Cfr. anche M. BIAGI-M. TIRABOSCHI, *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 347 ss.; e, più recentemente, G. PERONE-A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

³⁸² Cfr. in particolare R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, cit., p. 414 ss.

³⁸³ Possiamo rinviare a quanto osservato nel paragrafo 7 del presente capitolo.

³⁸⁴ Per un riepilogo delle proposte avanzate in dottrina sino all'emanazione della c.d. legge Biagi, può rinviarsi a M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359 ss.

una “fuga” dal lavoro subordinato), si propone l’introduzione di un meccanismo, con valore certificatorio, che consenta ai contraenti individuali, mediante forme di assistenza di carattere amministrativo o sindacale, di “selezionare”, per così dire, le parti della disciplina inderogabile del lavoro subordinato da applicare al rapporto³⁸⁵; si tratterebbe, così, di “spezzare” quella corrispondenza biunivoca tra *tipo* ‘lavoro subordinato’ e relativa disciplina legale che sarebbe la causa, secondo quella lettura, di tante distorsioni nel mercato e dell’esplosione del contenzioso.

Tale proposta trova una traduzione legislativa, in verità piuttosto edulcorata e sicuramente non rispondente all’intento dei suoi sostenitori, nell’istituto della certificazione di cui agli artt. 75-84 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che recepisce la delega contenuta nell’art. 5 della legge 14 febbraio 2003, n. 30³⁸⁶. Nonostante l’ambiguità di alcuni sintagmi nascosti “tra le righe” delle disposizioni, che sembrerebbero “ammiccare” a una qualche valenza dispositiva della disciplina inderogabile della certificazione³⁸⁷, secondo l’opinione maggiormente accreditata in dottrina – e pienamente condivisibile – tale istituto sarebbe del tutto privo di

³⁸⁵ Un perfetto esempio di prevalenza della forza del contratto sulla forza della legge, secondo quanto prima si discorreva.

³⁸⁶ A proposito della “prima versione” della certificazione può rimandarsi a L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 1 ss.; V. SPEZIALE, *Commento al titolo VIII*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 140 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforme e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, p. 278 ss.; M.G. GAROFALO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 421 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d. lgs. n. 276/2003*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.IT* n. 16/2004; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.IT* - n. 19/2004; L. DE ANGELIS, *La certificazione all’interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 235 ss.; V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 383 ss.

³⁸⁷ È in particolare l’art. 78 co. 4 del d. lvo. n. 276/2003 a suscitare le maggiori perplessità circa la possibilità di attribuire una funzione “dispositiva del trattamento normativo” (*rectius*, derogatoria individuale) all’istituto: la disposizione prevede infatti che «entro sei mesi dalla entrata in vigore del presente decreto legislativo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali adotta con proprio decreto codici di buone pratiche per l’individuazione delle *clausole indisponibili in sede di certificazione* dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi. Tali codici recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Ma l’opinione della dottrina resta contraria. Cfr. P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, § 5

qualsiasi effetto derogatorio della disciplina eteronoma. La certificazione, come si desume dal combinato disposto degli artt. 79-80 del d. lvo. n. 276/2003, rende infatti soltanto *temporaneamente* incontrovertibile, tra le parti e i terzi interessati (ovvero, gli enti previdenziali), la qualificazione del contratto certificato, fatti salvi poi eventuali provvedimenti cautelari. Le parti e i terzi possono rivolgersi al giudice del lavoro per far accertare l'erronea qualificazione del contratto (con effetto che retroagisce al momento della conclusione dell'accordo), la difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva esecuzione (con effetto dal momento in cui, secondo l'accertamento giudiziale, ha avuto inizio la denunciata difformità), o per vizio del consenso. È poi esperibile anche il ricorso avanti il tribunale amministrativo regionale per violazione del procedimento o eccesso di potere (anche se non è dato comprendere quale «*potere*» possa mai esercitare la commissione di certificazione, visto che nella pratica si limita a ricevere e validare le dichiarazioni spontanee delle parti). L'unico effetto utile della certificazione (ovviamente, per il datore di lavoro), consiste nella temporanea incontrovertibilità della qualificazione giuridica del contratto certificato (il che esclude la provvisoria esecutività dell'accertamento previdenziale, salvi però i provvedimenti cautelari) e nell'appesantimento della procedura per il lavoratore che volesse impugnare il provvedimento certificatorio, che è "costretto" ad esperire obbligatoriamente il tentativo di conciliazione davanti alla stessa commissione che ha certificato il contratto (il che sembra francamente incomprensibile nel caso in cui il lavoratore intendesse proporre ricorso per erronea qualificazione del contratto).

La certificazione non costituisce quindi, almeno secondo l'opinione largamente maggioritaria della dottrina, uno strumento idoneo a veicolare quella derogabilità individuale della legge che nelle intenzioni originarie si voleva realizzare. Non solo. Lo stesso termine «certificazione», per quanto sopra detto, non rispecchia nemmeno la portata effettiva dell'istituto, neanche dopo le modifiche intervenute ad opera dell'art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183, c.d. Collegato

lavoro, che pure ne ha ampliato l'ambito di applicazione e moltiplicato le sedi competenti³⁸⁸; ed anzi l'utilizzo del tutto improprio di questo termine costituisce «un inganno semantico ... volto ad accreditare l'istituto di caratteristiche non proprie»³⁸⁹, cioè a veicolare l'idea che l'accertamento disposto in sede amministrativa sia, in quanto «certificato», ormai incontrovertibile, quando in realtà così non è.

Quanto alla riforma dell'arbitrato e della clausola compromissoria contenuta nel medesimo Collegato lavoro 2010, stando almeno alla versione finale della legge, che ha sostanzialmente recepito i rilievi formulati dal Presidente della Repubblica rispetto alla versione originaria approvate dalle Camere il 3 marzo 2010³⁹⁰, dovrebbe escludersi, almeno sotto il profilo teorico, che la combinazione di questi due istituti possa produrre il risultato “sperato” – almeno dagli estensori della riforma – della derogabilità della legge³⁹¹. Questo, naturalmente, se si accoglie l'idea secondo cui anche un eventuale arbitrato di equità, disposto con le garanzie sostanziali e procedurali previste dalla legge, sarebbe comunque vincolato al rispetto delle norme inderogabili³⁹².

³⁸⁸ Sulle novità apportate dal Collegato può rinviarsi a M. CINELLI-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2011; A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. 183 del 2010*, in *Boll. Spec. Adapt*, n. 12/2010; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010; V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel “collegato lavoro”*, in *Dir. lav. mer.*, 2010, p. 141 ss.; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangerous*, in *WP C.D.S.L.E. Massimo D'Antona.IT* - n. 102/2010; A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *AA.VV., Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2012, p. 479 ss.

³⁸⁹ Così S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI-O. MAZZOTTA, *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, cit., p. 29. Dello stesso avviso M. CORTI, *Il c.d. Collegato Lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 11. In senso dubitativo vedi però L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato*, cit., p. 18.

³⁹⁰ Cfr. il Messaggio del Presidente G. Napolitano alle Camere sulla Legge in materia di lavoro del 31 marzo 2010. Rispetto alla prima versione della legge approvata dalle Camere, la stipulazione della clausola compromissoria è circondata di particolari cautele: necessita infatti della certificazione, non può essere apposta al contratto di lavoro prima che sia stato esperito il periodo di prova o trascorsi trenta giorni dall'inizio del rapporto, e non può avere ad oggetto controversie relative alla risoluzione del rapporto.

³⁹¹ Oltretutto, anche l'arbitrato, quale forma di risoluzione della controversia alternativa al giudizio, interviene nella fase “gestionale” del rapporto.

³⁹² Almeno se si vuole accogliere quella lettura del giudizio equitativo offerta dalla Corte Cost. con la pronuncia n. 206/2004, resa a proposito del giudizio di equità del giudice di pace: l'equità potrebbe svolgere una funzione soltanto correttiva e non sostitutiva delle disposizioni di legge, fatte salve

Volendo formulare qualche considerazione conclusiva, si potrebbe osservare come, da un lato, nemmeno le riforme introdotte dal Collegato lavoro 2010 siano riuscite ad aprire un varco effettivo – almeno sotto il profilo teorico – nel muro della disciplina inderogabile a favore dell'autonomia individuale. D'altro canto però, almeno in termini pratici, è del tutto evidente come l'utilizzo combinato di certificazione, clausola compromissoria ed arbitrato (soprattutto se di equità) possa produrre un certo "scivolamento" verso forme surrettizie di deroga individuale non controllate dal sistema, e, complessivamente, un ulteriore abbassamento del tasso di effettività della legge.

10. Il «fatto nuovo» del diritto del lavoro del nuovo millennio: l'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modificazioni in l. n. 148/2011.

Il c.d. Collegato lavoro del 2010 (legge 4 novembre 2010, n. 183) sembra concludere idealmente un percorso di riforme iniziato dal precedente governo Berlusconi nel 2003 con la legge delega n. 30, tutto all'insegna del tentativo (di fatto, non riuscito) di aprire un varco nel "muro" dell'inderogabilità della legge a favore dell'autonomia individuale.

Il varo di quella legge, accompagnato dal giudizio sostanzialmente negativo della maggioranza della dottrina e del mondo sindacale e dalla cautela di molti operatori, non esaurisce però la vena creativa dell'esecutivo. Dimenticati i «codici di buone pratiche» che il Ministro avrebbe dovuto emanare (ai sensi dell'art. 78 del d. lvo. n. 276/2003), stante l'inerzia sindacale, «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro», e attraverso i quali si sarebbe potuta forse veicolare la "derogabilità assistita" prefigurata dalla

quindi le norme inderogabili di legge e del contratto collettivo, passibili soltanto di "adattamenti" alle condizioni delle parti non di totale superamento. Questa rappresenta anche l'opinione maggioritaria manifestasi anche nella dottrina giuslavoristica: cfr. la rassegna proposta da M. CORTI, *Il c.d. Collegato Lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, cit., pp. 19-20.

certificazione, a pochi giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Collegato viene presentato alle parti sociali un nuovo disegno di legge³⁹³, il quale, muovendosi in piena continuità rispetto alla legge appena approvata e con altri precedenti documenti programmatici dello stesso Ministro Sacconi, contiene una delega per una nuova riforma a tutto campo del diritto del lavoro, da realizzarsi attraverso uno «Statuto dei lavori». Il nome tanto impegnativo nasconde in realtà una struttura normativa elementare, di soli due articoli, dal contenuto molto semplice: deve individuarsi, tramite la normativa delegata, un nucleo minimale «di diritti universali e indisponibili, di rilevanza costituzionale e coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» da applicarsi sia ai rapporti di lavoro subordinato, sia alle collaborazioni a progetto rese in regime di «sostanziale monocommittenza». Al di fuori di questa area, che sarebbe definita dal decreto delegato soltanto *per relationem*, si lascerebbe mano libera alla contrattazione collettiva, di qualsiasi livello, nel «modulare» la restante parte della normativa vigente, sulla base di valutazioni inerenti la difesa o la creazione dell'occupazione, la natura dell'attività lavorativa o le finalità di formazione o inserimento al lavoro del prestatore. Il progetto, per quanto radicale, pare un'evoluzione (in senso chiaramente regressivo) di proposte circolate già qualche anno prima in ambienti para-legislativi volte alla rimodulazione delle tutele nel mercato del lavoro³⁹⁴, e così pure sembra incrociare quelle proposte di rivisitazione del ruolo e dello spazio della norma inderogabile che si erano avanzate in dottrina negli anni precedenti³⁹⁵. Il Ministro dichiara però di voler subordinare l'avvio dell'*iter* parlamentare al consenso delle parti sociali, che puntualmente viene negato.

³⁹³ Vedi M. CORTI-A. SARTORI, *La presentazione alle parti sociali del d.d.l. sullo Statuto dei lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, pp. 3-5.

³⁹⁴ Cfr. ad esempio M. BIAGI-T. TREU, *Progetto per uno "Statuto dei lavori": 1998*, in T. TREU, *Politiche del lavoro: insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 317.

³⁹⁵ Il riferimento è, in particolare, a M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, cit., v. soprattutto p. 68 ss.

Sin qui gli antefatti. Il resto è storia nota. Nell'estate 2011 l'esplosione dei tassi di interesse dei titoli del debito pubblico italiano costringono il governo a varare in tutta fretta una manovra finanziaria supplementare, i cui contenuti sarebbero stati in buona parte "dettati" dalla Banca Centrale Europea in quella famosa lettera del 5 agosto, apparsa nel giro di poche settimane su tutte le principali testate³⁹⁶. Il diritto del lavoro e delle relazioni industriali non è estraneo ai "suggerimenti" dei Governatori generali, che anzi affermano «l'esigenza di riformare *ulteriormente* il sistema di contrattazione salariale collettiva, permettendo *accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende* e rendendo questi accordi *più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione*» [corsivo nostro]. Nella lettera si fa anche cenno ad una non meglio precisata «*revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti*»; ma, restando al tema della contrattazione, la missiva non manca di sottolineare come l'Accordo Interconfederale unitario sulla rappresentanza e i livelli di negoziazione appena siglato il 28 giugno si fosse mosso «nella giusta direzione»³⁹⁷.

E così, nella manovra di stabilità approvata in tutta fretta, con il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, viene inserita una disposizione di tre commi, l'art. 8, rubricato «sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità», che, almeno nella versione originaria, pare piuttosto indecifrabile³⁹⁸. Il primo comma autorizza infatti

³⁹⁶ Vedi ad esempio <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D>.

³⁹⁷ Sulla "retorica" della flessibilità a senso unico, propinata da almeno un ventennio, con cadenza quasi mensile, da tutti documenti programmatici elaborati dalle istituzioni europee più vicine al mondo finanziario quale ricetta indistinta di sviluppo economico, rinviamo, adesivamente, alle osservazioni critiche di A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto del diritto del lavoro*, in WP-CSDLE "Massimo D'Antona".IT - n. 132/2011. Cfr. anche A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, p. 919 ss.

³⁹⁸ Questo il testo completo della disposizione contenuta nell'art. 8 del decreto-legge n. 138 del 13 agosto: «1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda possono realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di

le «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero» le «rappresentanze sindacali operanti in azienda» a sottoscrivere «specifiche intese» con alcune finalità alquanto generiche; il secondo comma indica invece, in modo esemplificativo, una lunga serie di materie in cui tali accordi potrebbero intervenire; mentre il terzo comma pare contenere una norma chiaramente *ad personam*, volta a “blindare” i contratti aziendali FIAT degli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori, approvati con *referendum* dalla maggioranza dei lavoratori prima del 28 giugno³⁹⁹. Ma a parte il terzo comma, l’art. 8 prima versione non sembra contenere disposizioni di carattere innovativo: non fa cenno ad alcuna facoltà di deroga da parte dei contratti aziendali, né dei contratti nazionali, né tantomeno della legge, né dispone l’efficacia generalizzata delle intese. Stante la rubrica dell’articolo e vista la recente approvazione dell’Accordo Interconfederale unitario del 28 giugno, altro non si sarebbe potuto leggere nell’art. 8 prima versione che una presa d’atto, quasi notarile, delle previsioni dell’Accordo Interconfederale⁴⁰⁰.

competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuove attività. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione incluse quelle relative: *a)* agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; *b)* alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; *c)* ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; *d)* alla disciplina dell’orario di lavoro; *e)* alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio. 3. Le disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali, sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive cui il contratto stesso si riferisce a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori».

³⁹⁹ Prestando attenzione alla cronologia degli eventi, parrebbe tutt’altro che azzardato ipotizzare una diretta connessione tra l’art. 8 e la vicenda Fiat, per la quale possiamo rimandare a R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del Gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 113 ss.

⁴⁰⁰ Ed anzi, un recepimento soltanto parziale, visto che l’AI del 28 giugno (valevole, peraltro, solo nel settore industriale) già prevedeva al punto 7 clausole di apertura (c.d. *opting out*) al contratto aziendale (con facoltà di derogare *in peius* le previsioni del contratto nazionale). Per una ricognizione generale dei contenuti dell’AI in rapporto all’art. 8 cfr. in particolare i contributi di F. LISO, *Osservazioni sull’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* - n. 157/2012, in particolare pp. 2-20; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l’art. 8 e l’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., pp. 365-368 e pp. 371-372; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell’art. 8 con riferimento*

Ma è nella conversione in legge del decreto che si precisano le finalità e la portata dell'art. 8. Ecco il testo finale della disposizione, convertita nella legge n. 148 del 14 settembre 2011 (omettiamo il comma 3, perché rimasto invariato rispetto alla versione originaria contenuta nel decreto, e il comma 3-bis, che contiene una disposizione speciale relativa al settore dei trasporti su rotaia): «1. I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività. 2. Le specifiche intese di cui al comma 1 possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate

all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 539 ss.; M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita & Pensiero, Milano, 2012; L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 459; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 97 ss.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479 ss.

e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento. 2-bis. Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Precisato che sarebbe assai ingenuo considerare l'art. 8 alla stregua di un prodotto estemporaneo della crisi ferragostana o della necessità impellente di piegarsi alle sollecitazioni europee, perché è del tutto evidente, invece, la “continuità ideologica” tra questa disposizione e gli indirizzi espressi sin dal *Libro bianco* del 2001 dai governi di centro-destra⁴⁰¹, dobbiamo precisare che sino a oggi, ad oltre due anni di distanza dalla sua entrata in vigore, questa disposizione, che per i suoi contenuti a dir poco innovativi si è giustamente meritata l'appellativo di «fatto nuovo»⁴⁰² del nostro diritto sindacale, ha trovato scarsa applicazione pratica, per lo meno “dichiarata”⁴⁰³, quasi nessun riscontro giurisprudenziale⁴⁰⁴, ma ha praticamente

⁴⁰¹ Ed è significativo che lo riconoscano commentatori che poi forniscono dello stesso art. 8 valutazioni diametralmente opposte: cfr. ad esempio V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione al XVII° Congresso Nazionale AIDLASS, cit., ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 481-482, e, con dovizia di particolari, M. TIRABOSCHI, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello “Statuto dei lavoro” di Marco Biagi*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 78 ss.

⁴⁰² V. LECCESE, *ult. op. cit.*, p. 479.

⁴⁰³ Per una rassegna alle prime applicazioni “dichiarate” e “non dichiarate” dell'art. 8, possiamo rinviare a L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255 ss. Dalla ricerca svolta dall'A. risulta come nella prassi

le organizzazioni sindacali firmatarie concludano “di fatto” accordi in deroga, senza però esplicitare il riferimento all’art. 8 nel testo delle intese, che vengono poi “blindate” da atti di rinuncia individuale fatti sottoscrivere in sede sindacale ai singoli lavoratori. Riportano esempi di contratti stipulati con la “copertura” dell’art. 8 anche A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall’osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, Relazione al Convegno “Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali”, Venezia, 25-26 ottobre 2013, consultabile sul sito <http://convegnovenetia.files.wordpress.com/2013/10/mattei.pdf>; L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell’accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell’art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 211 ss.; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 159, nt. 147; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, cit., p. 938 ss.

Del resto, come osserva A. TURSI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 958 ss., al di là del richiamo formale nel testo dell’accordo sindacale, l’art. 8 resta comunque «effettivo» nel nostro sistema di relazioni sindacali, perché può sanare accordi aziendali o territoriali in contrasto con la legge qualora questi ricadano nelle materie indicate nella disposizione.

Sulla scarsa applicazione, per lo meno “dichiarata”, di tale norma ha senz’altro inciso la netta presa di distanza delle parti sociali formalizzata nella postilla apposta all’Accordo Interconfederale il 21 settembre 2011, secondo la quale «Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all’autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente si impegnano ad attenersi all’Accordo del 28 giugno 2011, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale».

⁴⁰⁴ A quanto consta ad oggi risulta solo una pronuncia di merito che abbia fatto diretta applicazione dell’art. 8: è la sentenza del Trib. Torino, 23 gennaio 2012, in *Lav. giur.*, 2012, p. 450, nt. critica di S. MATTONE, che, in una controversia che vedeva opposta la Filtcem alla PCMA (società del gruppo Fiat) ha escluso, facendo applicazione dell’art. 8, «la possibilità della coesistenza di più contratti collettivi operanti presso lo stesso comparto aziendale, di gruppo o territoriale, apprezzato come unitario dai rappresentanti dei lavoratori interessati», in quanto il nuovo contratto, sottoscritto dalle organizzazioni aventi una rappresentanza sindacale maggioritaria, «sostituisce quindi il contratto previamente applicabile, ancorché non scaduto, con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, compresi quelli iscritti a organizzazioni non firmatarie del nuovo contratto».

Si segnala poi la sentenza della Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 903, nt. M. COVI. La Corte, su ricorso della Regione Toscana, ha dichiarato non sussistente la q.l.c. prospettata sotto il profilo della lesione delle competenze legislative riservate alla Regione, dal momento che le materie su cui possono intervenire le intese ex art. 8 «concernono aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro, riconducibili tutti alla materia dell’ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l, Cost.), rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato». La Corte ha poi precisato che, dato il carattere eccezionale della norma, l’elencazione delle materie contenuta nel comma 2 deve ritenersi tassativa. La Consulta non ha invece potuto esaminare, stante la particolarità del giudizio (q.l.c. proposta in via principale) la censura sollevata dalla Regione Toscana con riferimento all’art. 39 Cost., in quanto una eventuale violazione di tale precetto non si sarebbe comunque tradotta in un’interferenza illegittima nelle competenze legislative regionali.

A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall’osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, cit., annovera poi la sentenza del Tribunale di Venezia del 24 luglio 2013, consultabile all’indirizzo <http://www.dirittisocialitrentino.it/?p=2238>, che avrebbe ricondotto all’art. 8 un accordo aziendale (una cooperativa) di riduzione dell’orario. Lo stesso A. segnala infine i riflessi dell’art. 8 sull’applicazione giurisprudenziale dell’art. 19 Stat. lav., la cui illegittimità costituzionale “sopravvenuta” è stata dichiarata poi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 231 del 23 luglio 2013 (cfr. per un primo commento F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Boll. Ord. ADAPT*, n. 33, 30 settembre 2013). Si tratta di un aspetto che tuttavia non tratteremo in questa sede in quanto non direttamente attinente all’oggetto del presente lavoro.

mobilitato il dibattito dottrinale⁴⁰⁵. Le ragioni della sua scarsa applicazione, se non “sotto traccia”, vanno ricercate probabilmente nei tanti problemi di “tenuta” (non

⁴⁰⁵ Rinviando alla bibliografia finale e senza pretesa di completezza, possiamo ricordare in questa sede, tra i contributi più significativi sull'art. 8, almeno F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - n. 133/2011; ID. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano 2012; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 19 ss.; ID., *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull’articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 11 ss.; O. MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l’art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 19; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479 ss.; F. LISO, *Osservazioni sull’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 157/2012; R. ROMEL, *Qualche spunto di riflessione sull’art. 8 della manovra d’agosto*, in www.nelmerito.com; T. TREU, *L’accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 613 ss.; ID., *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2011, 10, pp. 3-4; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l’art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1249 ss.; ID., *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 739 ss.; ID., *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 471 ss.; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 31 ss.; ID., *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 485 ss.; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d’agosto” del diritto del lavoro*, in WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 132/2011; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 919 ss.; D. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 521 ss.; A. TURSI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 958 ss.; M. RUSCIANO, *L’articolo 8 è contro la Costituzione*, in www.eguaglianzaeliberata.it; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell’art. 8 con riferimento all’efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 539 ss.; E. ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”. Le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 134/2011; A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva?*, in *Bollettino Adapt*, 3 ottobre 2011, n. 32; S. LIEBMAN, *Sistema sindacale “di fatto”, efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1281 ss.; M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita & Pensiero, Milano, 2012; M. NAPOLI, *Osservazioni sul contegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 467 ss.; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, I, p. 16; U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell’art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org; P. ALLEVA, *Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 481 ss.; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l’art. 8 e l’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.; L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l’accordo*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 459; R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 31; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell’articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 41 ss.; A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 503; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all’art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359 ss.; M. MAGNANI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1 ss.; M. RICCI, *L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: un’inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 43 ss.; R. PESSI, *Ancora sull’articolo 8 della seconda manovra estiva*. Quali

solo giudiziale, ma anche costituzionale) che la disposizione nasconde; mentre il motivo del grande interesse suscitato in ambito scientifico è facilmente comprensibile: da un lato, l'art. 8 "incrocia" le previsioni dell'Accordo Interconfederale unitario di poco precedente su livelli e ambito di efficacia della contrattazione collettiva, oltre che le questioni legate alla vicenda FIAT (nel frattempo uscita da Confindustria, "nonostante" l'art. 8) e al contenzioso giudiziario seguito alla contrattazione separata di alcuni importanti settori produttivi tra cui il metal-meccanico; dall'altro, e per questo esso costituisce un profilo di grande interesse anche per questo lavoro, l'art. 8 rappresenta indubbiamente la "nuova frontiera" dell'incontro-scontro tra l'inderogabilità della legge e il suo contrario.

spazi per la contrattazione di prossimità?, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57 ss.; ID., *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537; L. GALANTINO, *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1, p. 14; M. TIRABOSCHI, *Una riforma equilibrata e coerente*, in www.cuorecritica.it; G. SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1224 ss.; F. SCARPELLI, *Opinioni a confronto, L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 657; P. ALBI, *Commento sub art. 8 l. n. 148/2011*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 2581; A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, in *Dir. lav. mer.*, 2013, p. 53 ss.; ID., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in WP-CSDLE "Massimo D'Antona".IT - n. 131/2011; M. TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 21 ss.; L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255 ss.; S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 6, p. 440; A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, Relazione al Convegno "Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali", Venezia, 25-26 ottobre 2013, consultabile sul sito <http://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/mattei.pdf>; L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 211 ss.; R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 335 ss.; M. DEL CONTE, *Articolo 8: grandi poteri, grandi responsabilità*, in www.cuorecritica.it; ID., *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 24 ss.; L. RATTI, *Le pedine e la scacchiera: limiti sovranazionali alla efficacia derogatoria della contrattazione di prossimità*, in <http://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/ratti.pdf>; A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, www.fmb.unimore.it; A. PALLADINI, *I contratti di prossimità resistono alle censure regionali di illegittimità costituzionale*, nota a Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 915 ss.; S. MATTONE, *Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art. 8 l. n. 148/2011*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 450 ss.; G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 109 ss.; L. PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, www.fmb.unimore.it.

Volendo “scomporre” il formante normativo dell’art. 8 è possibile individuare al suo interno quattro nuclei normativi: l’efficacia generale dei contratti aziendali o territoriali; la facoltà riconosciuta a queste «intese di prossimità» di derogare i relativi contratti collettivi nazionali e, parallelamente, le disposizioni di legge; l’efficacia *erga omnes* degli accordi aziendali approvati con *referendum* dalla maggioranza dei lavoratori prima dell’AI del 28 giugno.

Su quest’ultima parte dell’art. 8 – che corrisponde per intero al suo terzo comma – non ci intratteremo più a lungo: si tratta di una disposizione palesemente diretta ad intervenire, *manu militari*, sulla vicenda Fiat, e la cui illegittimità costituzionale, quanto meno sotto il profilo dell’irragionevolezza dell’efficacia retroattiva della norma e della conseguente violazione del diritto alla difesa in giudizio delle parti interessate, è stata ampiamente sottolineata dalla dottrina⁴⁰⁶.

Sulla facoltà di derogare le disposizioni di legge riconosciuta dal comma 2-*bis* alla contrattazione di prossimità ci intratteremo nel prossimo capitolo: essa costituisce del resto il nostro principale motivo di interesse verso questa disposizione. In questa sede ci limitiamo soltanto ad osservare, ma si tratta di un dato abbastanza scontato e rilevato da quasi tutti i commentatori dell’art. 8, come la “novità” qui non stia tanto nella facoltà di deroga in sè, tecnica già ampiamente sperimentata ed utilizzata dal legislatore italiano dalla seconda metà degli Settanta in poi, quanto piuttosto nella portata quasi generale delle possibili deroghe, evincibile dalla quantità di materie elencate nel secondo comma⁴⁰⁷. In pratica, per effetto di *una*

⁴⁰⁶ Possiamo rimandare in particolare alle osservazioni di A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d’agosto” del diritto del lavoro*, cit., pp. 53-57, ed *ivi* alle note nn. 130-131-132 per i rimandi alla giurisprudenza costituzionale sulle condizioni legittimanti la retroattività delle disposizioni di legge, nella fattispecie certamente mancanti. Ma anche tra gli Autori non “ideologicamente contrari” all’art. 8 è palpabile la percezione della quasi certa incompatibilità della disposizione con i suddetti principi costituzionali: cfr. ad esempio R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell’autonomia collettiva*, cit., p. 544.

⁴⁰⁷ Tra gli istituti di maggior rilievo nella disciplina del rapporto di lavoro restano fuori, in sostanza, soltanto l’obbligo di sicurezza, il diritto di sciopero (e gli altri diritti sindacali riconosciuti dallo Statuto) e la disciplina delle discriminazioni. Non pare invece del tutto corretto escludere dal possibile ambito di incidenza (almeno indiretto) delle intese di prossimità la retribuzione: è vero che questa non è contenuta nell’elenco di materie – da ritenersi tassativo – di cui al comma 2; ma non v’è chi non veda come la diversa ripartizione dell’orario di lavoro o il diverso inquadramento del

sola norma, una larga fetta del diritto del lavoro italiano assume una connotazione “semidispositiva” (o relativamente derogabile), ovvero inderogabile da parte dell’autonomia individuale ma derogabile, a certe condizioni e nel rispetto di alcuni limiti derivanti dalle norme sovraordinate alla legge primaria, da parte dell’autonomia collettiva⁴⁰⁸. Con quanto ne consegue anche in termini di compatibilità della scelta del legislatore con i principi di protezione del lavoratore affermati dalla Costituzione⁴⁰⁹.

I primi due nuclei normativi individuabili nell’art. 8 interessano invece direttamente la materia sindacale: si tratta come detto dell’efficacia generalizzata, «nei confronti di tutti i lavoratori interessati», delle «specifiche intese» di cui al comma 1, cioè degli accordi aziendali o territoriali sottoscritti sulla base di un non meglio specificato «criterio maggioritario» – ma ci torneremo *infra* –, nonché della facoltà, riconosciuta a queste «specifiche intese» nel medesimo comma *2-bis*, di derogare «alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Per effetto dell’art. 8, tali deroghe sono possibili nell’ambito delle materie indicate nel comma 2 – le stesse per le quali è consentito derogare anche alle disposizioni di legge – e sempre nel rispetto «della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro», ad opera di «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011». Quale ulteriore condizione

personale che potranno essere introdotti dalle intese finiscano per tradursi in una variazione (si presume, peggiorativa) della retribuzione globale spettante ai lavoratori interessati. Ma vi torneremo *infra*.

⁴⁰⁸ M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 379.

⁴⁰⁹ E sui quali ci intratteremo nel primo paragrafo del prossimo capitolo.

legittimante le deroghe (anche) al contratto collettivo nazionale, il comma 1 prevede la ricorrenza di alcune “finalità”, segnatamente la «maggiore occupazione», la «qualità dei contratti di lavoro», la «adozione di forme di partecipazione dei lavoratori», la «emersione del lavoro irregolare», gli «incrementi di competitività e di salario», la «gestione delle crisi aziendali e occupazionali», gli «investimenti e l’avvio di nuove attività» – ne tratteremo discorrendo della derogabilità delle disposizioni di legge.

Non è affatto chiaro, invece, stando almeno al tenore letterale della disposizione, se il rispetto del «criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali» (ma poi, quali «rappresentanze sindacali»? quelle aziendali o anche le associazioni sindacali esterne?) costituisca un’ulteriore condizione legittimante le deroghe al contratto collettivo nazionale, o se tale requisito sia funzionale (solo) all’estensione generalizzata «a tutti i lavoratori interessati» delle medesime intese. Si tratta di un aspetto nient’affatto secondario nell’economia dell’art. 8, perchè è proprio nella combinazione tra efficacia generalizzata e prevalenza automatica del contratto aziendale peggiorativo che si esprime tutto il potenziale (distruttivo dell’apparato garantistico di matrice legale e collettiva) della legge. Trattandosi di una disposizione di carattere eccezionale⁴¹⁰ (e, come diremo, anche di dubbia legittimità costituzionale), proprio per non amplificarne ulteriormente le aporie potrebbe procedersi ad una lettura “globalizzante” dei requisiti previsti, tale per cui «le intese» in questione, sia ai fini dell’efficacia generalizzata, sia allo scopo di poter derogare alle disposizioni di legge e alle previsioni dei contratti collettivi nazionali, dovrebbero caratterizzarsi tanto per il requisito maggioritario interno alle organizzazioni firmatarie, tanto per il rispetto delle finalità e dell’ambito oggettivo delle materie tassativamente elencate; non valendo, diversamente, né l’efficacia generalizzata *ex lege* delle intese, né la

⁴¹⁰ Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, cit.

possibilità di derogare ai contratti collettivi nazionali (ed alla legge)⁴¹¹. Una diversa ricostruzione, che pare più in linea con gli approdi già raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità in merito all'efficacia soggettiva dei contratti aziendali c.d. separati, distingue invece le condizioni necessarie per poter operare la deroga (che coinciderebbero con il rispetto dei requisiti di legittimazione, delle finalità e delle materie previste dai commi 1 e 2) dal presupposto per addurre l'estensione generalizzata dell'accordo (che coinciderebbe con il *solo* rispetto del criterio maggioritario): con la conseguenza che il mancato rispetto delle condizioni legittimanti la deroga renderebbe il contratto invalido, mentre in carenza del criterio maggioritario il contratto sarebbe soggettivamente efficace secondo le regole del diritto comune⁴¹².

D'ogni modo, quanto al rapporto tra livelli di contrattazione l'art. 8, disponendo la derogabilità *in peius* delle previsioni contenute nei contratti collettivi nazionali di categoria ad opera dei contratti di prossimità (aziendali e territoriali),

⁴¹¹ F. LISO, *Osservazioni sull'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, p. 28, adombra infatti il dubbio che «almeno nelle materie che possono costituire oggetto del contratto di prossimità ed indipendentemente dal suo carattere derogatorio o meno, non sia più spazio per le costruzioni volte a giustificare in via indiretta l'applicazione del contratto collettivo che presenti una sua effettività nel sistema»; v. anche F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1198; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, cit., p. 20.

⁴¹² A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., p. 969 ss., ed in particolare p. 974, ove afferma: «In conclusione, l'articolo 8 abilita i contratti collettivi di prossimità alla deroga *in peius* rispetto alle norme imperative di legge in presenza dei requisiti di legittimazione, delle finalità e delle materie stabilite dai commi 1 e 2. L'efficacia soggettiva, invece, è legata al requisito maggioritario stabilito dal comma 1, il quale, operando sul versante dei lavoratori... realizza l'efficacia *erga omnes* solo se trattasi di contratto di prossimità aziendale; se invece si tratta di contratto territoriale, l'effetto *erga omnes* (o forse meglio *ultra partes*) vale solo per i lavoratori dipendenti da datori di lavoro vincolati *iure communi* al contratto medesimo (acquisitivo o ablativo/derogatorio che sia), non per i datori di lavoro svincolati da tale contratto (e per i loro dipendenti)».

Del resto, già in base alle regole del diritto comune dei contratti, la giurisprudenza ammette la prevalenza di un contratto aziendale peggiorativo rispetto al relativo contratto nazionale di categoria: cfr. ad esempio Cass., 18 settembre 2007, n. 19351, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 118; Cass., 4 novembre 2005, n. 21379, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 185. Fermo restando, però, che l'estensione soggettiva di un contratto aziendale (separato) doveva - e dovrà? - rispettare il limite posto dal principio di libertà sindacale, non potendosi pertanto opporre a quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa da quelle stipulanti, ne condividano l'esplicito dissenso dall'accordo medesimo e potrebbero addirittura essere vincolati ad un accordo sindacale separato e diverso: in questi precisi termini Cass., 28 maggio 2004, n. 10353, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 287.

rovescia la “gerarchia” tra livelli negoziali che anche il più recente Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 – con riferimento al settore industriale – aveva stabilito⁴¹³. Vero è che anche questo Accordo aveva previsto, al punto 7, dei meccanismi “di uscita” dal contratto nazionale, legittimando in talune ben individuate situazioni la stipulazione di contratti aziendali in deroga (anche peggiorativa), tanto in via diretta (ovvero, sul presupposto delle regole contenute nello stesso Accordo Interconfederale), tanto in via delegata (cioè nell’ambito delle procedure stabilite dagli stessi contratti collettivi nazionali di categoria)⁴¹⁴. Ma, come si vede, tali meccanismi nell’Accordo Interconfederale sono agganciati ad un preciso controllo da parte delle organizzazioni sindacali riconducibili alle Confederazioni firmatarie l’Accordo Interconfederale. Al contrario, le intese di prossimità, operanti in deroga ai contratti collettivi nazionali di categoria ai sensi dell’art. 8, *prescindono* dalle procedure e dai meccanismi di controllo interno al sistema di contrattazione sindacale, perchè la loro efficacia deriva *direttamente* dalla disposizione di legge: l’art. 8 introduce quindi un procedimento che *si sovrappone* alle regole privatistiche sulla contrattazione collettiva e che, in caso di contrasto con queste, sarebbe

⁴¹³ I punti 2 e 3 dell’AI sono molto chiari in tal senso, prevedendo rispettivamente che «il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale» e che «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge».

⁴¹⁴ Tanto prevede infatti il punto 7 dell’AI: «I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato all’azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d’intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell’impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l’organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l’efficacia generale come disciplinata nel presente articolo». Per le prime applicazioni di queste previsioni nei contratti collettivi nazionali rinnovati successivamente all’AI del 28 giugno 2011, rinviamo a L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell’accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell’art. 8 della legge n. 148/2011*, cit., p. 212 ss.

destinato a sostituirvisi, stante il carattere generalmente imperativo della legge rispetto all'autonomia privata⁴¹⁵. Di qui il dubbio, probabilmente fondato, che la disposizione, ingerendosi in un ambito (la determinazione dei rapporti tra livelli di contrattazione) riservato all'autonomia collettiva, importi una lesione del principio di libertà sindacale affermato dall'art. 39, comma 1, Cost.

Di contro potrebbe osservarsi come i soggetti abilitati dall'art. 8 a concludere le intese di prossimità – le r.s.a, le r.s.u. o le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale – coincidano – ma sarebbe una coincidenza solo *parziale* – con i soggetti facoltizzati dallo stesso Accordo Interconfederale – le rappresentanze sindacali operanti in azienda, *d'intesa*, però, con le organizzazioni sindacali di categoria espressione delle Confederazioni firmatarie l'AI – a sottoscrivere accordi *in peius*; oppure si potrebbe proporre, come pure autorevolissima dottrina ha proposto, una lettura “facoltizzante” dell'art. 8, che si limiterebbe cioè a «liberalizzare il sistema eliminando vincoli aprioristici»⁴¹⁶, offrendo alle associazioni sindacali territoriali ed alle relative rappresentanze aziendali un'opportunità di cui «possono anche non servirsi»⁴¹⁷.

Il punto dirimente, però, non è se *almeno in parte* i contenuti della disposizione coincidono con le regole che le parti sociali, nell'esercizio di un diritto di libertà negoziale espressamente riconosciuto loro della Costituzione, si sono date; o se alle

⁴¹⁵ A meno di non voler interpretare il comma 1 dell'art. 8 come una norma *dispositiva* da parte dell'autonomia collettiva, anche quanto alla sua parte “procedimentale”. È ovvio che, accogliendo una siffatta lettura, verrebbero meno tutti i dubbi di legittimità costituzionale di cui *infra*, ma se davvero fosse questo il significato della disposizione non si vedrebbe quale utilità pratica essa potrebbe rivestire, vista anche la recente approvazione dell'AI; a meno di non voler interpretare ancora l'art. 8 come una sorta di “estensione” della portata dell'AI oltre il settore industriale di riferimento. Ma si tratta di ipotesi niente affatto convincenti e, pertanto, da escludere.

⁴¹⁶ R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, cit., p. 24. Peraltro, lo stesso A., in un altro scritto immediatamente successivo alla conversione in legge del decreto, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., p. 14, non aveva mancato rilevare la sostanziale distonia tra l'art. 8 e le previsioni dell'AI sotto il profilo in questione.

⁴¹⁷ M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 6. Ma, come si è detto, l'art. 8 non contiene elementi che consentano di attribuire alla norma carattere dispositivo.

stessi residui pur sempre – ma sarebbe forse ipotizzabile il contrario? – la *facoltà di non avvalersi* dell’art. 8. Nella misura in cui il principio di libertà sindacale di cui al primo comma dell’art. 39 Cost. afferma (anche) l’autonomia organizzativa e negoziale del sindacato, ovvero la sua libertà di determinare *autonomamente* i fini della propria azione e le forme della propria organizzazione, nonchè i soggetti, l’oggetto ed i *rapporti tra i livelli* della contrattazione medesima, non pare esservi alcuno spazio per quella «conformazione eteronoma» della stessa contrattazione collettiva che l’art. 8, invece, introduce⁴¹⁸. Vero che la stessa giurisprudenza, in casi di concorso-conflitto tra più livelli di contrattazione, ha talora affermato la prevalenza di contratti aziendali anche peggiorativi rispetto alle relative previsioni della contrattazione nazionale di categoria, ricostruendo la volontà delle parti firmatarie sulla base di un principio non dissimile dalla “prossimità” degli interessi in gioco e sul presupposto della “pari dignità” dei diversi livelli di contrattazione⁴¹⁹; ma un conto è una pronuncia giudiziale che risolve un conflitto individuale occasionato da due prodotti di autonomia negoziale collettiva imputabile evidentemente

⁴¹⁸ Pur con diversità di argomentazioni e sfumature, per la violazione dell’art. 39, comma 1, Cost., da parte dell’art. 8, comma 2-bis, nella parte in cui dispone la prevalenza automatica delle intese derogatorie di livello aziendale o territoriale sulle relative previsioni contenute nei contratti collettivi nazionali di categoria, si è espressa sino ad oggi la gran parte della dottrina. Cfr. in particolare F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., pp. 1202-1206; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., pp. 493-496; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, cit., pp. 40-42; F. LISO, *Osservazioni sull’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, cit., pp. 29-30; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l’art. 8 e l’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 461 ss.; G. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, cit., p. 471 ss.; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell’art. 8 con riferimento all’efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, cit., p. 542 ss.; M. RUSCIANO, *L’articolo 8 è contro la Costituzione*, cit.; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 380; F. SCARPELLI, *Opinioni a confronto, L’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 639; C. ZOLI, *Dall’Accordo Interconfederale 28 giugno 2011 all’art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., pp. 152-154; ed *ivi* P. TOSI, p. 135. Su posizioni opposte, oltre agli Autori già citati nelle note precedenti, sembrano schierarsi anche R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 31 ss.; M. TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, cit., pp. 23-24 ss.; A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l’art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, in M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro*, cit., p. 68 ss.

⁴¹⁹ Cfr. ad esempio Cass., 18 settembre 2007, n. 19351, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 118; Cass., 4 novembre 2005, n. 21379, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 185.

all'assenza di regole *endogene* allo stesso ordinamento sindacale, altra cosa è una legge che, in via del tutto *eteronoma*, introduce un meccanismo alternativo e necessariamente prevalente (stante il carattere preminente della legge sull'autonomia privata) rispetto alle regole, in ipotesi difformi, che le parti collettive si sono date (e, si noti, si sono date *autonomamente* nell'esercizio di un diritto loro garantito dalla Costituzione).

Dunque, nella misura in cui il comma 2-*bis* dell'art. 8 assicura la prevalenza automatica dell'intesa di prossimità derogatoria in senso peggiorativo rispetto al contratto collettivo nazionale, pare lesivo non solo della libertà delle organizzazioni sindacali di determinare autonomamente ambiti, oggetto e livelli di contrattazione, ma anche del diritto di singoli lavoratori di vedersi applicato il regolamento contrattuale spettante in base alle regole privatistiche volute e accettate da tutte le parti⁴²⁰.

Sotto questo profilo, la violazione dell'art. 39, comma 1, Cost. perpetrata dalla disposizione pare difficilmente superabile⁴²¹.

Quanto all'efficacia soggettiva, il primo comma dell'art. 8 dispone l'*efficacia generale* per tutti i lavoratori «interessati» (dell'azienda o del territorio) del contratto collettivo, purchè esso venga siglato «*da* associazioni dei lavoratori

⁴²⁰ Per “toccare con mano” “chi lede la libertà di chi”, si pensi al caso concreto di un'impresa industriale la quale, essendo vincolata al rispetto delle procedure negoziali previste dall'AI e dal contratto collettivo nazionale di categoria a motivo della propria affiliazione sindacale, in base al diritto comune non potrebbe pretendere di applicare un contratto aziendale peggiorativo perché, in ipotesi, concluso *in violazione* delle procedure stabilite in sede collettiva, nei confronti di lavoratori aderenti ad organizzazioni sindacali firmatarie del contratto nazionale e che contestano l'intesa aziendale. In questa precisa situazione l'art. 8 potrebbe invece consentire, sovvertendo le regole privatistiche, la prevalenza (e la conseguente applicazione a tutti i lavoratori interessati) del contratto aziendale in deroga, con quanto ne conseguirebbe in termini di violazione del diritto di quei lavoratori di vedersi applicato (in ragione dell'affiliazione sindacale) il contratto collettivo nazionale.

⁴²¹ Non sfugge, peraltro, come l'art. 8 abbia contribuito a rinfocolare il dibattito, in realtà mai del tutto sopito, circa la compatibilità con il modello costituzionale di contrattazione collettiva di quel complesso ed articolato sistema di rinvii della legge al contratto collettivo, che, ragionando in termini molto generali, costituisce ad oggi una questione ancora aperta, e per la quale può rinviarsi alle ampie ricostruzioni proposte, in tempi diversi, da F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191 ss.; U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 22/2004*; E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 195 ss.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011», e sempre che l'intesa sia sottoscritta «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali». Sebbene la formulazione letterale della disposizione induca a pensare esattamente il contrario, dovrebbe ritenersi che il «criterio maggioritario» si riferisca non solo al terminale aziendale del sindacato (la r.s.a. o la r.s.u.), ma anche alle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Diversamente si verificherebbe la situazione, del tutto irrazionale, e se si vuole apertamente contraria anche allo stesso «criterio maggioritario» evocato dall'art. 8, per la quale anche un sindacato del tutto minoritario potrebbe concludere intese vincolanti *erga omnes* (dal lato dei lavoratori)⁴²². Per contro, letta nel primo senso, la norma potrebbe creare difficoltà pressochè insormontabili nella verifica del rispetto di questo criterio maggioritario ove il contratto fosse stipulato a livello territoriale⁴²³.

Anche su questa parte della disposizione si sono appuntati i rilievi censori di ampi settori della dottrina. Il consenso è quasi unanime sulla contrarietà alla seconda parte dell'art. 39 Cost. (commi 2-4) dell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* al contratto collettivo di livello *territoriale*, sul duplice argomento per cui non sarebbe rispettata la procedura prevista dalla seconda parte dell'art. 39 Cost. per l'estensione

⁴²² Così M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, cit., p. 364. La dottrina, del resto, osserva generalmente come per i contratti aziendali dovrebbero valere, ai fini della verifica del principio maggioritario, gli stessi criteri previsti dall'Accordo Interconfederale. Cfr. ad esempio A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit., p. 20; A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, cit., p. 33; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, cit., p. 37.

⁴²³ Dove mancherebbero, sostanzialmente, i parametri per un'effettiva verifica del rispetto del criterio maggioritario interno alle organizzazioni dei lavoratori firmatarie. Cfr. in particolare F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit. p. 1169; G. FERRARO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 764; F. LISO, *Osservazioni sull'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, cit., p. 25.

dell'ambito di efficacia a tutti i soggetti interessati – procedura applicabile secondo questa dottrina anche ai contratti collettivi di livello territoriale – ed oltretutto sarebbe violata la libertà sindacale dei datori di lavoro non consenzienti e non rappresentati dalle associazioni di categoria stipulanti⁴²⁴. Assai più controversa, sempre sul piano della legittimità costituzionale, risulta invece l'estensione dell'ambito di efficacia operata a favore del contratto aziendale, essendo incerta la stessa riferibilità della seconda parte dell'art. 39 Cost. alla contrattazione di impresa⁴²⁵.

⁴²⁴ Cfr., in particolare, T. TREU, *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, cit., pp. 3-4; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 41 ss.; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, cit., p. 541 ss.; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, cit., pp. 548-549, e V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 498, che conclusivamente richiamano la sentenza della Corte Cost. n. 106/1962, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge n. 1027/1960, aveva espressamente annoverato anche i contratti provinciali quali destinatari della procedura di cui ai commi 2-4 dell'art. 39 Cost. Si distingue poi la posizione di A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., p. 973, il quale sostiene che, proprio per salvaguardare la libertà sindacale dei datori non rappresentati, questa parte dell'art. 8 andrebbe riferita solo ai lavoratori interessati e limitatamente ai contratti di contenuto ablativo. Ma in effetti, già il tenore letterale della norma - «con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati» - imporrebbe di escludere, anche a prescindere da ogni valutazione di carattere costituzionale, la riferibilità delle «specifiche intese» - di livello territoriale - ai datori non rappresentati. Manca del resto nell'art. 8 qualsiasi selezione delle rappresentanze datoriali abilitate a concludere le intese.

⁴²⁵ Escludono che il quarto comma dell'art. 39 possa riferirsi anche al contratto aziendale, con conseguente legittimazione, sul piano costituzionale, della disposizione contenuta nell'art. 8, tra gli altri, M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, cit., p. 7; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit., p. 22; R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., p. 15 ss. A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., pp. 970-973, pur ritenendo in linea di principio riferibile la procedura prevista dalla seconda parte dell'art. 39 Cost. anche al contratto aziendale, considera tuttavia legittimo l'art. 8 nella parte in cui estende l'efficacia soggettiva delle intese a tutti i lavoratori interessati, sul presupposto per cui ove «il contratto collettivo opera in spazi sottratti *tout court* all'autonomia negoziale, anche individuale, allora il contratto collettivo non è più solo tale (ossia negozio giuridico stipulato a mezzo di una coalizione), ma è anche una fonte normativa»; da ciò discendendo la possibilità di attribuire l'efficacia generalizzata al contratto collettivo, di qualunque livello, fatto oggetto di rinvio legale, senza che ciò costituisca violazione dell'art. 39, co. 2-4, Cost.

Contra, per la riferibilità della seconda parte dell'art. 39 Cost. anche al contratto aziendale v. in particolare L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, cit., p. 459; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1176 ss., che propone a sostegno della tesi un'ampia ricostruzione della giurisprudenza costituzionale; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., p. 496 ss. e U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, cit., p. 548 ss., i quali contestano la fondatezza della contraria tesi c.d. sottrattiva, dal momento che, escludendo la procedura prevista dalla seconda parte dell'art. 39 Cost., non vi sarebbero altri strumenti (compatibili con il

In conclusione, sia l'efficacia generalizzata delle intese di prossimità, sia la loro prevalenza sulla contrattazione nazionale di categoria, che rappresentano altrettanti punti nodali dell'art. 8, sembrano evidenziare delle problematiche di carattere costituzionale che vanno ben oltre la valutazione sul piano dell'opportunità "politica" della legge del 2011, ed il cui ulteriore approfondimento esorbiterebbe, come si comprende, le finalità e l'oggetto del presente lavoro. Che un intervento "di sostegno" alla contrattazione collettiva, volto principalmente ad affermare l'*erga omnes* dei contratti aziendali, fosse ormai ineludibile, è un dato ampiamente riconosciuto ben al di là delle valutazioni "di merito" sui contenuti della disposizione⁴²⁶. La certezza delle regole costituisce del resto una condizione imprescindibile per la pianificazione delle scelte economiche dell'impresa⁴²⁷, oltre che un valore in sé per il diritto⁴²⁸. Non v'è dubbio come sotto questo profilo, l'Accordo Interconfederale (finalmente) unitario del 28 giugno rappresentasse un risultato molto importante, perché nel pieno rispetto della democrazia sindacale (cui certamente non è avulso il principio maggioritario) consentiva di "incanalare il dissenso" entro regole certe e predefinite, nella consapevolezza che la soluzione giudiziale del conflitto sindacale rappresenti pur sempre una sconfitta per tutto il sistema (oltre che una mina alla competitività dell'apparato economico). L'art. 8

principio di libertà sindacale di cui al primo comma) per affermare l'efficacia generalizzata del contratto collettivo (anche di livello aziendale); e nemmeno sarebbe possibile, secondo quanto rilevano questi A., ravvisare nell'art. 8 una attuazione "per equivalente" della seconda parte dell'art. 39 Cost. - secondo quel modello prefigurato da M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665 ss. - mancando, nella fattispecie, strumenti atti a garantire (quantomeno) il rispetto del principio proporzionalistico e della rappresentanza democratica di tutti i lavoratori interessati. Con differenti argomentazioni, basate sulla giurisprudenza costituzionale formatasi a proposito dei rinvii legali al contratto collettivo con funzione gestionale, rileva un contrasto con la seconda parte dell'art. 39 Cost. anche G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., in particolare p. 772 ss.

⁴²⁶ Cfr., ad esempio, quanto espresso a riguardo da V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, cit., pp. 479-484; e R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, cit., pp. 11-12.

⁴²⁷ S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, cit., p. 440.

⁴²⁸ A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 3, ora anche in ID., *Lavoro e spirito*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 241 ss.

interviene però “a gamba tesa” sul sistema di regole voluto dalle parti collettive, “sterilizzando” l’eventuale dissenso interno al sistema negoziale collettivo, e pare davvero difficile non intravedere nella disposizione una limitazione piuttosto pesante della libertà sindacale, che certamente ricomprende anche l’autonomia dei soggetti collettivi nello stabilire gli ambiti, l’oggetto e l’articolazione della contrattazione. Naturalmente, limitazioni anche consistenti alla libertà sindacale sono ammissibili per quelle finalità di “utilità generale” la cui cura è demandata, inderogabilmente, al legislatore. È agevole ricordare a questo proposito quella giurisprudenza costituzionale degli anni Ottanta e Novanta sui “tetti” alla contrattazione collettiva⁴²⁹, in cui però la compressione all’autonomia collettiva determinata dalle misure eccezionali volte al taglio dell’indennità di contingenza trovava giustificazione (anche) nel carattere *temporaneo* di quei provvedimenti. A tutto concedere quanto all’eccezionale gravità della situazione finanziaria del Paese nell’estate del 2011, che pure poteva giustificare “misure straordinarie”, l’art. 8 non prefigura alcuna temporaneità delle ingerenze nella contrattazione sindacale, ed anzi, ponendo mente alle politiche promosse dai governi di centro-destra a partire dai primi anni Duemila, pare costituire soltanto il punto di arrivo di un disegno riformatore iniziato oltre un decennio prima⁴³⁰.

Nel merito, l’art. 8 opera un chiaro spostamento del baricentro della regolazione dei rapporti di lavoro “dal centro alla periferia”, secondo una direttrice piuttosto comune osservando l’esperienza comparata⁴³¹, e fatta propria anche dall’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011. Tra la disposizione di legge e i contenuti dell’Accordo (che sotto molti aspetti sembra ricalcare le scelte già operate in molti Paesi europei) corre però una differenza di non poco conto, perché il

⁴²⁹ Vengono alla mente soprattutto le sentenze della Corte Costituzionale nn. 181/1980, 34/1985 e 124/1991.

⁴³⁰ E lo rivendica non senza una punta di orgoglio M. TIRABOSCHI, *L’articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello “Statuto dei lavoro” di Marco Biagi*, cit.

⁴³¹ Cfr. A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, cit., pp. 931-938.

decentramento negoziale facoltizzato dall'art. 8, contrariamente alle previsioni dell'Accordo, si svolge al di fuori di qualsiasi controllo da parte del sistema centrale di contrattazione. A giustificazione di questa progressiva "aziendalizzazione" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali viene addotta, talvolta, l'esigenza di mantenere la competitività internazionale di imprese che operano su di un mercato sempre più globalizzato. Osservando i pochi esempi sinora reperibili di contratti di prossimità stipulati (apertamente o tacitamente) ai sensi dell'art. 8⁴³², nella maggior parte dei casi (se non in tutti) non si intravede però alcuna finalità di preservare la competitività internazionale delle imprese coinvolte, quanto piuttosto l'opportunità di "salvare" delle realtà di rilievo locale (o comunque interno), evidentemente non efficienti sul piano concorrenziale, praticando un *dumping* nelle condizioni di lavoro. E qui sta, a nostro avviso, la lesione più profonda che l'art. 8 reca al sistema di contrattazione collettiva⁴³³: priva il contratto collettivo (nazionale) della sua essenziale funzione di regolazione della concorrenza, non (solo) della concorrenza (al ribasso) tra lavoratori (che viene impedita dalla previsione di regole uniformi su larga scala), ma proprio *della concorrenza tra imprese* ("regolari", in quanto competono "ad armi pari" almeno sul piano delle regole⁴³⁴). Insomma, anziché "pacificare" le relazioni industriali, l'art. 8 rischia di creare un vero e proprio imbarbarimento nel sistema sindacale, una continua rincorsa alla deroga *in peius* che

⁴³² Ne offrono una rassegna, A. PERULLI, *ult. op. cit.*, anche L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., e A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, cit. La maggior parte delle intese citate in questo lavoro è consultabile, nel testo integrale, sul portale www.dirittisocialitrentino.it.

⁴³³ V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 93 osserva: «La disciplina del lavoro è inderogabile perché crea le condizioni di una concorrenza senza *dumping* sociale. ... Acconsentire a che la concorrenza fra imprese si svolga sui differenziali di costo del lavoro è una concezione regressiva della libertà di concorrenza che non è riconosciuta da nessun livello ordinamentale (né costituzionale italiano né europeo). ... L'ordine giuridico costituzionale, richiamato dal diritto europeo come ordine pubblico (cioè ordine giuridico dell'interesse pubblico nei rapporti economici), è un ordine che favorisce la concorrenza creando le condizioni di uguaglianza fra gli operatori economici affinché la concorrenza non produca *dumping* sociale: questa è l'utilità sociale dell'inderogabilità».

⁴³⁴ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 21.

è quanto di più lontano dal modello costituzionale di sindacato e di contrattazione collettiva possa immaginarsi.

11. L'assetto delle fonti del diritto del lavoro italiano.

Volendo ricapitolare brevemente alcuni passaggi di questa trattazione, all'inizio del nostro discorso abbiamo osservato come nella letteratura lavoristica il sostantivo «inderogabilità» sottenda diversi significati e l'uso del termine muti di segno a seconda della portata, meramente ricostruttiva, o piuttosto valoriale, dogmatica, del discorso giuridico. Nel suo significato più propriamente positivo però, tale espressione allude ad un rapporto di gerarchia tra diverse fonti di regolamentazione del medesimo rapporto giuridico (la legge, il contratto collettivo, il contratto individuale) e, più precisamente, alla preminenza dell'una sulle altre, subordinate in quanto non abilitate a derogarvi.

Tradizionalmente, tale attributo viene riferito alla disciplina legale, che, proprio in quanto imperativa, opera come regolamento eteronomo del rapporto, preminente rispetto all'autonomia privata individuale e collettiva, invalidandone i contenuti negoziali se e in quanto difformi in senso peggiorativo per il prestatore (l'inderogabilità della disciplina lavoristica è infatti, generalmente, unidirezionale⁴³⁵). Il fondamento positivo di questo particolare regime giuridico della norma lavoristica va ricercato nelle stesse disposizioni, sebbene nella materia operi, come si è visto, una generale presunzione di inderogabilità unidirezionale della disciplina legale⁴³⁶. La spiegazione di questa presunzione, come della stessa

⁴³⁵ Vedi *supra* Cap. I paragrafo 2.2.

⁴³⁶ Abbiamo osservato in precedenza come alcune correnti in dottrina, formatesi però nell'ambito di proposte ricostruttive in ordine ad una possibile "rivisitazione" dei contenuti e degli spazi della disciplina eteronoma inderogabile - voci accompagnate, peraltro, da orientamenti giurisprudenziali in settori particolarmente sensibili della materia, come le mansioni - revochino in dubbio il principio generale di inderogabilità della legge da parte dell'autonomia individuale. Sul piano del *diritto positivo* però, non è dato di ravvisare alcuna disposizione che sorregga tali prospettazioni; ed anzi la lettura più accreditata della certificazione, l'istituto che più di ogni altro avrebbe potuto "veicolare" la derogabilità individuale, va in senso esattamente contrario.

inderogabilità, va invece ricercata nel tendenziale squilibrio di forza negoziale dei due contraenti, in una con la funzione di sussistenza del reddito percepito dal lavoratore quale corrispettivo della prestazione, e nella sottoposizione al potere direttivo proprio della subordinazione, o, in ogni caso, ai rischi e agli aggravii derivanti dell'inserimento in un'organizzazione aliena. Il che apre inevitabilmente la riflessione dell'interprete al piano più prettamente dogmatico dell'inderogabilità, sempre complementare alla tecnica giuridica, a cui abbiamo dedicato l'indagine sintetizzata nel primo Capitolo di questa trattazione.

Peraltro, come abbiamo già osservato, l'inderogabilità può costituire – ed anzi rappresenta normalmente – anche un attributo dei prodotti dell'autonomia collettiva, considerata quale “fonte” del rapporto, a sua volta eteronoma e sovraordinata rispetto al contratto individuale. La regolamentazione collettiva dei rapporti, se per il datore soddisfa l'immediata esigenza pratica (dell'organizzazione di impresa) di preformare una disciplina uniforme delle condizioni di lavoro da potersi applicare ad una serie indeterminata di rapporti, per i lavoratori rappresenta lo strumento più efficace per eliminare tra loro la concorrenza al ribasso, altrimenti determinata dallo strutturale squilibrio tra domanda e offerta di lavoro nel mercato e dalla standardizzazione del lavoro conseguente all'introduzione della macchina.

Come si è visto, questo quadro teorico di riferimento, che si deve ritenere *ancora attuale* perché i rapporti di forza interni tra lavoratori e imprese non sembrano mutati in tempi recenti (ed anzi, la globalizzazione sembra aver acuito tale squilibrio di forza), ha subito una “perturbazione” di notevole intensità nell'estate del

Quanto ai rapporti tra legge ed autonomia collettiva, non sono mancate in passato proposte volte ad accreditare un ruolo “forte” alla contrattazione collettiva. Cfr. ad esempio C. ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 41 ss.; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981. Nel diritto positivo, si riscontrano tantissime ipotesi di rinvio (con funzione di deroga o di delega) alla contrattazione di vario livello. Dopo l'introduzione dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modificazioni nella l. n. 148/2011, che, come si è visto, attribuisce espressamente e in via praticamente generalizzata alla sola contrattazione di prossimità la facoltà di derogare alla legge, dovrebbe uscire paradossalmente rafforzato, ragionando *a contrario*, il principio generale della prevalenza della legge sull'autonomia collettiva, al di fuori dei casi contemplati dalla norma.

2011, per effetto di quell'art. 8 che sembra poter davvero "scardinare" equilibri antichi.

Prima di esaminare le implicazioni di questa disposizione sul sistema di regolazione dei rapporti di lavoro, dobbiamo però ancora premettere qualche parola su un diverso aspetto che interessa il ragionamento che si va conducendo. Introdurre qui il tema delle fonti del rapporto di lavoro non rappresenta, nella prospettiva di chi scrive, nè un esercizio di stile, nè una divagazione: semplicemente, si vuole collocare l'oggetto di cui si va discorrendo, l'inderogabilità della disciplina eteronoma (come pure il suo contrario), nel suo contesto di riferimento. Se l'inderogabilità attiene alla tecnica legislativa ed ai rapporti tra il diritto statale e l'autonomia privata, il tema delle fonti riguarda, più generalmente, l'articolazione e le dinamiche tutte interne alla disciplina legale (ovvero di quella fonte eteronoma che rappresenta il termine di confronto con l'autonomia privata); nella prospettiva attuale, discorrere delle fonti del diritto del lavoro impone in verità di richiamare, inevitabilmente, gli esiti della globalizzazione economica e della crescente integrazione europea sul processo della produzione normativa, con la ri-articolazione interna della disciplina eteronoma che ne è seguita⁴³⁷. Fattori che, come abbiamo già accennato, hanno inciso tanto sui

⁴³⁷ Il cambiamento di prospettiva è palpabile solo confrontando gli studi sulle fonti del diritto più recenti con quelli risalenti ancora agli anni Novanta: cfr., ad esempio, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 16, dove asserisce che «il tema delle fonti non rientra fra i settori della legislazione sui quali le grandi innovazioni, derivanti dallo sviluppo tecnologico e scientifico hanno maggiormente influito» ss.; ID., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, in particolare pp. 73-74, dove a proposito degli esiti della globalizzazione sui processi di produzione del diritto osserva, tra l'altro, come «sono sorte anche forme di diritto "transazionale" (o altrimenti denominato), le quali danno luogo a ordinamenti giuridici non statali, nè raccordati (salvo che per aspetti secondari) ad ordinamenti statali o all'ordinamento internazionale, le quali formano delle aree di diritto non riconducibili ad una delle piramidi corrispondenti agli ordinamenti giuridici degli Stati, o ad altri ad essi comunque raccordati». Anche L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 536-537, esordisce la trattazione rilevando come i cambiamenti in atto, sul piano giuridico ed economico, siano di portata tale da incidere profondamente «su assetti ed equilibri che parevano consolidati» e dunque modificano «i presupposti su cui si reggeva il sistema delle fonti»: su tutti, la sua natura di "sistema chiuso", con la conseguente introduzione di nuovi "criteri di scelta" tra norme provenienti da ordinamenti differenti, quale in particolare il criterio di sussidiarietà, orizzontale e verticale.

Peraltro, la globalizzazione (economica e, in parte, giuridica) non è certamente l'unico fattore ad avere "spezzato" l'unitarietà del sistema normativo, e la centralità della gerarchia come strumento ordinatore delle fonti secondo la tradizionale visione kelseniana "piramidale": già la Costituzione repubblicana, attraverso la riserva di legge, e l'individuazione di aree di competenza "riservata" (si

processi interni di produzione del diritto positivo, quanto sulle inferenze esterne tra il diritto statale e l'autonomia privata.

Senza alcuna pretesa di proporre una riflessione compiuta sul tema delle fonti del diritto del lavoro, che del resto esulerebbe grandemente dall'oggetto della presente trattazione⁴³⁸, in questa sede vogliamo semplicemente limitarci ad evidenziare quelle peculiarità dell'assetto delle fonti giuslavoristiche che ci sembra possano fornire utili indicazioni per una migliore comprensione delle questioni

pensi ai regolamenti parlamentari o alla legge regionale) aveva posto la questione dell'insufficienza del criterio gerarchico: cfr. in particolare F. MODUGNO, (voce) *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 561 ss.

⁴³⁸ La letteratura in materia di fonti del diritto (anche volendosi limitare alla materia lavoristica), del resto, è pressochè sterminata.

Solo per dare qualche riferimento bibliografico generale, sul tema più generale delle fonti del diritto positivo nel nostro ordinamento dobbiamo senz'altro ricordare: R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998; ID., *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1977; C. MORTATI, (voce) *Costituzione (dottrine generali) e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 139 ss.; V. CRISAFULLI, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, *ivi*, XIII, 1968, p. 923 ss.; F. MODUGNO, (voce) *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, *cit.*; L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, *cit.*; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2012; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Zanichelli, Bologna, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984.

Con riferimento più specifico al tema delle fonti nella materia lavoristica, in una prospettiva complessiva, cfr., in particolare, M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, vol. I, Cedam, Padova, 2010; C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. Carinci*, vol. I, Utet, Torino, 2007; A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 15 ss.; M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 515 ss.; F. CARINCI, *Ritornando sulle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1093 ss.; L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003.

Sulle fonti internazionali e comunitarie del lavoro, sulle istituzioni deputate alla loro formazione e sui relativi processi decisionali, può rimandarsi ad A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011; M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, VI° ed., Cedam, Padova, 2012; S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010; L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, X° ed., Giappichelli, Torino, 2012; A. OCCHINO, (voce) *Lavoro nell'Unione Europea*, in *Dig. Disc. Priv.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2008, p. 457 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII° ed., Cedam, Padova, 2012; R. BLANPAIN-M. COLUCCI, *Il diritto comunitario del lavoro e il suo impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 2000; IDD. (a cura di), *L'organizzazione internazionale del lavoro: diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Jovene, Napoli, 2007; G. CASALE, *Il diritto internazionale del lavoro e il ruolo della Organizzazione Internazionale del lavoro*, in F. CARINCI-A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in *Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. Carinci*, Utet, Torino, 2010, p. 35 ss.; G. PERONE, *Le fonti internazionali*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, *cit.*, p. 184 ss.; L. NOGLER, *Le fonti internazionali*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, *cit.*, p. 23 ss.; G. GAJA, (voce) *Organizzazione internazionale del lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 336 ss.

relative agli attuali assetti tra la disciplina eteronoma e l'autonomia privata in materia di rapporti di lavoro, ed abbozzare qualche prima sommaria valutazione sul "peso specifico" delle diverse fonti di diritto positivo operanti nel nostro ordinamento sul rapporto di lavoro⁴³⁹. Del resto, già la considerazione della progressiva integrazione tra l'ordinamento giuridico nazionale e l'ordinamento internazionale e comunitario (meglio, dell'Unione Europea) e le rispettive fonti di produzione, restituisce all'interprete un'immagine molto più articolata e composita (quale in realtà è) della disciplina eteronoma complessivamente destinata ad applicarsi ed a "bilanciarsi" con i negozi privati. Infine, non va dimenticato come uno degli obiettivi di questa trattazione consista precisamente nel proporre qualche indicazione (operativa, ma, prima ancora, metodologica) circa i limiti alla derogabilità della disciplina eteronoma legale alla luce del dato positivo, quell'art. 8 che, nel recepire appieno – vorremo dire, *acriticamente* – le spinte provenienti dalla globalizzazione economica e dal processo di integrazione giuridica europea, rinvia l'interprete (anche) alle fonti esterne (oltre che alla nostra Costituzione) per l'individuazione dei limiti alla derogabilità della legge. Il rapporto tra le fonti di produzione interne all'ordinamento giuridico e le fonti esterne, comunitarie e internazionali, costituisce quindi un passaggio ineludibile per la soluzione del quesito, dal momento che tanto il Parlamento quanto la contrattazione collettiva "delegata", anche nella rimozione delle tutele già previste per il prestatore di lavoro devono comunque rispettare i

⁴³⁹ Peraltro, sotto un profilo metodologico, deve ritenersi ancora perfettamente valida l'indicazione prospettata nel 1990 da A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 23, secondo cui l'articolazione delle fonti di disciplina nel diritto del lavoro risulta speculare all'articolazione interna della materia in quattro sotto-insiemi: il diritto del rapporto in senso stretto, il diritto sindacale, il diritto della previdenza sociale e il diritto dell'impiego pubblico (ora però a sua volta sotto-articolato, dopo la "privatizzazione" iniziata negli anni Novanta con il d. lvo. n. 29/1993, nel diritto del rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, contrattualizzato e quindi transitato nella disciplina e sotto la giurisdizione civile, e il diritto dell'impiego pubblico, non privatizzato, rimasto sotto la disciplina e la giurisdizione amministrativa). Le riflessioni proposte in questo scritto, che non ha ambizioni tanto sistematiche, si riferiranno in linea di massima alla sola disciplina del rapporto di lavoro privato in senso stretto.

«vincoli» derivanti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione Europea e dagli obblighi internazionali⁴⁴⁰.

Anzitutto, nel proporre questa breve ricognizione sul tema delle fonti di diritto operanti sul rapporto di lavoro, vogliamo accogliere quell'approccio "culturale" secondo cui il "sistema delle fonti" non costituisce affatto un punto di partenza, un dato acquisito sulla base di una previsione normativa chiara e completa, ma rappresenta piuttosto il risultato di un (faticoso) lavoro di interpretazione⁴⁴¹, vorremmo dire di un percorso culturale, che impone un confronto continuo e serrato tra sistemi di norme provenienti da ordinamenti diversi. Una delle maggiori difficoltà che si presentano nell'inquadramento delle fonti, e che emerge in modo evidente per i rapporti tra le norme comunitarie e nazionali, consiste poi nel fatto che tali inferenze non sono state fissate in modo chiaro ed esplicito da delle disposizioni scritte nei Trattati istitutivi, ma, come si dirà, sono state "precisate" nel corso del tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, attraverso una costante dialettica con le Corti costituzionali nazionali (in particolare, proprio la Corte costituzionale italiana e tedesca). Questo aumenta ulteriormente la dose di "liquidità" di tutto il sistema, ed impone all'interprete un aggiornamento continuo e serrato attraverso il confronto di materiali, per lo più giurisprudenziali, niente affatto omogenei per provenienza e contenuti. L'incertezza dei rapporti tra le fonti e la loro rapida mutevolezza nel tempo costituiscono dunque due aspetti – per inciso, tutt'altro che incoraggianti per chiunque voglia proporre una "sistemazione" organica non destinata ad una veloce obsolescenza – che non possono essere sottaciuti, ma che anzi devono essere tematizzati; perché più che dare conto di una costruzione statica,

⁴⁴⁰ Esplicitati dal comma 2 *bis* dell'art. 8, l. n. 148/2011, con una disposizione forse persino superflua visto il chiaro disposto dell'art. 117 comma 1, Cost., come novellato dalla riforma del Titolo V Parte seconda della Costituzione del 2001: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁴⁴¹ In questi termini, in particolare, R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 7 ss.

lo studioso delle fonti deve raccontare di un sistema in movimento, un movimento, anzi, di carattere piuttosto ondivago⁴⁴².

Non v'è, del resto, neppure troppo bisogno di ribadire l'assoluta inadeguatezza del "catalogo" delle fonti di diritto oggettivo – ormai, poco più di un reperto di «archeologia giuridica»⁴⁴³ – proposto dall'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale⁴⁴⁴ premesse al codice civile del 1942. Un elenco monco, incompleto, dal momento che non annovera nemmeno la Costituzione, ovvero la principale fonte del diritto positivo, mentre ricomprende ancora le norme corporative⁴⁴⁵. Ma farebbe un torto alla storia (ed anche alla storia del diritto) chi pretendesse di ritrovare nelle Preleggi un sistema ordinatore delle fonti di diritto, salvo poi lamentarne la carenza. La *gerarchia*⁴⁴⁶ tra atti normativi proposta da quel catalogo, risalente al lontano 1942, si poggia(va) su due presupposti ormai definitivamente tramontati: l'unicità dell'ordinamento giuridico statale e il parallelismo tra gerarchia di atti, gerarchia di procedimenti e gerarchia di organi dotati di poteri normativi⁴⁴⁷. L'aggiornamento del "catalogo" proposto dalle Preleggi non passa quindi soltanto attraverso una rettifica dell'elenco delle fonti, perché richiede, a monte, un aggiornamento dei criteri ordinatori delle stesse, accompagnato ad una considerazione più attenta dei processi

⁴⁴² Forse la difficoltà è maggiore per giuristi appartenenti a sistemi di *civil law* come il nostro, abituati a ricercare *nella disposizione* la norma da applicare, piuttosto che *nella giurisprudenza* il precedente rilevante. Ma sembra un danno inevitabile, conseguente all'ibridazione delle tecniche normative dovuta alla sintesi tra le diverse tradizioni giuridiche dell'Unione Europea.

⁴⁴³ L. MONTUSCHI, *Le fonti interne. Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 395.

⁴⁴⁴ Letteralmente, la disposizione, rubricata «indicazione delle fonti» recita: «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi». Cfr. a proposito A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA- G. BRANCA, cit.

⁴⁴⁵ Definitivamente inoperanti a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo sancita con uno dei primi atti del Governo provvisorio del generale Badoglio, il r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721.

⁴⁴⁶ Si noti, l'*unico* criterio ordinatore delle fonti.

⁴⁴⁷ Così osservano R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 17: «Il sistema gerarchico rispecchiato dall'art. 1 delle Preleggi è infatti un sistema monolitico: alla sua base c'è l'idea della sovranità indivisa dello Stato e il suo corollario, il principio di esclusività, ossia l'esclusione dal territorio nazionale di ogni altra autorità dotata di potere normativo, sia essa "esterna" (autorità straniera o derivanti dall'ordinamento internazionale) o "interna" (ordinamenti "autonomi" non sottoposti al diritto dello Stato)».

di produzione del diritto (tra i quali, il *rinvio* a fonti esterne rappresenta una tecnica sempre più frequente, necessitata dalla limitazione della sovranità nazionale).

Quanto alla Carta Costituzionale, la prima “grande esclusa” dal novero delle fonti del diritto oggettivo contenuto nelle Preleggi, al di là delle osservazioni già proposte nella precedente sezione a riguardo dei contenuti specifici delle singole disposizioni costituzionali dettate in materia di lavoro, ai limitati scopi del presente inciso sembra opportuno concentrare l’attenzione su tre aspetti.

In primo luogo, la Costituzione italiana presenta la particolare caratteristica, comune peraltro alla maggior parte delle Costituzioni europee contemporanee, di non limitarsi a contenere le fonti *sulla* produzione delle norme, ovvero le “norme di riconoscimento” delle fonti di diritto positivo operanti nell’ordinamento giuridico⁴⁴⁸: la Costituzione si propone essa stessa quale fonte *di* produzione, ovvero norma giuridica “sostanziale” direttamente applicabile (tendenzialmente) anche nei rapporti

⁴⁴⁸ Secondo una tradizionale definizione risalente a V. CRISAFULLI, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 925 ss., ma ripresa costantemente dalla dottrina e dalla manualistica contemporanea – cfr., *ex multis*, L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 539 ss.; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 1 ss. – si considerano fonti del diritto in senso proprio, o fonti *di* produzione, «gli atti o fatti idonei a creare, modificare o estinguere norme giuridiche». Da queste si distinguono le fonti *sulla* produzione, o fonti di legittimazione, o norme di riconoscimento che dir si voglia, le quali individuano concretamente *quali sono* gli atti o i fatti abilitati a creare norme giuridiche nell’ordinamento statale. Affinchè le norme sulla produzione possano effettivamente definirsi tali (ovvero adempiere tale funzione prescrittiva, e non limitarsi invece a svolgere un mero ruolo ri-cognitivo del diritto esistente), deve trattarsi di disposizioni sovraordinate, nella scala gerarchica, rispetto alle fonti di produzione a cui riconoscono legittimazione: vale infatti la regola fondamentale, seppure non scritta, in base alla quale nessuna fonte può creare altre fonti aventi efficacia maggiore o anche eguale alla propria, ma solo fonti dotate di efficacia minore, in base al principio secondo cui nessuna fonte può attribuire ad altre fonti una forza di cui essa stessa non dispone e per cui le fonti devono essere in *numerus clausus* per poter dare vita ad un “sistema”: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I Il sistema della fonti del diritto*, Utet, Torino, 1992. Come noto, nella Costituzione italiana, la maggior parte delle fonti sulla produzione è contenuta negli artt. 70 ss. che disciplinano per l’appunto il procedimento legislativo delle Camere (artt. 70-74) ed individuano gli altri atti aventi forza di legge: il *referendum* abrogativo (art. 75), il decreto legislativo (art. 76), il decreto-legge (art. 77), gli atti emanati dal Governo in tempo di guerra (art. 78). Altra fonte sulla produzione (almeno secondo la dottrina prevalente, ma vedi *infra*, è l’art. 10, comma 1, che individua le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» come idonee a produrre un adattamento automatico della legislazione interna). Le fonti subordinate nella scala gerarchica alla legge, segnatamente i regolamenti, non trovano invece una disciplina organica nel testo costituzionale (se non un generico richiamo alla «potestà regolamentare» di Stato e Regione in alcune disposizioni del Titolo V, Parte seconda, vedasi ad esempio l’art. 117, comma 6), in coerenza con la concezione, di matrice kelseniana, secondo cui ogni fonte dispone della validità di quella immediatamente subordinata nella scala gerarchica.

interprivati⁴⁴⁹. Anche se oggi sono unanimemente accolte quali attributi propri (di molte, la prima, di tutte, la seconda) delle disposizioni Costituzionali, la diretta applicabilità e l'efficacia preminente su tutte le altre fonti di diritto positivo⁴⁵⁰ non dovevano risultare affatto pacifiche al momento della sua entrata in vigore, tant'è vero, come si ricorda in dottrina, che la prima pronuncia della Corte Costituzionale dovette farsi carico proprio di confutare la tesi dell'avvocatura dello Stato che contestava la preminenza delle norme costituzionali sulla legislazione previgente⁴⁵¹. Del resto, anche quelle disposizioni c.d. di principio, o programmatiche, frequentemente rintracciabili nella Carta a partire dai suoi Principi fondamentali, che pure non contengono regole direttamente applicabili ai rapporti interprivati, importano in ogni caso un vincolo d'azione per il legislatore ordinario e impongono un'interpretazione conforme ai principi da esse enunciati delle disposizioni di legge⁴⁵². In sostanza la norma costituzionale, sia attraverso l'applicazione diretta, sia attraverso l'enunciazione di obiettivi e principi generali da attuare nella legislazione ordinaria, sia attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata o, nel caso in cui questa risulti impossibile per il contrasto insanabile tra la disposizione costituzionale e la disposizione di legge, l'annullamento della norma di legge con essa contrastante, si impone quale regola fondamentale del rapporto giuridico. E proprio la disciplina del lavoro ha fornito fulgidi esempi tanto dell'applicazione

⁴⁴⁹ In linea generale, dobbiamo però avvertire come la "diretta applicabilità" di una disposizione, intesa come la capacità della norma da essa ricavabile di disciplinare in via immediata rapporti giuridici, senza l'intervento di altre fonti in funzione applicativa, non discende dal rango o dal *nomen* della fonte, ma dal suo contenuto concreto.

⁴⁵⁰ Che costituisce precisamente la «rigidità» della Costituzione, insieme al procedimento aggravato di modifica previsto dall'art. 138 e dal sindacato di legittimità costituzionale delle fonti primarie di cui all'art. 136, concretamente disciplinato dalla l. 11 marzo 1953, n. 87.

⁴⁵¹ R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 44.

⁴⁵² Cfr. in particolare C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pp. 85-86, che a proposito della concreta "operatività" delle norme di principio osserva: «Anche in questi casi, infatti, pur affidandosi al legislatore ordinario il compito di stabilire la disciplina specifica atta a regolamentare strutturalmente la materia cui si riferisce, di volta in volta, il principio posto, questo non manca di esplicitare una rilevante e specifica funzione, il cui significato sarà quanto prima delucidato».

diretta di alcuni precetti costituzionali (talvolta in carenza della disciplina legale “riservata”)⁴⁵³, tanto della capacità, propria dei principi generali (in particolare, l’eguaglianza e la ragionevolezza), di indirizzare in modo profondo la disciplina legale del lavoro e l’applicabilità a questa materia di istituti giuridici generali⁴⁵⁴.

In secondo luogo, sempre a proposito della portata sistematica della Costituzione, se è senz’altro esatta la considerazione secondo cui tutte le disposizioni costituzionali dedicate al lavoro vivono e si manifestano pienamente nella loro portata anche e soprattutto attraverso la disciplina legale successiva, attuativa di quei parametri⁴⁵⁵, è però innegabile come la Costituzione, a partire dal suo art. 35, imponga quantomeno l’*esserci* del diritto del lavoro nella legislazione⁴⁵⁶.

In terzo luogo, se è pur accoglibile, oltre che autorevolmente fondata, la tesi secondo cui nei Principi fondamentali il termine “lavoro” sarebbe utilizzato quale

⁴⁵³ Si pensi soltanto alla regola, di immediata precettività e inderogabile, della giusta retribuzione, che la giurisprudenza desume direttamente dai principi della sufficienza e proporzionalità affermati dall’art. 36 Cost. Oppure, per fare un esempio di disposizione costituzionale “direttamente applicata” in carenza della legge, si pensi al primo comma dell’art. 40 Cost. sull’esercizio del diritto di sciopero: il «diritto», riconosciuto dalla disposizione, può così esercitarsi anche in assenza della legge regolatrice.

⁴⁵⁴ Solo per fare un esempio, si pensi all’applicazione alla fattispecie del lavoro subordinato di istituti civilistici e processual-civilistici, come la prescrizione o la pignorabilità di crediti: cfr. E. GHERA, *La prescrizione dei diritti dei lavoratori e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 3 ss.

Quanto all’applicazione e alla portata del principio di ragionevolezza nel diritto del lavoro è d’uopo un rimando a P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, p. 481 ss.; A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 1 ss.; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.

⁴⁵⁵ Questa è l’originale “ri-lettura” della Carta fondamentale suggerita da M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell’evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2006, p. 59 ss.

⁴⁵⁶ M. NAPOLI, *ult. op. cit.*, in particolare p. 67. E questo “esserci” del lavoro nella legislazione sembra rappresentare l’ultimo argine alla rimozione delle tutele individuato dalla Corte Costituzionale in quella serie di pronunce, sopra richiamate, rese a proposito delle q.l.c. sollevate a proposito di disposizioni in presunto contrasto con l’art. 35 Cost. Cfr. in particolare Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 49, rel. Marini, con cui fu negata l’ammissibilità del *referendum* abrogativo dell’intera disciplina del lavoro a domicilio, sul presupposto per cui «i modi e le forme dell’attuazione della tutela costituzionale sono ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni ... una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

sineddoche per riferirsi alla “persona”⁴⁵⁷, non può però sottacersi come le disposizioni costituzionali riferite al “lavoratore” – quelle dotate, come si è visto, di immediata precettività – siano state inserite, non a caso, nel Titolo III della Parte Prima, dedicato precisamente ai “Rapporti economici”. La tutela della persona-lavoratore che il costituente prescrive, è dunque una tutela incentrata soprattutto (anche se non esclusivamente) sul lavoratore-contraente, è proiettata cioè direttamente alla dimensione contrattuale, e dunque *economica* del lavoro. In altre parole, la tutela della persona nella Costituzione è realizzata soltanto *indirettamente* (anche) attraverso la garanzia, strumentale, di una serie di posizioni giuridiche attive (a dire il vero, piuttosto minimali) nel contratto di lavoro: il diritto ad una retribuzione sufficiente e proporzionata, il diritto alle ferie retribuite, al riposo settimanale, ad una limitazione dell’orario, la garanzia della sicurezza dell’ambiente di lavoro, il diritto a non vedersi applicate condizioni di impiego discriminatorie in ragione del sesso o della minore età, la libertà sindacale, il diritto di scioperare. Si tratta di garanzie di per sé piuttosto limitate se confrontate con l’ampio bagaglio di diritti e guarentigie riconosciuto dalla legislazione successiva, ma la direzione impressa dal Costituente verso la tutela *economica* del lavoratore-contraente debole pare davvero inequivocabile⁴⁵⁸.

Si è osservato in precedenza come l’attuale “catalogo delle fonti” di diritto positivo sia il prodotto della (duplice) apertura dell’ordinamento nazionale verso

⁴⁵⁷ Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti indisponibili e doveri inderogabili di solidarietà*, ora in M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, V&P, Milano, 2004.

⁴⁵⁸ Detto altrimenti, ragionando in una prospettiva *de iure condendo*, è senz’altro apprezzabile lo sviluppo più recente della legislazione, in particolare anti-discriminatoria, in quanto manifestazione di una rinnovata sensibilità verso la tutela della *persona* (in quanto tale) sul luogo e in occasione del lavoro (e d’altra parte, non v’è chi non veda come quella stessa legislazione doti il prestatore di una serie di posizioni giuridiche attive, contrattuali). Tuttavia, siccome il baricentro della pur minimale protezione costituzionale è chiaramente spostato verso la dimensione genuinamente economica del rapporto, ci si potrebbe domandare, su un piano generalissimo, se una legislazione progressivamente estraniata dalla dimensione economica del rapporto possa ritenersi adempiente ai vincoli costituzionali.

l'esterno (comunità internazionale ed Unione Europea) e verso l'interno (Regioni ed enti locali).

Quanto alla legge regionale, possiamo osservare come la sua portata nella nostra materia⁴⁵⁹ appaia in realtà alquanto limitata, soprattutto dopo quelle pronunce della Corte Costituzionale che hanno escluso, in buona sostanza, che questa fonte possa ingerirsi nella disciplina *contrattuale* del rapporto⁴⁶⁰. La questione era sorta perché nel “riparto di competenze”⁴⁶¹ tra legge statale e legge regionale disegnato dalla riforma del Titolo V ad opera della l. cost. n. 3/2001, ed in particolare dal nuovo art. 117 Cost., la «tutela e sicurezza del lavoro» compare tra le materie a competenza concorrente tra Stato e Regioni. La lettura restrittiva datane dalla Corte Costituzionale ha però recisamente escluso che la legge regionale possa ingerirsi su

⁴⁵⁹ Per un approfondimento della questione anche sotto un profilo teorico può rinviarsi, in particolare, a M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 19 ss.; M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo quinto della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 645 ss.; M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 157 ss.; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 17 ss.; T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., quaderni*, n. 6, *L'ordinamento civile*, 2003, 41 ss.; L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, 2004, p. 13 ss.; B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 801 ss.; A. GARILLI, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, p. 343 ss.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam, 2005; A. TROJSI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 651.

⁴⁶⁰ Cfr. in particolare Corte Cost., 14 maggio 2010, n. 176, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 2, p. 448 ss., nt. di E. CARMINATI; Corte Cost., 25 gennaio 2005, n. 50, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 502 ss., nt. di P. ALBI; Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 239 ss., nt. di P. GHIRARDI. Da rilevare che già il d. lvo. n. 469/1997, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, aveva affidato alle Regioni l'organizzazione dei centri per l'impiego e la formazione professionale.

⁴⁶¹ La “competenza”, piuttosto che criterio risolutore del conflitto tra norme, alla stregua del criterio di gerarchia e del criterio cronologico, andrebbe considerata alla stregua di un criterio (simile, nella dinamica, alla specialità) volto ad assicurare la “preferenza”, di volta in volta, a norme provenienti da ordinamenti differenti (segnatamente, l'ordinamento nazionale e quello regionale, ma il meccanismo è riproducibile anche nei rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario, come si dirà *infra*). Come in applicazione del criterio di specialità (che opera però con riguardo a norme parordinate ed appartenenti allo stesso ordinamento giuridico), le norme “in conflitto” sono destinate a rimanere contemporaneamente vigenti nel sistema, trovando applicazione a situazioni differenti a seconda dei presupposti individuati, per l'appunto, dalla competenza. Più che conflitto, sarebbe quindi corretto parlare di concorso-conflitto tra norme. Ma la questione è aperta in dottrina e travalica l'oggetto di questa trattazione, per cui deve rinviarsi il lettore, per una sua disamina più approfondita, alla trattatistica in argomento: cfr. in particolare R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 23 ss.; L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 554 ss., ed i riferimenti bibliografici *ivi* indicati.

aspetti attinenti direttamente la relazione contrattuale tra le parti del rapporto. Talchè, lungi dall'avviare quella temuta o auspicata "federalizzazione" del diritto del lavoro, la riforma ha prodotto solamente l'effetto, unanimemente indesiderato, di ritardare ulteriormente la diffusione nel nostro Paese di quelle tipologie contrattuali, su tutte l'apprendistato, che impegnano a vario titolo l'azione legislativa delle Regioni; creando poi ulteriori difficoltà per le imprese operanti in più Regioni nell'individuare ed applicare correttamente le regole, diverse da Regione a Regione quando emanate, della formazione pubblica⁴⁶².

Quanto alle fonti esterne all'ordinamento italiano, sia le norme dell'Unione Europea, sia le norme del c.d. diritto internazionale del lavoro (categoria alquanto spuria, di cui va proposta senz'altro una partizione), intervengono a vario titolo sulla disciplina contrattuale del rapporto di lavoro.

Anzitutto, per acquisire una maggiore consapevolezza dei concetti, dobbiamo precisare come con l'espressione "diritto internazionale del lavoro" ci si riferisca genericamente ad un insieme alquanto eterogeneo di norme di giuridiche, che sono assimilate, in pratica, solamente dalla comune appartenenza ad un ordinamento giuridico sovranazionale, oltre che, ma questo è ovvio, dall'oggetto specifico: l'incidenza sulla regolazione (pubblica o privata) dei rapporti di lavoro⁴⁶³. Volendo utilizzare le categorie ormai familiari della teoria delle fonti, potremmo dire che le norme internazionali del lavoro trovano la loro "fonte di produzione" in atti (o fatti) abilitati a produrre norme vincolanti secondo le regole sulla produzione normativa di

⁴⁶² Solo recentemente, la circolare n. 35/2013 del Ministero del Lavoro, con riferimento alla disciplina vigente dell'apprendistato, contenuta nel d. lvo. n. 167/2011, ha stabilito che per le imprese operanti in più Regioni le regole sulla formazione pubblica dell'apprendista, di competenza regionale, da applicarsi ai rapporti di lavoro sono quelle della Regione in cui l'impresa ha la sede legale. Ma sull'efficacia delle circolari e sulla loro collocazione (al di fuori) del sistema delle fonti di diritto oggettivo, vedi *infra*.

⁴⁶³ Per le coordinate fondamentali terminologiche e storiche in materia, cfr. A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, cit., p. 1 ss.; M. LAI, (voce) *Lavoro nel diritto internazionale pubblico*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1992, p. 358 ss.

ordinamenti giuridici esterni allo Stato, ovvero l'ordinamento internazionale e l'ordinamento dell'Unione Europea⁴⁶⁴.

Ciò chiarito, devono proporsi almeno quattro partizioni interne a questa vasta ed eterogenea gamma di norme e strumenti vari, due delle quali (almeno) rilevano non soltanto sul piano puramente descrittivo e concettuale, ma importano, come si vedrà, pratiche conseguenze anche sulla portata e sull'applicazione interna delle stesse norme internazionali.

La prima partizione interna della materia attiene alla distinzione tra norme di diritto scritto (più precisamente, convenzionali o pattizie) e norme consuetudinarie. La distinzione assume notevole importanza pratica (anche) sotto il profilo della applicazione interna della norma internazionale, perché nel nostro ordinamento solo per le norme internazionali *consuetudinarie* – quali sono le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»⁴⁶⁵ – è utilizzabile lo strumento

⁴⁶⁴ Si tratta di una trasposizione di concetti che potrebbe risultare forse non del tutto conferente, sotto il profilo terminologico, dato il carattere genuinamente negoziale dei trattati. Tuttavia, essendo nella letteratura in argomento ormai invalso l'uso delle espressioni “diritto internazionale del lavoro” e “norme internazionali del lavoro” indistintamente riferite tanto alle norme sovranazionali (su tutte, il diritto dell'Unione Europea) quanto alle convenzioni adottate dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (che costituiscono, come vedremo, dei trattati, ovvero atti negoziali, tendenzialmente multilaterali perché approvati dalla Conferenza internazionale e quindi naturalmente destinati ad essere recepiti da un elevato numero membri, ma pur sempre vincolanti solo per gli Stati aderenti, in base al principio consensualistico), la trasposizione sul piano internazionale di concetti elaborati dalla teoria per le fonti interne non pare risultare foriera di equivoci, una volta chiariti i concetti in uso. Del resto, che il trattato internazionale non costituisca *di per sé* una fonte di diritto positivo nel nostro ordinamento giuridico è già chiarito dall'assenza di disposizioni in tal senso da parte della Costituzione (al netto di quanto si dirà a proposito della riforma dell'art. 117), in applicazione del principio del *numerus clausus* delle fonti.

⁴⁶⁵ Posto che l'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 10 Cost. si riferisce esclusivamente al diritto internazionale consuetudinario, in dottrina non si riscontrano opinioni unanimesi circa gli elementi idonei ad integrare una consuetudine internazionale che sia passibile di adattamento automatico: cfr., per una rassegna delle diverse ricostruzioni, A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 19 ss.; A. COSSIRI, *Sub art. 10*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II° ed., 2008, Cedam, Padova, 2008; E. CANNIZZARO-A. CALIGIURI, *Sub art. 10*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006. Secondo l'opinione di gran lunga maggioritaria, deve comunque trattarsi di consuetudini internazionali generali, caratterizzate dall'elemento oggettivo della *diuturnitas*, cioè del ripetersi, costante ed uniforme di un dato comportamento da parte degli Stati, e dall'elemento soggettivo della *opinio iuris ac necessitatis*, ovvero della convinzione degli Stati stessi che quella data regola di condotta sia in ogni caso doverosa. Non sarebbero invece idonee ad integrare la fattispecie costituzionale consuetudini di carattere regionale o locale, né integrerebbero – di per sé – una norma consuetudinaria le fonti scritte di diritto internazionale, anche se contenute in convenzioni accettate dalla quasi universalità degli Stati o con le quali si sia cercato di codificare il diritto consuetudinario. Dal canto suo, va ricordato

dell'adattamento automatico previsto dall'art. 10, comma 1 della Costituzione⁴⁶⁶. Per le norme di diritto scritto (ovvero, i trattati e le convenzioni internazionali⁴⁶⁷),

come l'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di giustizia definisce la consuetudine come «prova di una pratica generale accettata come diritto».

Altra questione riguarda poi il rango da assegnare alla norma consuetudinaria: secondo un'opinione autorevolmente sostenuta, riferibile in particolare a C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Edizioni Ricerche, Roma, 1958, p. 164 ss., ma criticata dalla dottrina più recente – v. in particolare R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 666 – alla consuetudine internazionale dovrebbe riconoscersi addirittura valore super-costituzionale. La Corte Costituzionale, pur non prendendo una posizione netta sul punto, sembra avere individuato un discrimine nel momento della formazione della norma internazionale; infatti «mentre con riferimento alle norme internazionali generali che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione il meccanismo di cui all'art. 10 comma 1 non potrebbe mai consentire la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, per le altre, cioè per quelle formatesi nel periodo antecedente all'approvazione della Carta, questa limitazione non dovrebbe più valere»: in questi termini si è pronunciata Corte Cost., 18 giugno 1979, n. 48, in *Riv. dir. internaz.*, 1979, p. 797 ss. Il che sembra creare i presupposti teorici della diretta applicabilità interna della norma internazionale consuetudinaria – quantomeno, di quella formata successivamente alla Costituzione – in base al criterio della specialità (o dell'abrogazione tacita della norma interna previgente). Di certo, anche dando credito a quegli orientamenti dottrinali più recenti che sostengono, con argomentazioni pure convincenti, il carattere sub-costituzionale della consuetudine internazionale – cfr. in particolare A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., in particolare pp. 67-77 – rimane ferma la superiorità della consuetudine internazionale sulla norma di legge primaria. Anche l'art. 1 comma 1, l. n. 131/2003, di attuazione della riforma del Titolo V Parte seconda della Costituzione, qualifica del resto come «vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali».

Peraltro, ai limitati fini di questa trattazione, dobbiamo rilevare come, allo stato, non sovengano consuetudini internazionali in materia di lavoro passibili di adattamento automatico ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost.; a meno di non voler considerare “diritto consuetudinario” – ma si tratta di una tesi che non trova riscontri nella letteratura – i principi codificati nelle otto Convenzioni fondamentali e nella Costituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (di cui *infra*): si tratterebbe, però, di accertare la ricorrenza di entrambi gli elementi, soggettivo ed oggettivo, che integrano la norma consuetudinaria, dal momento che, come detto, la codificazione dei principi generali non costituisce di per sé elemento qualificante del carattere consuetudinario della regola codificata.

⁴⁶⁶ Quanto al procedimento di adattamento automatico del diritto interno contemplato dall'art. 10, comma 1, questo «viene qualificato come un procedimento diretto, automatico, permanente, continuo e completo: *diretto*, in quanto provvede esso stesso ad adeguare il diritto interno al diritto internazionale generale; *automatico*, perchè si esplica per ciascuna norma non scritta contestualmente alla sua entrata in vigore nell'ambito della comunità internazionale, senza che sia necessario un apposito atto normativo interno; *permanente, continuo e completo*, perchè lascia “entrare” nell'ordinamento interno e senza soluzione di continuità tutte le norme necessarie per il suo adeguamento alle norme di diritto internazionale generale, seguendo le eventuali modificazioni di quest'ultimo»: così A. BONOMI, *ult op. cit.*, pp. 27-28. La disposizione conterrebbe, dunque, almeno secondo l'interpretazione largamente maggioritaria dalla dottrina, una norma *sulla* produzione giuridica, quanto meno per le consuetudini formatesi successivamente alla stessa Costituzione.

⁴⁶⁷ La scelta tra i termini «trattato» e «convenzione» sembra influenzata più che altro dalle modalità con cui l'accordo viene concluso a livello internazionale, anche se i due termini possono essere considerati a tutti gli effetti come sinonimi, riferendosi pur sempre ad «accordi fra due o più soggetti di diritto internazionale, con forza obbligatoria fra le parti»: A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, cit. pp. 9-10. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 all'art. 2, comma 1 lett. a), definisce

l'efficacia sul piano interno discende invece da un preciso atto di volontà – una legge formale – del Parlamento, che, nella prassi invalsa, è rappresentato dall'ordine di esecuzione⁴⁶⁸, quasi sempre contenuto nella stessa legge di autorizzazione alla ratifica del trattato internazionale, necessaria, secondo quanto dispone l'art. 80 Cost., per i trattati internazionali «che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi»⁴⁶⁹. Quanto riferito – anche nelle note – a proposito

il termine «trattato» come «un accordo internazionale concluso per iscritto tra Stati e regolato dal diritto internazionale, che sia costituito da un solo strumento o da due o più strumenti connessi, qualunque ne sia la particolare denominazione». Si tratta in ogni caso di una fonte di carattere pattizio, e non generale (come invece la consuetudine), e come tale vincolante solo per gli Stati firmatari, espressione del principio di autonomia degli Stati e della loro capacità di autoregolamentazione degli interessi sul piano internazionale. Per un approfondimento dei profili istituzionali, riguardanti i presupposti per la conclusione, le forme di adesione e conclusione, i contenuti essenziali, gli effetti sul piano internazionale, le cause di estinzione e invalidità dei trattati, si rimanda a F. DURANTE, (voce) *Trattato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1368 ss.; S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 77 ss.

⁴⁶⁸ Facendo propria la tradizionale concezione dualistica, secondo la quale il diritto internazionale e il diritto interno costituiscono due ordinamenti giuridici originari ed autonomi, tra loro separati e distinti, tanto la dottrina assolutamente maggioritaria, quanto la Corte Costituzionale, quanto la giurisprudenza comune, hanno da sempre sposato l'idea secondo cui i trattati non possano acquistare efficacia nell'ordinamento interno senza le necessarie norme di adeguamento, le quali avrebbero la funzione di “trasformare” in diritto interno le disposizioni pattizie, pena l'indifferenza del diritto interno verso i trattati: cfr. A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., pp. 79-86 ed in particolare i riferimenti alle nt. 3-4-5 p. 80; P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., p. 118 ss.; E. CANNIZZARO, (voce) *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1394 ss. Va quindi tenuto ben distinto l'istituto della *ratifica* (atto di competenza del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 87, comma 8, Cost.), che attiene al procedimento esterno di stipulazione in quanto esprime la volontà dello Stato di obbligarsi sul piano internazionale, dall'*ordine di esecuzione*, che invece serve per l'appunto a permettere all'accordo internazionalmente già valido (anche se non necessariamente già in vigore, in quanto i trattati, soprattutto quelli multilaterali, prevedono solitamente la ratifica da parte di tutti i contraenti quale condizione di efficacia), di spiegare i suoi effetti all'interno dello Stato contraente.

In assenza di previsioni costituzionali, l'ordine di esecuzione è di prassi inserito nella stessa legge di autorizzazione alla ratifica (nei casi in cui è necessaria ai sensi dell'art. 80 Cost.), e consiste nella formula “si dà piena ed intera esecuzione al trattato...” poi allegato in calce al testo ufficiale della legge. Molto più raramente i trattati vengono invece trasposti attraverso un atto di recepimento non formale, ovvero una legge finalizzata a dare pratica attuazione anche a quelle previsioni del trattato non idonee (s'intende, nemmeno quando trasposte sul piano interno) a disciplinare rapporti giuridici sul piano interno, o perché non sufficientemente precise o perché contenti solo direttive di risultato per lo Stato contraente. Sulla prassi invalsa nell'attuazione dei trattati internazionali (in senso assai critico) cfr. R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 27-30.

⁴⁶⁹ Sebbene non menzionati dalla disposizione costituzionale, sono pacificamente ammessi dalla dottrina – e nella prassi conclusi talvolta anche in ambiti che necessiterebbero invece una preventiva autorizzazione del Parlamento, cfr. A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., p. 223 ss. – i c.d. accordi in forma semplificata, perfezionati sul piano esterno

dell'efficacia interna “non automatica” dei trattati internazionali, dovrebbe ritenersi ancora valido anche all'esito della riforma dell'art. 117 Cost. operata con la l. cost. n. 3/2001⁴⁷⁰, almeno stando alla ricostruzione proposta – se bene si è compresa – dalla Corte Costituzionale nelle note “sentenze gemelle” nn. 348-349 del 2007⁴⁷¹, e poi

direttamente dal Governo, senza previa autorizzazione parlamentare. Anche questi accordi necessitano in ogni caso di un ordine di esecuzione per acquisire efficacia sul piano interno.

⁴⁷⁰ La riforma costituzionale del 2001 pone in realtà problemi generali molto complessi a riguardo dell'efficacia dei trattati internazionali sul piano interno, che non potrebbero certamente essere esauriti nello spazio di poche battute, ed esulano peraltro dalla materia prettamente lavoristica; per una disamina più “ragionata” delle questioni sul tappeto e delle soluzioni affatto concordi prospettate dalla dottrina internazionalistica, dobbiamo quindi rinviare alla letteratura in materia, tra cui segnaliamo in particolare: A. BONOMI, *ult. op. cit.*, p. 199 ss.; P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento convenzionale CEDU*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2013, p. 123 ss.; A. COSSIRI, *Sub art. 117*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit.; G. SERGES, *Sub art. 117*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. Ai limitati scopi di questa trattazione possiamo evidenziare, in estrema sintesi, come il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. pone (almeno) due questioni di primaria importanza: anzitutto la determinazione in concreto dei «vincoli internazionali» alla legislazione di Stato e Regioni, e, in seconda battuta, il rango da attribuire alle fonti internazionali adattate nell'ordinamento interno. Tralasciamo invece, volutamente, ogni ulteriore spunto problematico in merito all'ambito di efficacia degli accordi internazionali conclusi dalle Regioni nelle materie di loro competenza (perché questo profilo non interessa direttamente la materia lavoristica).

La prima questione ha trovato una risposta solo parziale nell'art. 1 comma 1 della l. n. 131/2003, che dispone: «costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali». La disposizione ha espressamente parificato, sotto il profilo dell'efficacia interna sovra-legale, il diritto internazionale pattizio e consuetudinario. Non ha però risolto tutti i dubbi in ordine a *quali* trattati internazionali possano rivestire tale caratteristica, se solo quelli ratificati ed adattati secondo l'ordinaria prassi parlamentare, o anche quelli conclusi in forma semplificata ma non “trasmigrati” nel diritto interno attraverso l'ordine di esecuzione. Si tratta di una scelta che impone evidentemente la salvaguardia di delicati equilibri tra organi dello Stato, nel rispetto dei principi fondamentali della sovranità popolare e del bilanciamento tra poteri dello Stato. Certamente, qualora dovesse proseguire anche in futuro la prassi in uso di dare esecuzione al trattato mediante un atto di recepimento meramente formale e contestuale alla stessa autorizzazione alla ratifica, anche a voler riconsidere l'*efficacia automatica* al trattato sol che valido sul piano internazionale per effetto della ratifica – ma non sembra questa, se ben si è compreso, la tesi accreditata dalla Consulta – la questione potrebbe risultare, almeno in parte, sdrammatizzata.

La seconda questione, inerente invece al rango da riconoscere alle fonti sovranazionali, è relativamente meno impegnativa anche alla luce dei pronunciamenti della Corte Costituzionale di cui alla nota successiva: si dovrebbe trattare infatti di norme di rango sub-costituzionale, ovvero sovraordinate alle fonti primarie ma subordinate alla Carta Costituzionale. Il che comporterebbe, da un lato, che la norma internazionale “adattata” dovrebbe porsi quale “norma interposta” nella q.l.c. prospettata ai sensi dell'art. 117 comma 1, in caso di illecito internazionale derivante dal contrasto tra la previsione del trattato internazionale e la norma interna applicabile al caso concreto; dall'altro lato, che il giudice comune non potrebbe semplicemente “disapplicare” la norma interna non conforme, essendo il controllo di legittimità costituzionale accentratissimo in un organo unitario.

⁴⁷¹ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 197; Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giust. civ.*, 2008, 6, I, p. 1363.

riconfermata da altre pronunce successive⁴⁷², nelle quali si è escluso, a quanto si è compreso, che il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. contenga una previsione di adattamento automatico ai trattati, così come l'art. 10 comma 1, Cost. dispone invece per le consuetudini⁴⁷³. Peraltro, la nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nella misura in cui sembra assegnare rango sub-costituzionale ai trattati internazionali, da un lato affida implicitamente alla Consulta il controllo della conformità dei trattati stessi alle norme costituzionali, dall'altro esclude il potere dei giudici comuni di procedere alla "disapplicazione" della norma interna non conforme al trattato internazionale, come invece avviene quando il contrasto si pone nei confronti di una disposizione comunitaria direttamente applicabile in ragione della copertura costituzionale offerta dall'art. 11⁴⁷⁴.

⁴⁷² Si segnalano, in particolare, Corte Cost., 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, 4, I, p. 1037; Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, p. 163; Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 1, p. 180; Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 2, p. 583; Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 187, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 4, p. 1243; Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 2, p. 578.

⁴⁷³ Senza entrare qui nel dettaglio delle argomentazioni prospettate dalla Consulta – per le quali si può rinviare, in particolare, a P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento convenzionale CEDU*, cit., p. 144 ss.; A. COSSIRI, *Sub art. 1, §§ XI-XVIII*, in S. BARTOLE-P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 26 ss. – si deve avvertire come tutte le pronunce citate riguardino casi di prospettati contrasti tra disposizioni interne e disposizioni contenute nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa il 3 settembre 1953 e ratificata dall'Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848 – e di cui *infra*: nelle ordinanze di rimessione alla Consulta, i giudici *a quo* avevano per lo più utilizzato le disposizioni della CEDU quali norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale in rapporto all'art. 117, comma 1, Cost.

Sembrirebbe a tutti gli effetti un "irrigidimento" del sistema, dal momento che nella giurisprudenza precedente della Cassazione erano rinvenibili pronunce in cui si ammetteva invece la disapplicazione di disposizioni interne per contrasto con la CEDU, in consonanza con il carattere "atipico" ed il valore "integrativo" dei principi costituzionali che la dottrina – e la stessa Consulta – pacificamente riconoscevano alle disposizioni della CEDU: cfr. in particolare Cass., 19 luglio 2002, n. 10542, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1280; Cass., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, 5, I, p. 1423. Cfr. anche A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, cit., p. 167 ss.

⁴⁷⁴ A mente del quale «l'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

Peraltro, con riferimento alle disposizioni della CEDU, alcune delle quali interessano direttamente la materia lavoristica (in particolare gli artt. 4, 11, 13 e 14) la situazione potrebbe cambiare a seguito dell'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione, attualmente in fase di ratifica. Già ora, il nuovo art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, come modificato dal Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009, dispone al § 3 che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali

La seconda distinzione che può proporsi, che riguarda semplicemente l'estensione geografica del campo di applicazione della norma internazionale, attiene al carattere regionale o universale della stessa. Tra le norme internazionali a carattere regionale deve annoverarsi anche il diritto del lavoro dell'Unione Europea (che dunque, sotto questo profilo, costituisce una sotto-categoria del diritto del lavoro internazionale), al pari di altri strumenti adottati in seno ad organizzazioni internazionali regionali, quali il Consiglio d'Europa, il NAFTA o l'Unione Africana⁴⁷⁵; mentre tra le norme universali (o potenzialmente universali) devono

comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La CEDU potrebbe quindi diventare direttamente applicabile anche nell'ordinamento italiano in quanto "comunitarizzata", prescindendo così da ogni questione relativa all'adattamento del diritto interno alle sue disposizioni *ex art. 117, comma 1, Cost.*: cfr. A. COSSIRI, *Sub art. 1 § XVI, ult. op. cit.*, p. 34; P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento convenzionale CEDU, cit.*, p. 158 ss. ed i riferimenti *ivi* indicati.

⁴⁷⁵ Per quanto interessa l'Italia, essa aderisce al Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale con sede a Strasburgo, creata nel 1949 da dieci Paesi fondatori e attualmente composta di quarantasette Stati membri, con la finalità di «realizzare una unione più stretta tra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che sono il loro patrimonio comune e di facilitarne il progresso economico e sociale». Scopo principale del Consiglio d'Europa è la promozione di convenzioni (dicasi trattati) riguardanti la protezione e il riconoscimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Tra gli strumenti che interessano i diritti sociali devono ricordarsi, oltre alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848, anche la Carta sociale europea, adottata nel 1961 e revisionata nel 1996, ratificata dall'Italia con la l. 9 febbraio 1999, n. 30 (con esclusione dell'art. 25 sulla protezione in caso di insolvenza del datore di lavoro), il Codice europea di sicurezza sociale, adottato nel 1964, ratificato dall'Italia in data 8 aprile 1976, n. 174, limitatamente alle parti V (trattamento pensionistico di vecchiaia), VI (trattamento in caso d'infortuni sul lavoro e di malattie professionali), VII (assegni familiari) e VIII (trattamento in caso di maternità), e la Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti, aperta alla firma a Strasburgo il 24 gennaio 1977 e ratificata dall'Italia con la l. 2 gennaio 1995, n. 13.

Per quanto sul piano interno queste convenzioni rivestano lo stesso valore degli strumenti internazionali universali, come i Patti sui diritti sociali e civili adottati dalle Nazioni Unite (e di cui *infra*), va osservato come, oltre a prevedere, generalmente, un livello più elevato di tutela, sul piano internazionale queste convenzioni sembrano dotate di maggiore effettività, garantita da forme efficaci di controllo e (soprattutto) dal diritto riconosciuto ai singoli (oltre che agli Stati aderenti) di fare ricorso ad organi giurisdizionali terzi e imparziali, istituiti in seno al Consiglio, in caso di violazione da parte degli Stati dei diritti proclamati convenzionalmente. In particolare, la Convenzione EDU ha istituito a Strasburgo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a cui qualunque soggetto «sottoposto alla giurisdizione» (si noti, non necessariamente "cittadino") di uno stato membro può fare ricorso per lamentare la violazione di uno di diritti sanciti dalla Convenzione, purchè abbia esperito tutti i rimedi previsti dall'ordinamento interno dello Stato. La giurisprudenza della Corte, cui si deve la precisazione dei principi generali affermati dalla Convenzione, ha affermato più volte l'«effetto orizzontale» delle disposizioni della Convenzione: lo Stato è responsabile delle violazioni commesse da privati (oltre che dai suoi organi, amministrativi e giurisdizionali) tutte le volte in cui non si sia attivato, attraverso azioni positive, per assicurare la protezione dei diritti (individuali e collettivi) convenzionali. Cfr. in particolare R. SAPIENZA, *Sub art. 1, §§ I-IX*, in S. BARTOLE-P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, cit.*, p. 13 ss.

inserirsi sia quelle ricavabili da strumenti generali, volti alla protezione dei diritti dell'uomo, adottati in seno alle Nazioni Unite (si pensi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale nella seduta plenaria del 10 dicembre 1948⁴⁷⁶ o al Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966⁴⁷⁷), sia le consuetudini internazionali⁴⁷⁸, sia gli strumenti di carattere più settoriale e specifico dedicati alle condizioni di lavoro, tra cui si annoverano in particolare (se non esclusivamente) le convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Osserva A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, cit., p. 134, come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo «sebbene non vincolante ... è divenuta, però, a causa della sua forza morale, punto di riferimento nella ricostruzione del diritto internazionale in materia di diritti umani ed ha costruito la prima fase del processo che ha portato, nel 1966, all'adozione dei due Patti, rispettivamente sui diritti civili e politici e sui diritti sociali, economici e culturali». Gli artt. 23, 24 e 25 della Dichiarazione affermano, in particolare, il diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione, ad eguale retribuzione per eguale lavoro, senza discriminazioni e ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale, il diritto al riposo ed allo svago e a ferie periodiche retribuite. Così come è assicurato il diritto di fondare dei sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi, oltre che alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà.

Il testo è disponibile anche nelle lingue ufficiali delle Nazioni Unite sul sito internet dell'Organizzazione, v. <http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/Language.aspx?LangID=itn>.

⁴⁷⁷ Il Patto, adottato dall'Assemblea generale il 16 dicembre 1966 ed in vigore dal 3 gennaio 1976, specifica i principi già affermati dalla Dichiarazione universale, cfr. A. ZANOBETTI, *ult. op. cit.*, p. 137 ss. Si tratta a tutti gli effetti di un trattato internazionale, quindi vincolante per gli Stati firmari, a quanto consta già ratificato da 160 Stati. L'Italia vi ha provveduto con la l. 25 ottobre 1977, n. 881, unitamente al coevo Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. Il Patto prevede un blando meccanismo di controllo del rispetto delle disposizioni da parte degli Stati firmatari, affidato ad un Comitato per i diritti economici, sociali e culturali costituito in seno dall'ECOSOC, organo consultivo delle Nazioni Unite. Il controllo si basa essenzialmente sull'invio di rapporti periodici sullo stato dei provvedimenti interni adottati per dare attuazione alle disposizioni del Patto. Detto Comitato non risulta però titolare di un vero e proprio potere sanzionatorio, perché al di là della facoltà di prestare assistenza tecnica, in caso di perdurante inadempimento dello Stato deve limitarsi a sottoporre la questione all'Assemblea generale.

⁴⁷⁸ Sebbene, come detto, nella letteratura non si riscontra l'esistenza di consuetudini internazionali in materia di lavoro destinate ad assumere efficacia nell'ordinamento interno tramite l'adattamento automatico previsto dall'art. 10, comma 1, Cost.

⁴⁷⁹ Costituita nel 1919, nell'ambito dei trattati di pace successivi alla conclusione del primo conflitto mondiale, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro nasceva dall'intuizione di molti esponenti politici ed appartenenti al mondo sindacale ed imprenditoriale dell'epoca, che non sarebbe stato possibile gettare le basi per una pace mondiale duratura se non assicurando una maggiore giustizia sociale. Dopo le iniziali difficoltà, determinate dalle turbolenze sul piano internazionale causate dalla crisi economica del 1929 e dallo scoppio del secondo conflitto mondiale, l'OIL riuscì finalmente a darsi una struttura ed una sede stabili (a Ginevra) parallelamente alla costituzione delle Nazioni Unite, di cui è un'istituzione specializzata.

Una terza distinzione, non sempre adeguatamente evidenziata nella trattatistica ma in verità alquanto importante sul piano dei rapporti internazionali, attiene al carattere pattizio⁴⁸⁰, o piuttosto derivato, diremmo *eteronomo*, della fonte di produzione della norma internazionale. Ora, dal momento che la comunità internazionale è storicamente concepita come una «società paritaria»⁴⁸¹, i cui soggetti

Attualmente sono membri dell'OIL 183 Paesi. Sua caratteristica peculiare è il tripartitismo: tutti i suoi organi, a cominciare dalla Conferenza internazionale, l'organo deliberativo dell'Organizzazione, sono composti da rappresentanti dei Governi, del mondo imprenditoriale e delle organizzazioni sindacali di ciascun membro, assicurando così il coinvolgimento effettivo di tutti i soggetti interessati a vario titolo all'applicazione delle disposizioni contenute negli strumenti adottati dall'Organizzazione.

Le procedure per l'adozione di convenzioni e raccomandazioni (queste ultime non vincolanti) sono precisate dall'art. 19 dello Statuto dell'Organizzazione (per le quali si può rimandare ad A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro*, cit., pp. 34-53). Quanto agli effetti sul piano interno dell'adozione di una convenzione, occorre ancora sottolineare il principio di favore affermato dall'art. 19.8 dello Statuto, secondo cui «in nessun caso l'accettazione di una convenzione o di una raccomandazione da parte della conferenza, o la ratifica di una convenzione da parte di un Membro devono essere interpretate nel senso che esse siano di pregiudizio a leggi, sentenze, usanze o accordi che garantiscano ai lavoratori condizioni più favorevoli di quelle previste nella convenzione o nella raccomandazione». In altre parole, l'adempimento degli obblighi verso l'Organizzazione non può mai giustificare l'abbassamento delle tutele già previste dall'ordinamento interno. Si tratta di una sorta di «clausola di non regresso» molto importante per coordinare le previsioni contenute negli strumenti internazionali con le disposizioni sull'impiego (generalmente molto più favorevoli) già adottate nei Paesi più sviluppati.

Da ultimo, quanto alle forme di controllo del rispetto degli standard internazionali previsti da convenzioni ratificate, queste consistono, da un lato, nell'obbligo per gli Stati di fornire rapporti periodici all'Ufficio Internazionale del lavoro, che li trasmette ad una Commissione incaricata di fornire ulteriori raccomandazioni nel caso riscontri difficoltà nell'attuazione degli standard (si tratta, niente più che di una forma di pressione politica); dall'altro è prevista dall'art. 26 dello Statuto la possibilità di inoltrare un reclamo, da parte di uno Stato membro o dal Consiglio stesso (su istanza di un rappresentante, anche di parte sindacale, in seno all'organo) che istituisce una apposita Commissione di inchiesta, nel caso si riscontri effettivamente la violazione di una convenzione ratificata. Nel caso in cui non vengano ottemperate le raccomandazioni avanzate dalla Commissione, la Conferenza Internazionale, su proposta del Consiglio, può adottare le misure più opportune per assicurarne l'esecuzione. Lo Statuto non specifica quali particolari misure possano essere adottate. Nell'unico caso in cui – a quanto consta – uno Stato deferito alla Commissione non abbia ottemperato le indicazioni dell'Organizzazione – si trattava, nello specifico, della Birmania, accusata di violazione del divieto di lavoro forzato sancito dalle convenzioni 29/1930 e 105/1957 – la risoluzione adottata ha chiesto agli organi competenti delle altre organizzazioni internazionali di riconsiderare ogni eventuale cooperazione con la Birmania che potesse direttamente o indirettamente favorire la pratica del ricorso al lavoro forzato (sull'esito della vicenda, cfr. A. ZANOBETTI, *ult. op. cit.*, pp. 65-66; C. DI TURI, *Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella promozione e nella garanzia dei diritti umani in campo economico e sociale*, in *Jus*, 2008, pp. 484-486).

⁴⁸⁰ Carattere che accomuna del resto il trattato e la consuetudine internazionale quali manifestazioni del principio di autonomia sul piano internazionale degli Stati: cfr. F. DURANTE, (voce) *Trattato (diritto vigente)*, cit. pp. 1369-1370.

⁴⁸¹ F. DURANTE, *ult. op. loc. cit.*, che rileva: «in una società paritaria il solo procedimento idoneo a produrre regole che siano precettive, cioè vincolanti per i consociati, è quello che prevede la partecipazione degli stessi destinatari alla formazione delle norme che saranno tenuti ad osservare. Il principio di autonomia così postulato è, infatti, proprio del sistema giuridico vigente nella comunità

sono essenzialmente gli «Stati-nazione»⁴⁸², che auto-regolano i loro rapporti reciproci così come sul piano interno operano i contraenti privati, sul piano internazionale dovrebbe concettualmente escludersi la presenza di un diritto eteronomo, cioè prodotto da un'autorità sovranazionale in grado di imporsi agli Stati. Questo è vero generalmente, ma l'esperienza attuale racconta dell'esistenza di organizzazioni sovranazionali di Stati dotate del potere di dettare norme in qualche vincolanti per i propri membri: norme che non promanano da un accordo diretto tra i rappresentanti degli Stati nei negoziati, ma che esprimono la volontà propria (una volontà "normativa", non solo politica, ed è in questo senso che può parlarsi di eteronomia vera e propria) delle istituzioni dell'organizzazione sovranazionale⁴⁸³. In particolare, per quanto ci interessa, l'Unione Europea, che pure non costituisce un ordinamento giuridico *originario* perché trae la propria legittimazione dai Trattati istitutivi⁴⁸⁴, nonchè dai trattati di adesione degli Stati membri non originari⁴⁸⁵ – e

internazionale. ... Esso si manifesta attraverso due strumenti fondamentali: la consuetudine e l'accordo».

⁴⁸² Per quanto la dottrina più attenta sottolinei come da tempo stia emergendo anche sul piano internazionale la soggettività giuridica dell'individuo, in una con la protezione dei suoi diritti fondamentali: cfr. S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella comunità internazionale*, in S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, cit., p. 26 ss.

⁴⁸³ Il che pone immediatamente la questione della "rappresentatività" – in senso democratico – delle istituzioni dell'organizzazione, ma si tratta di un profilo che evidentemente esula da questa trattazione.

⁴⁸⁴ Come è noto, l'assetto giuridico dell'Unione Europea attualmente è fondato sul Trattato sull'Unione Europea (di seguito, TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, nella versione risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona (quest'ultimo ratificato dall'Italia con la l. 2 agosto 2008, n. 130) del 13 dicembre 2007 ed in vigore dal 1° dicembre 2009, e sul Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, TFUE), sostituito, sempre ad opera del Trattato di Lisbona, all'originario Trattato istitutivo della Comunità europea, firmato a Roma il 27 marzo 1957 (ed entrato in vigore il 1° gennaio 1958) dai sei Paesi membri originari dell'allora Comunità economica europea: Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi. I Trattati, che hanno lo stesso valore giuridico, costituiscono il c.d. diritto primario dell'Unione, ovvero ne regolano, fra l'altro, le competenze, il funzionamento istituzionale, le politiche comuni, nonchè le forme di partecipazione degli Stati e dei cittadini europei alla vita dell'Unione. Ne sanciscono altresì i valori di riferimento e le finalità proprie.

Sulla base delle competenze e secondo le procedure previste nei Trattati, le istituzioni dell'Unione procedono quindi all'emanazione di atti "normativi" (l'aggettivo non è del tutto appropriato con riferimento alle decisioni, che come vedremo rivestono portata per lo più individuale), vincolanti (regolamenti, direttive e decisioni) e non (raccomandazioni e pareri), che compongono complessivamente il c.d. diritto derivato.

dunque, in ultima analisi, dalla volontà di impegnarsi sul piano esterno degli Stati, che restano sempre liberi di sciogliersi dai vincoli assunti⁴⁸⁶ – si vede investita, attraverso le *proprie* istituzioni, del potere di creare norme giuridiche, destinate ad imporre vincoli agli Stati membri e, talvolta, a trovare diretta applicazione nei rapporti inter-soggettivi anche all'interno dei confini territoriali europei⁴⁸⁷, secondo

Per gli aspetti istituzionali dell'Unione Europea deve rinviarsi a G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII° ed., Cedam, Padova, 2012; cfr. anche F. MARTINELLI, *Diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, XX° ed., Simone, Napoli, 2013.

⁴⁸⁵ Con l'ingresso della Croazia, avvenuto il 1° luglio 2013, attualmente l'Unione risulta composta da ventotto Stati membri: oltre ai sei originari si sono aggiunti progressivamente Danimarca, Irlanda e Regno Unito (1974), Grecia (1981), Spagna e Portogallo (1986), Austria, Finlandia e Svezia (1995), Repubblica Ceca, Estonia, Cipro, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Polonia, Slovenia e Slovacchia (2004), Bulgaria e Romania (2007).

Le procedure di adesione sono ora disciplinate dall'art. 49 del TUE. Le condizioni di ingresso vengono negoziate con gli Stati membri e sancite con un trattato di adesione che deve essere ratificato da ogni Stato membro. L'ingresso dell'Unione comporta in ogni caso l'accettazione del diritto comunitario (primario e derivato), oltre che la garanzia del rispetto dei valori di riferimento dell'Unione.

⁴⁸⁶ L'art. 50 del TUE, introdotto *ex novo* dal Trattato di Lisbona, prevede ora espressamente la facoltà per ogni Stato membro di recedere dall'Unione, con le procedure indicate nella stessa disposizione.

⁴⁸⁷ Il diritto c.d. derivato dell'Unione si compone di atti vincolanti e non vincolanti, adottati secondo procedure che cambiano a seconda della «politica» di riferimento, ma che devono *sempre* trovare copertura, la c.d. base giuridica, in una disposizione dei Trattati. Ai sensi dell'art. 263.1 TFUE infatti, la Corte di giustizia dell'Unione europea «esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi»; essa svolge quindi un compito del tutto paragonabile a quello assegnato, nel nostro ordinamento, alla Corte Costituzionale, oltre ad essere, di fatto, l'unico giudice deputato istituzionalmente all'interpretazione del diritto comunitario.

Tralasciando gli atti non vincolanti come le raccomandazioni, che sono comunque in grado di influenzare l'interpretazione delle disposizioni cogenti, il regolamento (art. 288.2 TFUE) è un atto «di portata generale», ossia si rivolge a categorie di destinatari astrattamente considerate, «obbligatorio in tutti i suoi elementi», ovvero non lascia allo Stato membro alcun margine di discrezionalità nella sua applicazione, e «direttamente applicabile», nel senso che, da un lato, non necessita di atti di trasposizione nell'ordinamento nazionale, e dall'altro (almeno, in linea di principio) è in grado di disciplinare autonomamente situazioni giuridiche e rapporti, sia *verticalmente* tra Stati e privati che *orizzontalmente* tra privati. La direttiva invece (art. 288.3 TFUE), vincola lo Stato membro per quanto riguarda il risultato da raggiungere, lasciando però alla discrezionalità dello Stato la scelta delle modalità e degli strumenti adeguati. Come vedremo *infra*, la giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce, ad alcune condizioni, efficacia diretta anche alla direttiva, ma solo in senso verticale: mancherebbe viceversa qualsiasi base giuridica nei Trattati per il riconoscimento dell'efficacia orizzontale.

Da ultimo, la decisione, sebbene in linea di principio possa contenere anche disposizioni di carattere generale (v. l'art. 288.4 TFUE), è per lo più utilizzata, nell'ambito delle politiche comuni, come atto di portata individuale, vincolante per il destinatario (Stato o soggetto privato). Come per la direttiva, è da escludersi che possa esplicare, allo stato, efficacia orizzontale.

le procedure e nell'ambito delle competenze previste dai Trattati⁴⁸⁸. Come abbiamo sopra riferito, di potere normativo non è invece dotata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la quale, pur svolgendo funzioni di impulso e di stimolo al

⁴⁸⁸ Come tutte le organizzazioni internazionali, anche l'Unione Europea è retta dal c.d. principio di attribuzione delle competenze, sancito dall'art. 5 del TUE e dall'art. 7 del TFUE («l'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze»). L'art. 5 del TUE afferma anche i principi di proporzionalità e sussidiarietà, corollari del principio di attribuzione che ispirano l'azione dell'Unione nell'attuazione delle politiche («1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità»).

Concretamente, le competenze dell'Unione non sono definite in maniera rigida, secondo un "elenco di materie" come quelli contenuti nell'art. 117 Cost., ma attraverso l'indicazione di "politiche", che prevedono gli obiettivi dell'azione comune, nonché le procedure e gli atti di volta in volta utilizzabili. Come si vede, un quadro estremamente "fluidò".

Rinviando alla manualistica indicata per i relativi profili istituzionali, dobbiamo tuttavia ricordare, per fornire un quadro almeno indicativo del potere normativo dell'Unione, come il principio di attribuzione incontri un duplice temperamento: in primo luogo, sul piano interpretativo del diritto vigente, in base alla c.d. teoria dei poteri impliciti, di matrice giurisprudenziale, «è consentito applicare una norma generalmente ammessa, tanto in diritto internazionale quanto nel diritto interno, e secondo la quale le disposizioni di un trattato internazionale o di una legge comprendono implicitamente anche le norme senza le quali le predette disposizioni non avrebbero senso o non potrebbero venir applicate in modo ragionevole ed utile» (così Corte Giust., 26 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, seguita da Corte Giust., 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*); in secondo luogo, sul piano della produzione normativa, è possibile rinvenire nel TFUE almeno due disposizioni generali, contenenti altrettante "clausole di flessibilità", che consentono di estendere le competenze dell'Unione in funzione del raggiungimento degli obiettivi e delle finalità comuni. In particolare, l'art. 115 TFUE recita: «Fatto salvo l'articolo 114 [che contiene le disposizioni sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali], il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno»; e l'art. 352.1 TFUE dispone: «Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo».

miglioramento delle condizioni di lavoro verso le Nazioni aderenti, può soltanto limitarsi a promuovere la conclusione di accordi internazionali, le convenzioni, la cui particolarità sta semplicemente nella forma di approvazione in seno all'Assemblea internazionale tripartita, ma che, sul piano internazionale, valgono quali trattati, cioè vincolano solamente quegli Stati che le accettano *volontariamente* attraverso una formale ratifica⁴⁸⁹.

La quarta ed ultima distinzione, che per la verità assume rilievo solamente sul piano descrittivo, attiene alla natura *specificata* – cioè dedicata esclusivamente alla tutela internazionale delle condizioni di lavoro, come per le convenzioni OIL – o *generale* – cioè finalizzata all'affermazione dei diritti umani, tra cui anche quelli sociali, come per la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – dello strumento dispositivo in cui sono contenute le norme di tutela del lavoro. È innegabile che le

⁴⁸⁹ E così, anche per l'efficacia sul piano interno delle convenzioni OIL, si può rinviare a quando sopra osservato, su un piano più generale, a proposito dei trattati internazionali. Particolarmente per l'Italia, esse varranno quindi a creare «vincoli internazionali» ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., nel senso che l'eventuale contrasto tra le disposizioni una convenzione (ratificata ed eseguita) e le norme di una legge interna (ovviamente, solo se meno favorevole, in base alla “clausola di non regresso” contenuta nell'art. 19.8 dello Statuto dell'Organizzazione), si tradurrà in una illegittimità costituzionale della norma interna ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. È invece da escludersi (per il carattere volontario delle procedure di adesione) qualsiasi rilievo, sotto il profilo costituzionale, delle convenzioni non ratificate dall'Italia. Dubbia, infine, è l'applicabilità diretta, ovvero, la possibilità per il giudice comune di “non applicare” una disposizione italiana incompatibile con una norma convenzionale, stante l'obbligo per il giudice di sollevare, anche d'ufficio, la questione di legittimità costituzionale della disposizione interna ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., utilizzando la norma convenzionale come “norma interposta”.

Sempre a proposito dell'OIL, va ancora precisato come in base alla “Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti”, adottata dalla Conferenza Internazionale di Ginevra il 24 giugno 1998, in considerazione dell'esigenza di promuovere la tutela universale di un nucleo di diritti fondamentali, in continuità con i principi proclamati dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944 e fatti propri dalla Costituzione dell'Organizzazione, otto convenzioni, definite “fondamentali”, sono divenute obbligatorie per tutti i membri dell'Organizzazione, indipendentemente da ogni formale ratifica da parte degli Stati. Si tratta, nello specifico, della convenzione n. 29/1930 sul divieto di lavoro forzato, della convenzione n. 87/1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, della convenzione n. 98/1948 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva, della convenzione n. 100/1951 sull'uguaglianza di retribuzione, della convenzione n. 105/1957 sull'abolizione del lavoro forzato, della convenzione n. 111/1958 sulla discriminazione nell'ambito dell'impiego e delle professioni, della convenzione n. 138/1973 sull'età minima di accesso al lavoro, e della convenzione n. 182/1999 sulla limitazione del lavoro minorile. Nella successiva “Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta” adottata dalla Conferenza Internazionale nella seduta del 10 giugno 2008, sono state dichiarate “prioritarie” altre quattro convenzioni, sulla base di un'agenda destinata ad un continuo aggiornamento: la n. 81/1947 sull'ispezione del lavoro, la n. 22/1964 sulla politica dell'impiego, la n. 129/1969 sull'ispezione del lavoro in agricoltura, la n. 144/1976 sulle consultazioni tripartite relative alle norme internazionali del lavoro. Si tratta, per inciso, di convenzioni tutte formalmente ratificate dall'Italia.

convenzioni OIL, per l'autorevolezza dell'istituzione che le promuove, e la competenza quasi secolare dell'Organizzazione, risultino dotate di maggiore specificità e "persuasività" nei confronti delle Nazioni aderenti. Ma si tratta di un dato empirico, non significativo sul piano sistematico.

Così delineati i tratti salienti dei diversi strumenti di regolazione dei rapporti giuridici che compongono, complessivamente, il c.d. diritto internazionale del lavoro, per non appesantire eccessivamente la trattazione ci riserviamo di ritornare più oltre, nel prosieguo del discorso, sulla questione dei "vincoli" derivanti da questi documenti nella protezione delle condizioni di lavoro⁴⁹⁰. In questa sede, vogliamo dedicare ancora solo qualche rapido cenno all'efficacia, sul piano interno, del diritto dell'Unione Europea con particolare riferimento al settore delle politiche sociali, in quanto rilevante ai nostri fini, tralasciando per il momento di analizzare più diffusamente la normativa dell'OIL e gli altri strumenti internazionali sopra cennati.

Come detto, l'Unione Europea⁴⁹¹ si vede investita di una serie di competenze, che possono essere ripartite in esclusive⁴⁹², concorrenti con quelle degli Stati membri⁴⁹³ e di sostegno, coordinamento e completamento alle politiche nazionali⁴⁹⁴ in alcuni settori "strategici" per le finalità comunitarie; sebbene non sia del tutto chiara la portata pratica della distinzione tra competenze concorrenti e azioni di coordinamento e sostegno, dovrebbe ritenersi che queste ultime non possano comportare l'emanazione di regolamenti o direttive dettagliate⁴⁹⁵. Sempre nelle

⁴⁹⁰ Vedi *infra* il Capitolo III.

⁴⁹¹ Succeduta alla Comunità Europea per effetto del Trattato di Lisbona (vedi art. 1 TUE).

⁴⁹² E sono indicate nello specifico dall'art. 3 TFUE.

⁴⁹³ Queste sono inserite nell'art. 4 TFUE: per quanto ci interessa, la lett. *b*) indica precisamente la «politica sociale», ma limitatamente agli aspetti definiti nel medesimo Trattato, mentre la lett. *c*), con espressione alquanto vaga, la «coesione sociale».

⁴⁹⁴ Per quanto di competenza, la lett. *e*) dell'art. 5 TFUE indica la «formazione professionale» tra i settori in cui l'Unione può promuovere azioni di sostegno.

⁴⁹⁵ Cfr. M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., pp. 33-40; P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 60-64. Stanto al tenore letterale dell'art. 2.2 TFUE, «quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati

disposizioni generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione vanno tenute presenti anche le disposizioni contenute negli artt. 8, 9 e 10: gli artt. 8 e 10 TFUE⁴⁹⁶, che vanno letti in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 del TUE i quali indicano a loro volta i valori e gli obiettivi fondamentali dell'Unione⁴⁹⁷, esprimono un generale indirizzo delle politiche comuni verso la parità di genere e l'eliminazione delle discriminazioni; l'art. 9 TFUE⁴⁹⁸ contiene invece una "clausola sociale", diretta alle istituzioni dell'Unione, chiamate quantomeno a tenere in considerazione, nell'elaborazione delle politiche comuni nei vari settori di competenza, le esigenze di protezione sociale affermate dal Trattato⁴⁹⁹.

Per quanto riguarda nello specifico le competenze "sociali" dell'Unione, queste sono elencate dettagliatamente nei Titoli IV, IX, X e XI della Parte terza del TFUE,

membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria», mentre in base a § 5 dello stesso art. 2 TFUE «in taluni settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori. Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Sarebbe in ogni caso, stando alla lettera dell'art. 4.1 TFUE, che le competenze concorrenti indicate nella disposizione rappresentino una categoria residuale, ovvero dovrebbero considerarsi "concorrenti" – con gli effetti di cui all'art. 2.2. TFUE – quelle competenze che le singole disposizioni dei Trattati non indicano espressamente come "esclusive" o "di coordinamento e sostegno".

⁴⁹⁶ Ai sensi dell'art. 8 «nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne». Mentre l'art. 10 dispone: «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

⁴⁹⁷ Tra i valori fondanti dell'Unione Europea, l'art. 2 TUE individua la dignità umana, l'uguaglianza, il rispetto dei diritti umani, che rappresentano caratteri comuni di società fondate sul pluralismo, la non discriminazione, la solidarietà e la parità di genere. Per quanto riguarda gli obiettivi generali dell'Unione, l'art. 3.3 TUE prevede che essa si adoperi per uno «sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale».

⁴⁹⁸ «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

⁴⁹⁹ Una disposizione questa che, quando opportunamente "valorizzata" dalla Corte di Giustizia, può davvero contribuire a superare la tradizionale ispirazione mercantile dell'Unione, dando corpo ad un'Europa più orientata verso le questioni sociali: cfr. M. ROCCELLA-T. TREU, *ult. op. cit.*, p. 3 ss.

dedicati rispettivamente alla libera circolazione, all'occupazione, alla politica sociale e al fondo sociale europeo. Senza addentrarci, per ovvie ragioni di tempo, nei contenuti specifici delle singole disposizioni del Trattato né tantomeno degli atti "derivati", emanati sulla base di quelle previsioni generali, soltanto per fornire un quadro almeno approssimativo dell'incidenza dell'azione comunitaria nella materia lavoristica, possiamo limitarci a richiamare in particolare i contenuti degli artt. 151 e 153 TFUE, perchè forniscono alcune indicazioni molto importanti proprio sotto il profilo, sistematico, del coordinamento tra la legislazione nazionale e l'azione comunitaria nella direzione della protezione sociale.

In sintesi, l'art. 151 TFUE⁵⁰⁰, in apertura del Titolo X dedicato alla politica sociale dell'Unione⁵⁰¹, sembrerebbe voler definitivamente superare quell'approccio mercantilistico e puramente economico che aveva contraddistinto gli albori del diritto comunitario; un approccio coerente, del resto, con le più limitate competenze e finalità assegnate alla allora Comunità europea dai Trattati istitutivi⁵⁰², ma che aveva d'altro canto sollevato le critiche e le preoccupazioni, queste più che giustificate, per le conseguenze del ruolo soltanto ancillare riconosciuto alla

⁵⁰⁰ Che recita: «L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivo la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, 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.

A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione.

Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

⁵⁰¹ L'articolo in commento riproduce, con qualche modifica lessicale, il vecchio articolo 136 TCE; a sua volta, l'attuale Titolo X del TFUE riprende le disposizioni che nella versione del Trattato precedente al Trattato di Lisbona erano inserite nel Titolo XI TCE. Cfr. S. ZITTI, *Sub art. 151 TFUE*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA, *Commentario breve alla leggi sul lavoro*, cit., p. 226 ss.

⁵⁰² Per una circostanziata esposizione dell'evoluzione "sociale" del diritto comunitario, passata attraverso le diverse modifiche dei Trattati, espressione a loro volta di un mutato approccio dei Governi europei verso i problemi sociali, può rinviarsi a M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., pp. 3-51.

dimensione sociale del nascente mercato comune europeo⁵⁰³. Proclamando invece «la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la [...] parificazione nel progresso, 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», tale disposizione sembra motivare il compiacimento per un'Europa «più sociale» manifestato subito dopo le novelle apportate dal Trattato di Lisbona⁵⁰⁴. Senonchè, il secondo e il terzo capoverso della stessa disposizione gettano una luce un po' diversa sulla sensibilità delle istituzioni comunitarie verso le esigenze di protezione sociale dei cittadini dell'Unione. Oltre alla considerazione delle «diversità delle prassi nazionali» e «della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione», la disposizione esprime ancora il convincimento, già palesato nei Trattati originari⁵⁰⁵, secondo cui gli obiettivi sociali proclamati dai Trattati possano conseguirsi, anzitutto, grazie «al funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi [verso l'alto?] dei sistemi sociali», oltre che, naturalmente, «dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative». Un convincimento che sembra francamente fuori dal tempo, soprattutto alla luce delle conseguenze sul piano della concorrenza (al ribasso) nel mercato del lavoro dei Paesi più sviluppati derivanti (anche) dall'allargamento del mercato comune ai Paesi dell'Est.

La seconda disposizione che prendiamo qui in considerazione, ovvero l'art. 153 TFUE⁵⁰⁶, che corrisponde sostanzialmente al vecchio art. 137 TCE⁵⁰⁷, individua,

⁵⁰³ Può rimandarsi a G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26 ss.

⁵⁰⁴ Cfr. in particolare G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI-G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*. Il Mulino, Bologna, 2008, p. 109 ss.

⁵⁰⁵ Il terzo capoverso dell'attuale art. 151 TFUE riproduce infatti, letteralmente, l'art. 117 del Trattato di Roma risalente al 1957: cfr. M. ROCCELLA-T. TREU, *ult. op. cit.*, pp. 5-7.

⁵⁰⁶ Questo il suo testo completo: «1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'art. 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:

nell'ambito generale della «politica sociale», gli ambiti specifici di azione dell'Unione. Visti i contenuti concreti di tale intervento, la disposizione sembra piuttosto scoordinata rispetto alla previsione più generale dell'art. 4.2 TFUE, secondo cui la «politica sociale» rientrerebbe nella competenza concorrente tra

a) miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;

b) condizioni di lavoro;

c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;

d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;

e) informazione e consultazione dei lavoratori;

f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 5;

g) condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione;

h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 166;

i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro e il trattamento sul lavoro;

j) lotta contro l'esclusione sociale;

k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c).

2. A tal fine il Parlamento europeo e il Consiglio:

a) possono adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;

b) possono adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f), e g), il Consiglio delibera secondo una procedura speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati.

Il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere di rendere applicabile al paragrafo 1, lettere d), f), e g) la procedura legislativa ordinaria.

3. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma del paragrafo 2 o, se del caso, una decisione del Consiglio adottata conformemente all'articolo 155.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva o una decisione devono essere attuate, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve adottare le misure necessarie che gli permetteranno di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva o da detta decisione.

4. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo:

- non comprometteranno la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso;

- non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con i trattati, che prevedano una maggiore protezione.

5. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né la diritto di serrata».

⁵⁰⁷ Per un raffronto tra le due disposizioni v. S. ZITTI, *Sub art. 153 TFUE*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA, *Commentario breve alla leggi sul lavoro*, cit., p. 243 ss.

Unione e Stati: invece, stando al tenore del secondo paragrafo dell'articolo in commento, eccezion fatta per l'indicazione di «prescrizioni minime applicabili progressivamente» da «adottarsi mediante direttive tenendo conto delle condizioni e delle tecniche esistenti in ciascuno Stato membro», l'Unione si vede riconosciuto un ruolo di mero sostegno e coordinamento delle politiche nazionali, «attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri»⁵⁰⁸.

A ben vedere, gli ambiti specifici di intervento delle istituzioni dell'Unione Europea in materia sociale devono ricavarsi attraverso un procedimento “per esclusione” rispetto a tutto quanto può astrattamente farsi rientrare, in senso lato, nella protezione sociale del lavoratore, dalle condizioni di impiego, alla protezione contro eventi di disoccupazione o inabilità al lavoro, alla sicurezza dell'ambiente di lavoro, ai diritti sindacali. Esattamente, sono esclusi dall'azione comunitaria le materie indicate nel quindi paragrafo della disposizione, ovvero le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto - si noti *il diritto*, non la mera libertà - di serrata, che dunque ricadono nella competenza esclusiva (legislativa, regolamentare e amministrativa) degli Stati membri; va però tenuto ben presente come su molte delle materie astrattamente rientranti nella competenza comunitaria, e

⁵⁰⁸ Il che, se da una parte è del tutto coerente con il doveroso rispetto delle diverse identità nazionali e con le esigenze dettate dalle differenti condizioni contrattuali, normative ed economiche dei Paesi membri, lascia però qualche dubbio circa l'efficacia e la rispondenza di un tale metodo al raggiungimento di quella «parificazione nel progresso» del mercato del lavoro, proclamata dallo stesso Trattato. D'altro canto, l'art. 153 TFUE si colloca esattamente nel solco di quell'approccio definito Metodo Aperto di Coordinamento, inaugurato con il Trattato di Amsterdam ed “ufficializzato” dal Consiglio Europeo di Lisbona del marzo 2000, che, a tutto discapito dell'armonizzazione mediante regolamenti e direttive dettagliate, affida il raggiungimento degli obiettivi sociali più al coordinamento delle politiche nazionali mediante il dialogo sociale e alla spontanea adesione dei Governi e delle multinazionali a modelli sociali ritenuti ottimali. Per una panoramica delle diverse opinioni circa tale “evoluzione” del diritto sociale europeo possiamo rimandare a B. CARUSO, *Il diritto del lavoro fra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *WP in C.S.D.L.E. “Massimo d'Antona”.INT* - n. 39/2005; M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006.

precisamente in quelle indicate nelle lettere *c*), *d*), *f*) e *g*) del primo paragrafo (tra cui spicca la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro»), il Consiglio possa deliberare (ovvero, partecipare alla emanazione di atti legislativi vincolanti attraverso una complessa procedura che coinvolge direttamente anche il Parlamento, il Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni) soltanto all'unanimità; il che rende alquanto difficoltosa l'adozione di strumenti "incisivi", essendo sufficiente il veto di un solo Governo nazionale per bloccare l'iniziativa⁵⁰⁹.

Un ultimo aspetto della disposizione che preme sottolineare sin da ora, e su cui ritorneremo nel corso della trattazione perché riguarda direttamente i "vincoli" al processo di "de-legificazione" del sistema nazionale di protezione del lavoratore, è la c.d. clausola di non regresso contenuta nel quarto paragrafo dell'art. 153 TFUE, ai sensi del quale le direttive emanate da Parlamento e Consiglio in materia di protezione sociale «non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con i trattati, che prevedano una maggiore protezione».

Si tratta in verità di una regola fondamentale, che non investe solamente i rapporti tra il diritto dell'Unione Europea e le legislazioni nazionali, perché la prevalenza della norma più favorevole costituisce un principio generale del diritto internazionale del lavoro, statuito, come si ricorderà, anche dalla Costituzione dell'OIL all'art. 19.8⁵¹⁰, che opera anche nel confronto tra strumenti internazionali che prevedano, in ipotesi, diversi livelli di protezione, come ha chiarito un noto parere reso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea su sollecitazione della Commissione⁵¹¹. Per quanto attiene, invece, direttamente ai rapporti tra la

⁵⁰⁹ E non a caso, non risultano nel diritto derivato dell'Unione direttive sul licenziamento individuale.

⁵¹⁰ A mente del quale «in nessun caso l'accettazione di una convenzione o di una raccomandazione da parte della conferenza, o la ratifica di una convenzione da parte di un Membro devono essere interpretate nel senso che esse siano di pregiudizio a leggi, sentenze, usanze o accordi che garantiscano ai lavoratori condizioni più favorevoli di quelle previste nella convenzione o nella raccomandazione».

⁵¹¹ Corte di Giustizia 19 marzo 1993, parere n. 2/1991, nella cui motivazione si legge: «Qualora, infatti, la Comunità decida di emanare norme meno rigorose di quelle dettate da una convenzione dell'OIL, gli Stati membri possono, in conformità all'art. 118 A, n. 3, adottare misure per una

legislazione nazionale e le direttive comunitarie in materia di protezione sociale, queste contengono spesso, quali norme di chiusura, clausole che con varie formulazioni si richiamano al principio generale affermato dall'art. 153.4 TFUE⁵¹²; in questa sede ci limitiamo ad evidenziare come la Corte di Giustizia abbia riconosciuto il valore prettamente "giuridico" della clausola di non regresso, per cui lo Stato che proceda ad una *reformatio in peius* della sua legislazione deve allegare e provare l'esistenza di ragioni distinte dall'obbligo di trasposizione della direttiva comunitaria⁵¹³.

Da ultimo, per completare il quadro dei rapporti tra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale, deve farsi ancora un accenno al principio, ormai pacificamente fatto proprio anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, del c.d. primato del diritto dell'Unione⁵¹⁴. Se i suoi tre "pilastri", quali sono l'effetto diretto delle

maggiore protezione nelle condizioni di lavoro, ovvero applicare a tale scopo le disposizioni della convenzione dell'OIL. Nell'ipotesi in cui, invece, la Comunità decida di emanare norme più severe di quelle previste da una convenzione dell'OIL, nulla osta alla piena applicazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri in forza dell'art. 19, n. 8, della Costituzione dell'OIL, che consente agli Stati aderenti di adottare provvedimenti più rigorosi di quelli previsti dalle convenzioni e dalle raccomandazioni adottate nell'ambito di detta organizzazione».

⁵¹² Può citarsi, ad esempio, la clausola 6.1 della Direttiva n. 81/97/CE sul lavoro a tempo parziale: «Gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo». Tale formulazione è stata ripresa letteralmente anche dalla clausola 8.1 della Direttiva n. 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, che ha dato origine alla nota pronuncia della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, p. 250, nt L. BONARDI.

⁵¹³ Corte Giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, cit., in cui la Corte ha precisato oltretutto come il vincolo gravante sui legislatori nazionali consistente nell'obbligo di rispetto delle condizioni minime di protezioni previste dalla direttiva non riguarda «la sola iniziale trasposizione della direttiva ... ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate».

⁵¹⁴ Il tema del primato del diritto comunitario, che costituisce in realtà un "approdo" della dialettica tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e le Corti costituzionali nazionali, si trova ampiamente sviluppato, con particolare riferimento al contenzioso lavoristico, in M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., pp. 57-72; v. anche, per i profili istituzionali, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 189-198; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 72 ss.; P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione*, cit. p. 58 ss., ed i passaggi giurisprudenziali *ivi* riportati. In estrema sintesi, possiamo ricordare come il "nucleo" di tale primato, riconosciuto sin dalle prime pronunce della Corte di Giustizia e "fatto proprio" anche dalla nostra Corte Costituzionale con la "storica" pronuncia n. 170/1984, consiste in ciò, che in caso di contrasto tra una disposizione interna ed una disposizione comunitaria, purchè dotata di effetto diretto, la prima non trova applicazione, in ragione della prevalenza della competenza comunitaria a disciplinare quella specifica fattispecie (e la "disapplicazione" della norma interna è effettuata

disposizioni comunitarie che contengono norme espresse in termini precisi, chiari e incondizionati⁵¹⁵, l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno da parte dei giudici nazionali⁵¹⁶ e la responsabilità diretta dello Stato in caso di intempestiva o incompleta trasposizione di direttive non dotate di efficacia immediata⁵¹⁷, paiono ormai pienamente "metabolizzati" nel sistema, resta invece alquanto incerta la portata (ma prima ancora, almeno stando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la stessa *esistenza*) di eventuali contro-limiti al primato del diritto

direttamente dal giudice comune, senza cioè che sia necessario investire la Consulta della q.l.c. in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.).

⁵¹⁵ Abbiamo già trattato, *supra*, della distinzione tra il diritto primario e il diritto derivato dell'Unione, e della differenza intercorrente (in termini di diretta applicabilità, intesa quale "trasponibilità" nell'ordinamento interno senza atti di recepimento, ai sensi dell'art. 288 TFUE) intercorrente tra regolamenti e direttive, le quali, ponendo un "vincolo di risultato" per lo Stato membro, non sono per definizione passibili di efficacia diretta orizzontale nei rapporti tra soggetti privati (profilo su cui è consolidata anche la giurisprudenza comunitaria, cfr. in particolare M. ROCCELLA-T. TREU, *ult. op. cit.*, pp. 60-64 ed i riferimenti *ivi* in nota). L'effetto diretto (talora denominato, impropriamente, quale "diretta applicabilità") non dipende invece dal contesto di riferimento della disposizione (regolamento, o direttiva) bensì dal suo contenuto specifico, ovvero dalla sua attitudine ad attribuire al soggetto un diritto senza che sia necessaria alcuna "mediazione" da parte di un'altra fonte. Perché tale effetto possa prodursi, sono necessarie tre condizioni, ovvero che la norma sia chiara, precisa ed incondizionata, che la norma in questione ponga un diritto che il singolo può rivendicare (nei confronti dello Stato inadempiente) e che il termine per l'adeguamento sia scaduto.

⁵¹⁶ Come osserva P. GIANNITI, *Rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione*, cit., p. 54, l'obbligo di interpretazione conforme deriva direttamente dall'obbligo più generale di leale collaborazione, imposto anche al giudice nazionale dall'art. 4.3 TUE. L'obbligo di interpretazione conforme comporta essenzialmente che il giudice italiano debba interpretare ed applicare il diritto interno (s'intende, quando non "disapplicato" in ragione del contrasto insanabile con la norma comunitaria dotata dell'effetto diretto) nel modo più conforme al principio affermato dalla disposizione comunitaria. Ovvero, tra i tanti possibili significati ricavabili dalla formulazione letterale della disposizione, deve "scegliere" quello più vicino alla disposizione della direttiva che non possa essere applicata direttamente perché non dotata dell'effetto diretto (o perché occorre risolvere una controversia tra privati).

⁵¹⁷ Il contenzioso lavoristico ha contribuito in modo determinante all'affermazione del terzo pilastro del "primato" del diritto comunitario, ovvero la responsabilità dello Stato in caso di mancato o tardivo o incompleto recepimento di una direttiva comunitaria. Si tratta di un aspetto molto importante, perché consente di assicurare – sì pure, per equivalente – l'efficacia del diritto dell'Unione: se lo Stato non adempie l'obbligo di trasporre nei termini adeguati una direttiva, esso dovrà rispondere verso il privato del danno consistente nell'impossibilità di vedersi riconosciuto il diritto che – in ipotesi – il corretto e tempestivo recepimento di quella direttiva gli avrebbe attribuito (verso i pubblici poteri o verso un altro soggetto privato). La Corte di giustizia ha posto tre condizioni molto precise perché possa configurarsi una responsabilità risarcitoria dello Stato, ovvero che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti in favore del singolo, che il contenuto di tale diritto possa essere individuato direttamente nella direttiva, che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dal soggetto che agisce: R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 77.

dell'Unione derivanti dai principi costituzionali: ovvero *fino a punto* possano addursi le «limitazioni di sovranità» e i «vincoli [alla] potestà legislativa» previsti rispettivamente dagli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., per giustificare l'eventuale superamento di diritti e forme di protezione previsti addirittura da principi costituzionali (o da disposizioni di legge nazionali, direttamente o indirettamente attuative di altrettanti precetti costituzionali) in nome di altri valori e obiettivi affermati proprio dal diritto comunitario, primario e derivato⁵¹⁸.

Non potendo dedicare in questa sede il dovuto spazio a delle questioni che, se debitamente sviluppate, ci porterebbero fuori dal percorso naturale di questa trattazione, e non ritenendo nemmeno corretto proporre delle tesi non supportandole da un idoneo percorso argomentativo, di limitiamo qui a segnalare questi interrogativi, ripromettendoci di proporre qualche risposta al termine dell'intero lavoro.

Così sintetizzato il quadro delle fonti esterne al diritto nazionale, il catalogo delle fonti di diritto oggettivo tracciato dall'art. 1 delle preleggi individua nella legge la fonte di rango primario del sistema normativo (ovviamente, anche lavoristico). A questo proposito possiamo rinviare il lettore alla prima parte del presente lavoro per la disamina delle ragioni che hanno ispirato il ricorso a norme di legge unilateralmente inderogabili nella disciplina del rapporto di lavoro, nonché dell'influsso esercitato dei principi costituzionali sulla stessa legislazione ordinaria.

A completare poi il quadro delle fonti operanti nel nostro ordinamento, subordinate alla legge primaria, intervengono quindi i regolamenti, governativi,

⁵¹⁸ La questione, in realtà, esorbita grandemente dal “piccolo mondo” dei diritti sociali (visto dall'ottica mercantile), perché investe, a monte, il principio di sovranità popolare affermato all'art. 1 comma 2 della nostra Costituzione. Al di là delle questioni – che sono peraltro all'ordine del giorno – della effettiva rappresentatività delle istituzioni comunitarie e della trasparenza dei processi decisionali che sono alla base degli atti vincolanti per gli Stati membri e gravidi di conseguenze (finanziarie e sociali) per i loro cittadini, resta da capire come una istituzione “sovraordinata” allo Stato nazione, ma pur sempre costituente un ordinamento giuridico a finalità *particolare*, e non *universale* come è invece lo Stato, possa ritenersi “titolata” ad operare il bilanciamento tra valori e diritti proclamati dai documenti giuridici che rappresentano la massima sintesi di una comunità giuridica: le Carte costituzionali.

interministeriali e ministeriali, questi ultimi due necessariamente autorizzati dalla legge e sempre subordinati a quelli del Governo⁵¹⁹, anche se i regolamenti non paiono svolgere un ruolo significativo nella materia lavoristica. Notevole importanza applicativa rivestono invece le circolari del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e degli enti previdenziali: pur non essendo annoverabili tra le fonti di diritto in senso oggettivo e nemmeno tra gli atti di interpretazione autentica del legislatore (provengono infatti dagli uffici del Ministero e di enti previdenziali, soggetti comunque non titolari di alcuna funzione legislativa, e nemmeno impegnano l'amministrazione, che può sempre discostarsene, fornendo adeguata motivazione), questi documenti, essenzialmente *interpretativi* delle disposizioni di legge, negli ultimi anni hanno assunto un ruolo preponderante nell'applicazione concreta di molti istituti lavoristici, in particolare per l'utilizzo dei contratti flessibili diversi dal lavoro subordinato standard a tempo pieno e indeterminato⁵²⁰.

Viene giustamente ricordato, d'altra parte, il ruolo delle *Authority* indipendenti, la cui attività può incidere in vario modo sulla gestione del rapporto di lavoro⁵²¹: per quanto ci riguarda, hanno assunto recentemente notevole rilievo la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge n. 146/1990 in materia di scioperi nei servizi pubblici essenziali⁵²² e l'Autorità garante della *privacy* per le modalità di

⁵¹⁹ Quali atti di natura amministrativa ma con funzione normativa (in quanto aventi portata generale), i regolamenti, non menzionati nella Costituzione, trovano la loro disciplina puntuale nell'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, recentemente riformato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69. Peraltro, ai sensi dell'art. 117 co. 6 Cost., come novellato nel 2001, la potestà regolamentare dello Stato è limitata alle materie di sua legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni, mentre spetta alle Regioni in ogni altra materia. Per una disamina della tipologia, della disciplina e della portata generale dei regolamenti può rinviarsi a R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 195 ss.

⁵²⁰ Sul robusto impiego delle circolari ministeriali in funzione "correttiva" del lavoro a progetto, vedi M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, IV° ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 60; ID., *Lavoro subordinato e autonomo, oggi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT* - n. 65/2008, p. 33. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. unite, 2 novembre 2007, n. 23031, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 3, p. 786 ss., nt. di M. ARIANO. Ma anche a seguito della Riforma Fornero – l. n. 92/2012 – non si sono fatti attendere successivi interventi "correttivi" dello stesso Ministro mediante lo strumento della circolare.

⁵²¹ L. MONTUSCHI, *Le fonti interne. Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, cit., p. 413. Sulla nascita e sulla (discussa) legittimità costituzionale delle Autortà indipendenti può rimandarsi a R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 248 ss.

⁵²² Ai sensi dell'art. 13 della legge, interamente riscritto dalla l. n. 83/2000, la Commissione di Garanzia è infatti titolare di incisivi poteri di intervento e controllo diretti ad assicurare che l'esercizio,

applicazione al rapporto di lavoro del decreto legislativo n. 196/2003, c.d. Codice della *privacy*⁵²³.

Da ultimo, sempre seguendo l'ordine gerarchico proposto dall'art. 1 delle preleggi, incontriamo l'uso, o consuetudine normativa, quale fonte terziaria di diritto subordinata alla legge ed ai regolamenti.

A questo proposito, non ci pare di poter rinvenire, ad oggi, particolari applicazioni di questa "fonte sociale" nella materia lavoristica, quantomeno se si restringe il campo di indagine all'uso c.d. normativo, quale fonte di diritto oggettivo, caratterizzata come noto dalla compresenza di un elemento materiale, od oggettivo, consistente nella ripetizione costante nel tempo di un dato comportamento da parte della generalità dei consociati, e di un elemento psicologico, o soggettivo, consistente nella convinzione della obbligatorietà della pratica tenuta da parte degli stessi consociati in quanto conforme ad una regola giuridica⁵²⁴. Nell'assetto delle fonti designato dalle preleggi (art. 8), «nelle materie regolate dalla legge e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. Le norme corporative prevalgono sugli usi, anche se richiamati dalle leggi e dai regolamenti, salvo che in esse sia diversamente disposto». Ed anche il codice civile, con particolare riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro, assegna agli usi un ruolo meramente integrativo del diritto scritto, con funzione migliorativa delle norme

pur legittimo, dello sciopero, non importi una lesione irreparabile del contenuto essenziale di altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti, di cui va assicurata l'effettività. Per un commento sistematico della legge, v. L. MENGHINI-M. MISCIONE-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.

⁵²³ Da segnalare che la gli artt. 114 e 171 del d. lvo. n. 196/2003, c.d. Codice della *privacy*, rinviano agli artt. 4 e 38 dello Statuto dei lavoratori, anche sotto il profilo sanzionatorio, per le modalità e le conseguenze dell'installazione di apparecchiature da cui possa derivare, indirettamente, un controllo dei lavoratori. Cfr. in proposito R. LATTANZI, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina della protezione dei dati personali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 151 ss.

⁵²⁴ Per una trattazione organica dell'uso normativo deve senz'altro rimandarsi a N. BOBBIO, (voce) *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 437 ss.

dispositive di legge, e semprechè il contratto individuale non abbia diversamente disposto⁵²⁵.

A ben vedere, in materia di rapporti di lavoro, la forma di uso che ha avuto in tempi recenti e continua ad avere applicazione non infrequente è l'*uso aziendale*, qualificabile come quell'insieme di trattamenti economici e normativi di favore per il prestatore rispetto alle previsioni della legge e del contratto collettivo applicato in azienda (gratifiche periodiche in denaro, possibilità di godere gratuitamente di servizi aziendali, diverso trattamento dello straordinario, forme di assistenza e previdenza complementari, per parlarsi di uso aziendale è sufficiente che il trattamento non sia previsto contrattualmente nè da norme di legge), che l'imprenditore tiene nei confronti della generalità dei dipendenti o di un gruppo omogeneo di questi⁵²⁶. Tradizionalmente, questa forma di consuetudine, pacificamente ammessa in quanto migliorativa della disciplina legale-contrattuale del rapporto, non viene ricondotta all'uso normativo, nè potrebbe esserlo del resto, mancando entrambi gli elementi della generalità e dell'astrattezza che integrano la consuetudine normativa (si tratta infatti di una prassi limitata ad un'azienda, e l'imprenditore che vi dà seguito è ben consapevole del carattere spontaneo, comunque non doveroso, del trattamento offerto): per lungo tempo, l'uso aziendale è stato qualificato dalla giurisprudenza

⁵²⁵ Questa la disciplina contenuta nell'art. 2078 c.c.: «In mancanza di disposizioni di legge e di contratto collettivo si applicano gli usi. Tuttavia gli usi più favorevoli ai prestatori di lavoro prevalgono sulle norme dispositive di legge. Gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro».

⁵²⁶ Cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto sindacale*, cit., p. 272. Sulla nozione di uso aziendale in dottrina può rinviarsi a L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1964; L. MENGONI, *In tema di usi aziendali*, in *Mass. giur. lav.*, 1978, p. 471 ss.; P. TULLINI, *Uso aziendale e principio volontaristico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 807 ss.; A. OCCHINO, *Uso aziendale e gratuità delle attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 692 ss. Per una disamina della casistica giurisprudenziale degli usi aziendali può rinviarsi a M. PAPALEONI, *Sub art. 2078 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit.

come uso negoziale, e come tale incorporato nel contratto individuale di lavoro alla stregua delle clausole d'uso di cui all'art. 1340 c.c.⁵²⁷.

L'operazione di qualificazione dell'uso aziendale quale fonte integrativa del contratto individuale, non *prima facie* scorretta sotto il profilo teorico, presenta tuttavia il grave difetto di rendere tale prassi (che si traduce poi sempre in una diretta o indiretta erogazione economica) non suscettibile di soppressione o revisione anche parziale da parte del contratto collettivo, anche di livello aziendale, dal momento che, in base ad un orientamento consolidato, il contratto collettivo può modificare soltanto *in melius* l'assetto di interessi concordato individualmente⁵²⁸. Proprio per le pesanti ripercussioni economiche di tale operazione ermeneutica, la giurisprudenza più recente sembra avere "scoperto" le radici collettive dell'uso aziendale e lo riconduce piuttosto al contratto collettivo aziendale, di cui costituirebbe parte integrante⁵²⁹. Al di là della sostanziale "equità" della soluzione da ultimo prevalente nella giurisprudenza, potrebbe osservarsi come, diversamente, riconnettere l'uso aziendale ad una vicenda negoziale meramente individuale (con gli effetti conseguenti di cui all'art. 1340 c.c.) contraddica la natura necessariamente plurisoggettiva che la giurisprudenza riconosce quale elemento caratterizzante dell'uso: è pur sempre nei confronti di una *collettività* indeterminata di contraenti, considerati non *uti singoli*, che l'imprenditore assume l'onere economico derivante dall'uso.

⁵²⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., 12 dicembre 1985, n. 6280, in *Giust. civ. mass.*, 1985, 12; Cass., 3 aprile 1993, n. 4032, in *Riv. giur. lav.*, 1993, II, p. 278 ss.; Cass., 12 marzo 1994, n. 2406, in *Dir. lav.*, 1995, II, p. 104 ss.; Cass., 25 luglio 2000, n. 9764, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1627.

⁵²⁸ Sull'«inderogabilità unilaterale» del contratto collettivo, positivamente affermata dall'art. 2077 c.c., vedi *infra* § 7.

⁵²⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., 6 novembre 1996, n. 9690, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 7, nt. di S. LIEBMAN; Cass., 10 novembre 2000, n. 14606, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 2295; Cass., 11 luglio 2007, n. 15489, in *De Iure on line*; Cass., 25 maggio 2008, n. 13816, in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, 3, p. 966; Cass., 8 aprile 2010, n. 8342, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 4, p. 514. A favore di questa "assimilazione" tra uso aziendale e contratto collettivo aziendale può richiamarsi, del resto, anche il principio della libertà di forma del contratto collettivo riconosciuto da Cass., sez. unite, 22 marzo 1995, n. 3318, in *Foro it.*, 1995 I, c. 1138.

Terminato l'esame del catalogo delle fonti di *diritto oggettivo* previste dall'ordinamento, ed abbozzata una sommaria valutazione del loro peso specifico nella regolazione del rapporto di lavoro, non può omettersi un ultimo riferimento ad una "fonte" di disciplina del rapporto del tutto peculiare: il contratto collettivo.

Non intendiamo con queste poche battute entrare nella *querelle*, quella sulla natura di «fonte sociale» o «fonte materiale» o «*extra ordinem*» o «fonte fatto» del contratto collettivo, ovvero sul *nomen iuris* da attribuire al contratto collettivo in funzione (anche) delle diverse funzioni, sempre più ampie, riservategli dalla legge⁵³⁰.

Volendo accogliere l'insegnamento della dottrina più tradizionale, per cui il contratto collettivo, quale negozio giuridico, resta sempre e soltanto fonte di obbligazioni e non di diritto oggettivo⁵³¹, ed osservando come in regime di

⁵³⁰ Cfr., in particolare, le ricostruzioni proposte da L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento italiano*, cit., p. 167 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, cit., p. 357 ss.; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191 ss.; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994; M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 529 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005.

Vedi anche M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., pp. 321-325; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 487 ss.; e, da ultimo, la completa ricostruzione proposta da E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 195 ss.

⁵³¹ Secondo l'impostazione più tradizionale, in conseguenza della «privatizzazione» del diritto sindacale (ovvero dei suoi attori, le associazioni sindacali, e delle sue manifestazioni di autonomia, i contratti collettivi) determinata dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., il contratto collettivo «di diritto comune», come contratto «atipico», trova il suo fondamento nella rappresentanza negoziale del sindacato dei propri iscritti, che ne condiziona inevitabilmente l'ambito di efficacia diretta – in tal senso, può rinviarsi a L. RIVA SANSEVERINO, (voce) *Contratto collettivo di lavoro*, cit., in particolare p. 66 ss. Come sappiamo, dal dopoguerra ad oggi non sono mancati i tentativi della dottrina di individuare un fondamento diverso dal mandato degli iscritti al potere negoziale del sindacato, ciò allo scopo, esplicitato o meno, di argomentare positivamente l'estensione dell'ambito di applicazione diretta del contratto collettivo oltre la cerchia dei soggetti rappresentati.

L'elaborazione del concetto di «autonomia privata collettiva», quale sintesi e non semplice somma degli interessi individuali dei lavoratori rappresentati, espressione della libertà negoziale riconosciuta dall'ordinamento giuridico *direttamente* al gruppo sociale, per il soddisfacimento di un suo proprio interesse, sovraordinato a quello dei singoli appartenenti al gruppo, si deve in particolare a F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero, L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia, Autonomia collettiva, Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961. ID., (voce) *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369 ss. Ancora di recente, parte della dottrina sottolinea con forza la «funzione normativa» del contratto collettivo, che ben pare rispondere, del resto, alla sua funzione storica di «predeterminare il contenuto essenziale di quegli stessi contratti [i contratti individuali] sia per quanto riguarda il trattamento economico dei lavoratori, sia per quanto riguarda

permanente inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. nessuna norma di legge potrà mai prevedere l'*obbligatorietà* di una sua estensione soggettiva *ultra partes* se non in via indiretta, cioè "derivata" dalla generalità della legge che opera il "rinvio"⁵³² – se non *precisamente attuando* quelle previsioni costituzionali –, dovrebbe concludersi per l'esclusione del nostro contratto collettivo post-costituzionale dalle «fonti di diritto oggettivo»⁵³³ dell'ordinamento giuridico. D'altro canto, è sin troppo evidente l'esigenza della dottrina di fornire una copertura adeguata, e possibilmente unitaria, ad un fenomeno – quale il rinvio della legge al contratto collettivo – che ipotizziamo costituisca la ragione più impellente, se non

tutti gli altri istituti o aspetti che rilevano nell'attuazione del rapporto di lavoro»: così G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, IV° ed., Zanichelli, Bologna, 1997, p. 135 ss.

Non può certamente obliterarsi nemmeno la fondamentale costruzione "pluri-ordinamentale" proposta da G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia sindacale*, Giuffrè, Milano, 1960, v. in particolare p. 100 ss., anch'essa finalizzata a far uscire il contratto collettivo dall'anonimia, sebbene in quella visione il prodotto dell'autonomia collettiva assuma una netta bivalenza, di "fonte normativa" nell'ordinamento sindacale, e di "contratto di diritto privato" nell'ordinamento statutale, l'uno e l'altro concepiti come ordinamenti giuridici "originari", mantenuti in collegamento dalla giurisprudenza. Cfr. anche M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990.

⁵³² Osserva, conclusivamente, M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, I, p.19, a proposito del dibattito dottrinale sulla natura del contratto collettivo quale "fonte" di diritto: «La configurazione del contratto collettivo di diritto comune come fonte di diritto, sia pure atipica o *extra ordinem*, è inconciliabile, come abbiamo avvertito sin dall'inizio, con il fondamentale principio costituzionale della libertà sindacale (art. 39, primo comma, Cost.). Quel principio, infatti, comporta non solo la necessaria configurazione dei sindacati come soggetti privati, ma anche la necessaria qualificazione dell'attività negoziale da loro svolta come attività di diritto privato in quanto tende, necessariamente ed esclusivamente, a realizzare, in regime di libertà, la tutela di contrapposti interessi privati, ancorchè collettivi».

⁵³³ Premesso che nel nostro ordinamento non si rinviene una definizione positiva di «fonte di diritto», cosicché il «sistema delle fonti non è dunque il punto di partenza, ma il risultato del lavoro dell'interprete» - R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., p. 7 - essendo comunque assegnato convenzionalmente al termine «fonte» il significato di atto o fatto idoneo a produrre norme giuridiche vincolanti *erga omnes* per l'ordinamento, ragionando *a contrariis* a partire dagli artt. 1372 e 2909 c.c. che definiscono l'ambito di efficacia rispettivamente del contratto e della sentenza – cfr., *ex multis*, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 15 -, deve convenirsi con l'affermazione secondo cui «solo un utilizzo atecnico del termine "fonte" è compatibile con la natura negoziale del contratto collettivo»: M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 242. L'A. prosegue osservando come, soprattutto a seguito delle modifiche operate al codice di procedura nel 2006 (attraverso il d. lvo. n. 40/2006 modificativo degli artt. 360 comma 3 c.p.c. e 420 *bis* c.p.c., risultando ora la violazione e la falsa applicazione del contratto collettivo motivo di ricorso per Cassazione e l'interpretazione del contratto collettivo possibile oggetto di ricorso diretto alla Suprema Corte) il contratto collettivo possiede comunque molte caratteristiche in comune con la legge, tranne, appunto, l'attributo decisivo dell'efficacia *erga omnes*.

quando l'occasione immediata, del dibattito teorico sopra accennato⁵³⁴. Pare tuttavia ben arduo ricondurre ad una ragione unitaria, e quindi ad un *nomen iuris* unitario, un istituto giuridico che nel corso del tempo ha assunto funzioni, finalità e contenuti completamente diversi⁵³⁵. Ma soprattutto, sul piano concettuale, pare decisiva la distinzione tra la qualificazione del contratto collettivo come negozio di diritto privato destinato alla regolazione *diretta* dei rapporti di lavoro, che ne impone l'esclusione dal catalogo delle fonti di diritto positivo (trattandosi semmai di comprendere in quale misura il contratto collettivo possa operare sul piano individuale come fonte regolatrice esterna del rapporto), dal ruolo *occasionalmente* assegnato allo stesso dalla legge quale *fonte delegata*, che attiene alla dinamica delle scelte operate dal legislatore in una diversa prospettiva, storica, politica, economica, ma che non può risolversi riversando automaticamente il prodotto dell'autonomia collettiva tra le fonti di diritto oggettivo, almeno non senza contraddire la regola costituzionale⁵³⁶.

Semplicemente, riteniamo che non possa fornirsi alcuna lettura unitaria, dotata di una qualche valenza positiva e non soltanto descrittiva ed espressiva di una

⁵³⁴ Osserva conclusivamente M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, cit., p. 320: «Mentre dal punto di vista formale il contratto collettivo (ivi compreso il contratto aziendale) ha continuato a vivere nel nostro ordinamento come un contratto di diritto privato, nei fatti sempre più spesso è stato ed è utilizzato dallo stesso legislatore come una e propria *fonte del diritto*, alla quale la legge *delega* direttamente *funzioni normative*, chiamandola ad integrare la disciplina legale, e ora anche ad apportare ad essa deroghe su vasta scala». Ma le argomentazioni spese asuo tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza delle Corte Costituzionale a proposito del contratto collettivo oggetto di rinvio legale dovrebbero valere anche per il più recente art. 8, d.l. n. 138/2011. Possiamo rinviare alle annotazioni già proposte nei precedenti paragrafi 9 e 10 della presente sezione.

⁵³⁵ Un recente manuale annovera ben settantatre rinvii alla contrattazione collettiva di vario livello, solamente nelle disposizioni vigenti sulla disciplina del rapporto individuale: cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto sindacale*, cit., pp. 432-436. E sulle diverse funzioni assunte nel corso del tempo dal contratto collettivo possiamo rimandare a E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, cit.

⁵³⁶ Per una "scomposizione" del contratto collettivo in tanti tipi quante sono le funzioni assegnate dalla legge, v. C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, cit, p. 487 ss. *Contra*, per l'unitarietà del tipo, propende invece M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, cit.

tendenza, della sempre più frequente integrazione tra legge e contratto collettivo che caratterizza la disciplina del rapporto di lavoro da almeno un trentennio.

Diversamente, volendo rimanere ad un livello generalissimo, richiamandoci a quella lettura dell'art. 35 Cost. della giurisprudenza costituzionale che abbiamo riportato in un passaggio precedente di questo lavoro, potremmo ipotizzare (difettando forse di originalità, ma tant'è) che il rinvio della legge al contratto collettivo costituisca *uno dei tanti modi* di regolamentazione del rapporto di lavoro, *astrattamente compatibili* con il quadro costituzionale, che la discrezionalità del legislatore ordinario può individuare come strumento di «tutela del lavoro», così attuando il precetto costituzionale nel contemperamento tra le esigenze di protezione del lavoratore e le esigenze di efficienza e competitività dell'impresa, che rappresentano la preconditione della redistribuzione della ricchezza cui è preposto lo Stato sociale. Semmai, sarà – ancora una volta – l'enunciato della singola disposizione normativa, a fornire gli elementi per una valutazione della ragionevolezza dell'opzione del legislatore per la delega all'autonomia collettiva, nel quadro degli obiettivi e del contesto sociale in cui tale scelta viene calata.

Detto ciò, la grande varietà delle ricostruzioni prospettata dalla dottrina, e l'obiettivo incertezza data dall'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., fa dell'inquadramento e della collocazione del contratto collettivo una questione assai controversa. A volere a tutti i costi trovare una definizione, espressiva della funzione normativa cui anela il prodotto dell'autonomia collettiva, forse quell'antico adagio secondo cui il contratto collettivo assume «il corpo del contratto e l'anima della legge»⁵³⁷, al netto delle differenze ontologiche tra l'odierno contratto collettivo di diritto privato il contratto corporativo per cui quel felice enunciato fu coniato, risulta ancora l'espressione più appropriata per dare un nome e un volto al prodotto dell'autonomiacollettiva.

⁵³⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1930, p. 118.

CAPITOLO III

I LIMITI ALLA DEROGABILITÀ DELLA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DA PARTE DELLA CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ.

SEZIONE I – OGGETTO E LIMITI DELLA RICERCA.

Sommario: 1. Ambiti, finalità e limiti della contrattazione di prossimità in deroga alla legge: un primo inquadramento. 2. [segue] I limiti alle deroghe della contrattazione di prossimità: una questione di metodo (nell'interpretazione e nella ricerca).

1. Ambiti, finalità e limiti della contrattazione di prossimità in deroga alla legge: un primo inquadramento.

La revisione delle tecniche di tutela e la conseguente rivisitazione del ruolo e dell'estensione della norma inderogabile hanno rappresentato per lungo tempo un problema aperto nel dibattito dottrinale¹. Alla consapevolezza dell'appartenenza dell'inderogabilità della legge al patrimonio genetico del diritto del lavoro², in ragione degli interessi di rilevanza pubblica sottesi allo scambio tra energie e retribuzione e della inidoneità del contratto individuale ad assurgere ad unico strumento regolatore del rapporto di lavoro, si sono affiancate progressivamente nuove istanze di attenuazione della portata e del ruolo da assegnare alla norma

¹ Al tema furono dedicate le due giornate del XXVII° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008; cfr. in particolare le relazioni di C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss., ed *ivi*, P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, p. 423 ss. Ma per una panoramica completa delle diverse proposte avanzate dalla dottrina giuslavorista a proposito della "rivisitazione" del ruolo della norma inderogabile può rimandarsi a M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, in particolare p. 383 ss. Vedi anche *supra* paragrafo 9 del Capitolo II.

² R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 227 ss.

inderogabile³. La permanenza di precisi vincoli costituzionali, che impedirebbero una generalizzata deregolazione della materia, in una con la necessità di rispettare gli obblighi imposti dalle direttive comunitarie – soprattutto in materia di sicurezza, non discriminazione e protezione della persona impiegata in forme flessibili di lavoro – hanno indirizzato il dibattito verso l’individuazione di un “nucleo irretrattabile” di diritti della persona che lavora⁴: al di fuori di questa area, ancora da presidiarsi, secondo queste proposte, attraverso l’impiego della norma inderogabile, l’intervento protettivo dello Stato dovrebbe ripiegare, lasciando spazio all’autonomia privata (collettiva e/o individuale). Le ragioni esplicitamente addotte a fondamento di tale operazione, come pure le tecniche attraverso cui individuare quel “nucleo irretrattabile” di diritti, sono differenti⁵. Ma tutte queste proposte sembrano convergere su due elementi comuni. Il primo aspetto – potremmo dire, “assiologico” – si rintraccia nell’*inadeguatezza* – in termini di sovrabbondanza – dell’intervento eteronomo in aree del rapporto che potrebbero trovare una più efficiente regolazione ad opera degli stessi contraenti privati, magari attraverso la “mediazione” e la “assistenza” di organi sindacali o amministrativi preposti⁶. Sarebbero infatti venute meno, o comunque risulterebbero fortemente affievolite, quelle motivazioni di ordine economico e sociale che nel passato avevano imposto un massiccio ricorso alla norma inderogabile, in funzione della protezione di interessi – individuali e collettivi – di

³ Su tutti, vedi A. ICHINO-P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell’inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 457 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

⁴ Cfr. in particolare A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 185 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind. n. 109*, 2006, p. 56 ss.; M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, cit.

⁵ Sui contenuti delle singole proposte possiamo rinviare il lettore alla sintesi di cui *supra* al paragrafo 9 del Capitolo II.

⁶ E non v’è dubbio che la certificazione, come originariamente concepita, avrebbe dovuto veicolare esattamente questa forma di derogabilità individuale “assistita”.

chiara rilevanza pubblica⁷. Il secondo profilo su cui convergono le analisi sopra menzionate – quasi una sorta di “strategia di sopravvivenza” di una branca del diritto e sinanche di una disciplina scientifica – si rintraccia nell’*indifferibilità* della riduzione dell’area delle tutele legali; perché diversamente – si prospetta in queste ricostruzioni – tutto il diritto del lavoro sarebbe rapidamente “travolto”, dalle spinte dell’economia e dei mercati internazionali: la globalizzazione comporta infatti una competizione sempre più serrata, ormai incompatibile con la rigidità delle regole “ultra-persive” del diritto interno, ed oltretutto la permanenza di aree “iperprotette” rischia di vanificare la stessa garanzia costituzionale del diritto al lavoro, secondo l’adagio per cui al disoccupato non giova affatto la disciplina protettiva senza una prospettiva concreta di entrare nell’area protetta dall’intervento legale⁸.

Come si è potuto osservare in precedenza⁹, il diritto positivo non è rimasto indifferente alle sollecitazioni incrociate del mondo accademico e dell’economia. In realtà, un esame anche sommario della legislazione, sotto il profilo delle tecniche di regolazione del rapporto e del mercato del lavoro almeno a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, rivela un intreccio sempre più massiccio tra legge e contrattazione collettiva¹⁰, tanto in funzione di completamento della disciplina legale,

⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

⁸ A prima lettura, si potrebbe pensare ad un “pensiero unico” della dottrina italiana sulla rivisitazione dell’inderogabilità. Alcune voci “fuori dal coro” si sono però levate – con maggiore lucidità – a sostegno della tesi secondo cui *proprio il generale superamento* della tecnica regolatoria basata sulla norma imperativa rappresenterebbe la fine, tanto evocata, del diritto del lavoro; derivandone oltretutto, in ragione del carattere “strumentale” della protezione offerta dalla legislazione a chi presta lavoro dietro retribuzione, una seria minaccia alla garanzia dei principi di democrazia, sovranità popolare e uguaglianza “sostanziale” che incarnano la stessa idea di “cittadinanza” disegnata dal Costituente. Cfr. in particolare gli interventi di M.V. BALLESTRERO e R. DEL PUNTA, in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X° Congresso Nazionale di diritto del lavoro. Udine, 10-11-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 90-92; M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell’evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2006, p. 59 ss.; e, da ultimo, A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 131/2011; ID., *Il declino dell’inderogabilità?*, in *Dir. lav. mer.*, 2013, p. 53 ss.

⁹ E rinviamo ancora il lettore alla ricostruzione proposta nel precedente capitolo, in particolare nei paragrafi 8 e 9.

¹⁰ Per la cui analisi possiamo rinviare fra gli altri a P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012.

tanto in funzione derogatoria della stessa. Un incrocio, quello tra legge e contratto collettivo, alcune volte anche “pericoloso”, sia per la discutibile ingerenza del legislatore in prerogative proprie della contrattazione collettiva, sia per la selezione dei soggetti collettivi, non sempre sintonica rispetto ai compiti di volta in volta devoluti dalla legge¹¹.

È però con l'avvento dei governi di centro-destra nei primi anni Duemila che iniziano a manifestarsi alcune caute “aperture” nel muro dell'inderogabilità della legge a favore dell'autonomia individuale, secondo una linea programmatica ben espressa nel *Libro Bianco* del 2001 e che si sviluppa, con alcune parentesi imposte dai cambiamenti della maggioranza parlamentare, sino alla legge 4 novembre 2010, n. 183. La combinazione tra certificazione ed arbitrato di equità rappresenta in questo senso l'ultimo “attacco indiretto” all'inderogabilità della disciplina lavoristica; un attacco portato, peraltro, non attraverso un intervento diretto, di carattere sostanziale, sulle fonti della disciplina, ma solo in via surrettizia, con un evidente “sovraccarico” di funzioni degli strumenti deflattivi e alternativi al contenzioso. Questo processo di indiretta decostruzione delle fonti lavoristiche trova però un ostacolo – almeno sul piano del dibattito teorico – in quelle letture delle riforme governative volte a ridurre al minimo la portata delle aperture della legge all'autonomia privata. È certamente di aiuto in questa operazione la giurisprudenza costituzionale sulla indisponibilità del tipo¹², perché il significato classificatorio della subordinazione si accompagna – e non potrebbe essere altrimenti – alla dimensione assiologica dei beni personali e dei valori giuridici protetti dalla norma inderogabile: affidare la scelta circa l'an dell'applicazione di singole tutele eteronome alle parti del rapporto individuale

¹¹ E qui rimandiamo alle costruzioni di F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191 ss.; U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 22/2004*; E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 195 ss.

¹² Corte Cost., nn. 121/1993, 115/1994; cfr. il commento di M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 83 ss.

equivarrebbe a “svuotare” di contenuto e di significato la stessa operazione qualificatoria. E del resto, anche sotto il profilo teorico, la giurisprudenza è ben salda nell’escludere ogni possibile “scivolamento concettuale” dal piano della deroga (nulla) alla norma imperativa, alla disposizione (relativamente invalida) di diritti già acquisiti al patrimonio del lavoratore¹³: sicchè parrebbe francamente fuorviante un utilizzo indifferenziato del concetto di “(in)disponibilità”, riferito tanto ai diritti quanto al trattamento legale, perché potenzialmente foriero del convincimento, teoricamente inaccettabile, della “continuità logica” tra disposizione del diritto e deroga alla norma¹⁴. Parlare di “(in)disponibilità” del trattamento giuridico assicurato dalla norma imperativa può avere senso – per ragioni di eleganza lessicale – solamente per sottolineare ancora una volta la supremazia dell’atto normativo sull’atto di autonomia privata, ma certo non deve portare a sovrapporre piani che restano ben distinti sul piano logico e nel diritto positivo.

In questo composito quadro teorico e normativo è intervenuto nell’estate del 2011 l’ormai ben noto art. 8, di cui ci siamo già occupati nel capitolo precedente¹⁵

¹³ Cfr. Cass., 26 maggio 2006, n. 12561, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, p. 695; Cass., 8 luglio 1988, n. 4529, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1032; in dottrina v. G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in P. SCHLESINGER (fondato da), D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 34.

¹⁴ Non vi sarebbe cioè corrispondenza biunivoca tra la coppia inderogabilità/indisponibilità e i loro contrari. Per convincersene si osservi come l’indisponibilità dei diritti possa, al limite, anche essere considerata, sul piano logico, come una sorta “estensione” del carattere imperativo della norma nella fase funzionale del rapporto, perché in effetti senza l’indisponibilità (pur relativa) dei diritti l’inderogabilità della legge non produrrebbe alcun effetto pratico nell’ordine della protezione effettiva del soggetto debole del rapporto – e si veda in tal senso la ricostruzione delle inferenze tra inderogabilità della norma e indisponibilità (relativa) dei diritti proposta da R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 271. Procedendo in senso inverso, però, l’atto di disposizione non può affatto accostarsi alla deroga alla legge, perché, al di là delle differenze di trattamento giuridico (invalidità “relativa” per il primo, radicale nullità per il secondo), la deroga alla legge impedirebbe la stessa acquisizione dei diritti assicurati dalla legge, mentre l’atto di disposizione può intervenire solo *e proprio* sul presupposto dell’ingresso (già avvenuto) nel patrimonio giuridico del lavoratore del diritto garantito dalla norma. Pertanto, in mancanza di un sicuro indice testuale che la facoltizzi, ogni deroga bene o male “assistita” al trattamento legale che intervenga nella fase genetica del rapporto, si risolve *sempre* in un atto nullo; né la certificazione può sanare *ex post* l’invalidità di pattuizioni individuali che “recepiscano” il contenuto di contratti collettivi (di qualsiasi livello) a loro volta contrastanti con disposizioni di legge imperative, salvo che – beninteso – tale procedura non venga utilizzata, ai sensi dell’art. 82 d. lvo. n. 276/2003, in funzione genuinamente dispositiva di diritti già *acquisiti* al patrimonio giuridico del lavoratore.

¹⁵ Vedi in particolare il paragrafo 10.

trattando, per sommi capi e senza la pretesa di aggiungere elementi nuovi al dibattito già ampiamente sviluppato dalla dottrina, dei suoi risvolti “collettivi”, quali sono l’estensione generalizzata «a tutti i lavoratori interessati» delle «specifiche intese», e la loro facoltà di derogare ai rispettivi contratti collettivi di livello nazionale. Con quanto ne consegue in termini di “rovesciamento” della “gerarchia” tra livelli di contrattazione e “sterilizzazione” del dissenso interno all’ordinamento sindacale, il tutto realizzato attraverso una «conformazione eteronoma»¹⁶ dell’autonomia collettiva. È così sorto il sospetto – che pare effettivamente fondato – per cui la disposizione contenga più di un elemento di contrasto con i principi costituzionali dettati in materia di libertà sindacale e autonomia collettiva.

L’art. 8 però non esaurisce la sua portata nell’ambito delle dinamiche interne all’ordinamento sindacale. La disposizione abilita infatti i contratti di prossimità, sottoscritti «a livello aziendale o territoriale» dai soggetti indicati al comma 1, ossia «da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011» a derogare *anche* alle disposizioni di legge, in un lungo elenco di materie indicate nel comma 2 che per facilità di lettura riportiamo in nota¹⁷, e sempre «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonchè i

¹⁶ L’espressione, quantomai appropriata, è di F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1203. In questi termini anche V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 479 ss.

¹⁷ Si tratta nello specifico delle «materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell’orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonchè fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro»: tanto prevede il comma 2-bis. Le intese di prossimità, che assumono efficacia «nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali», sono «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

Si comprende immediatamente come l'art. 8, una norma che sembra «piccola piccola»¹⁸ se rapportata alle faraoniche leggi di riforma del mercato del lavoro apparse tra il 2003 e il 2012¹⁹, costituisce in realtà una disposizione in grado di riscrivere quasi da capo, potenzialmente, l'assetto delle fonti della materia. In ogni caso, a prescindere da qualsiasi valutazione “di merito” sulla disposizione – la nostra, lo precisiamo subito per onestà di parola, è negativa – l'art. 8 merita grande attenzione, perchè rappresenta l'ultima frontiera tra l'inderogabilità della legge e il suo contrario. Che si manifesta, questa volta, sotto la forma di un “contratto di prossimità” abilitato a “disapplicare”, entro certi limiti, un numero a priori imprecisabile di disposizioni di legge, in un ambito di materie incredibilmente vasto ed in funzione di obiettivi che paiono, in astratto, assolutamente generici. *Una sola disposizione* rende così “semi-dispositiva” (o relativamente derogabile), ovvero inderogabile da parte dell'autonomia individuale ma derogabile da parte dell'autonomia collettiva²⁰ una fetta significativa del diritto del rapporto individuale di lavoro. La norma imperativa di legge rimane sì generalmente applicabile, ma

¹⁸ R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537.

¹⁹ Il riferimento è, naturalmente, al d. lvo. 10 settembre 2003, n. 276, e alla più recente legge 28 giugno 2012, n. 92.

²⁰ M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 379.

diviene al contempo “cedevole” rispetto al diverso trattamento, “di prossimità”, stabilito da un contratto collettivo (tendenzialmente aziendale) in funzione di interessi particolaristici. Con gravi implicazioni, anche di carattere costituzionale, sulla ragionevolezza di una tale differenziazione di disciplina tra situazioni giuridiche tra loro comparabili.

Prima di analizzare nel dettaglio questa parte della disposizione varrebbe la pena di spendere qualche parola sul significato complessivo di questa operazione.

Qui l’autonomia individuale non c’entra. O almeno, così parrebbe. Perché l’impressione che si ricava dal dato testuale, e che viene suffragata anche dalla lettura dei documenti programmatici precedenti dello stesso Ministro del Lavoro²¹, è che l’art. 8 continui e completi quello stesso disegno riformatore iniziato nel 2001 con il *Libro Bianco*, e che la “contrattazione di prossimità” di cui la disposizione si fa promotrice sia direttamente contigua alla “autonomia individuale” che la certificazione e l’arbitrato di equità si proponevano, pur surrettiziamente, di liberare. Nello schema visualizzato dall’art. 8 infatti, l’*imprenditore* non sembra tanto assumere le vesti di soggetto “contraente”, quanto piuttosto di autentico “regolatore” delle condizioni applicate ai rapporti individuali di lavoro a lui riferiti.

Ben s’intenda. *Formalmente*, le “intese di prossimità” sottoscritte ai sensi dell’art. 8 sono a tutti gli effetti dei contratti collettivi, perché sottoscritti da rappresentanti dei lavoratori della cui genuinità, sino a prova contraria, non è lecito dubitare²². *Sostanzialmente*, però, quello visualizzato dall’art. 8 corrisponde ad un modello di contratto aziendale *solamente ablativo o derogatorio* di diritti assicurati dalla legge (o dal contratto collettivo nazionale)²³. Il fenomeno non è certamente

²¹ E per i quali possiamo rimandare in questa sede a M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all’art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359 ss. ed ai riferimenti *ivi* indicati.

²² Del resto, anche prendendo in esame i pochi esempi sinora resi pubblici di contratti stipulati ai sensi dell’art. 8, si nota come questi rechino quasi sempre la firma di associazioni riferibili al sindacato confederale.

²³ A. TURSI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 958.

nuovo, perché la figura dei contratti c.d. gestionali (oltre che di solidarietà) ha una lunga e consolidata tradizione nella nostra legislazione, nobilitata dal *placet* del Giudice delle leggi²⁴, e costituisce una risposta assolutamente “fisiologica” alla crisi dell’impresa. Il contratto di prossimità *ex art. 8*, però, come bene si comprende leggendo le finalità indicate nella disposizione, non è sempre qualificabile come un contratto gestionale: esso può presiedere, infatti, anche «alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario ... agli investimenti e all’avvio di nuove attività». Al di là del significato piuttosto oscuro di alcuni di questi sintagmi (cosa si intende ad esempio per «qualità dei contratti di lavoro»?) sembra che tutte queste “situazioni” cui il contratto di prossimità è in qualche modo – cercheremo di capire *come* – ricollegato, con la “crisi dell’impresa” c’entrino assai poco²⁵. E allora, perché consentire di derogare alle disposizioni di legge e del contratto collettivo di categoria in una serie di materie tanto vasta da ricomprendere «un buon 50-60% di quello che viene insegnato in un corso universitario come diritto del rapporto individuale di lavoro»²⁶ se la crisi dell’impresa non c’entra?

Ma poi c’è un ulteriore elemento nel “decentramento contrattuale” previsto dall’art. 8 che va debitamente sottolineato. Questo processo avviene *al di fuori di qualsiasi controllo* da parte del sistema di contrattazione collettiva di categoria. Qui sta una differenza di non poco conto rispetto al modello di “decentramento controllato” previsto dall’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e dai modelli seguiti da molti Stati europei, guardando all’esperienza comparata contemporanea²⁷.

²⁴ Il riferimento è ovviamente alla nota pronuncia della Corte Cost. n. 268/1994.

²⁵ Tant’è che la «gestione delle crisi aziendali e occupazionali» compare tra le tante “finalità” elencate nel comma 1 della disposizione.

²⁶ Tale “quantificazione” si deve a F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1172. Ma si tratta di una valutazione sostanzialmente condivisa dall’unanimità dei commentatori e forse pure generosa per difetto.

²⁷ Per la quale possiamo rinviare ad A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 919, in particolare pp. 931-938.

Da un lato, potrebbe obiettarsi come la scelta di investire direttamente il sindacato aziendale e il contratto collettivo aziendale²⁸ della facoltà di operare deroghe alla legge potrebbe considerarsi non del tutto *irrazionale*: se la finalità dell'art. 8 è di “ritagliare le condizioni di lavoro sull'impresa”²⁹, quale soggetto investire di tale funzione derogatoria se non le istanze sindacali più “prossime” all'azienda? È però difficilmente contestabile come a livello aziendale la coalizione sindacale rappresenti un'arma piuttosto spuntata di fronte a quell'alternativa secca tra lavoro a condizioni deteriori o perdita dell'occupazione, che nel linguaggio non solo giornalistico è ormai in uso chiamare “ricatto occupazionale”. Ma poi, osservando i non molti esempi di contratti “di prossimità” ad oggi resi pubblici³⁰, si ricava l'impressione che questo strumento si presti non tanto alla salvaguardia della competitività di imprese esposte agli incerti della concorrenza internazionale, quanto piuttosto alla “salvezza” di realtà locali evidentemente non in grado di rispettare gli standard legali e contrattuali, attraverso la disattivazione – anche temporanea – di norme di legge che si traducono, direttamente o indirettamente, in un maggior costo per l'impresa e che per la loro generalità garantiscono, anche, la leale concorrenza tra operatori

²⁸ Per la verità l'art. 8 equipara al livello aziendale il livello territoriale di contrattazione, anche se nella disposizione non viene mai specificato cosa debba intendersi per “territorio”, né vengono date indicazioni circa gli eventuali agenti contrattuali di parte datoriale. A livello di contrattazione aziendale, poi, l'art. 8 affianca alle rappresentanze sindacali aziendali le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale; ma, si badi, le une e le altre agiscono al di fuori di qualsiasi procedura o controllo endogeno al sistema di contrattazione di categoria e sono abilitate a sottoscrivere intese derogatorie anche autonomamente le une dalle altre. Ben diverso è invece il modello predisposto dall'art. 7 dell'AI, ma su questo punto rimandiamo a quanto abbiamo avuto modo di osservare in precedenza al paragrafo 10 del capitolo precedente.

²⁹ Tali, del resto, erano le “consegne” della BCE al Governo italiano.

³⁰ Ne offre una rassegna significativa L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255 ss. Ma vedi anche A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, Relazione al Convegno “Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali”, Venezia, 25-26 ottobre 2013, consultabile sul sito <http://convegnovenetia.files.wordpress.com/2013/10/mattei.pdf>; L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 211 ss.; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 159, nt. 147; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, cit., p. 938 ss. La maggior parte degli accordi citati in questo lavoro sono stati consultati – per stralcio o nel testo integrale – sul sito www.dirittisocialitrentino.it.

economici; e questo agire al di fuori delle regole si chiama semplicemente “*dumping*”.

Ricapitolando, l’art. 8 visualizza un preciso modello di contrattazione “di prossimità” di carattere esclusivamente ablativo o derogatorio della legge e del contratto collettivo nazionale³¹, senza però ricollegare, almeno non necessariamente, tale strumento alla crisi aziendale; assegna poi il ruolo di “controparti contrattuali” dell’impresa di riferimento alle istanze sindacali più prossime alla realtà da regolare, avendo però ben cura di sottrarre tali rappresentanze a qualsiasi controllo endogeno all’ordinamento sindacale. Ora se è ben salda, sul piano concettuale, la differenza tra contratto e regolamento d’azienda, espressione dell’incontro di volontà tra soggetti collettivi il primo, del potere dell’imprenditore di dettare le regole sulla prestazione di lavoro il secondo³², ci si domanda però se il “contratto di prossimità” introdotto dall’art. 8 esprima un “genuino consenso” o piuttosto un’adesione “plebiscitaria” a condizioni ultimative dettate dall’impresa³³. Se la funzione storica dell’intervento eteronomo e del contratto collettivo si dispiega precisamente “allontanando” le fonti di produzione delle regole dai rapporti regolati, proprio in ragione della disparità di potere contrattuale delle parti del rapporto, l’art. 8 procede nella direzione diametralmente opposta, facendo dell’impresa il centro di produzione, almeno “di ultima istanza”, delle regole da applicarsi agli stessi rapporti di lavoro di cui è titolare³⁴.

³¹ Assicurandone, al contempo, l’estensione soggettiva nei confronti di tutti i lavoratori interessati.

³² Cfr. V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 99.

³³ *Contra*, vedi però R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 31 ss.

³⁴ E non ci produrremo in questa sede nell’approfondimento del concetto di “aziendalizzazione” del diritto del lavoro perché non avremmo altri elementi da aggiungere alla riflessione critica della dottrina in materia. Semmai, l’*excursus* storico che abbiamo voluto proporre nelle prime pagine di questo lavoro marca la distanza, ancora una volta di più, tra il modello “classico” di diritto del lavoro e di contrattazione collettiva e la “prossimizzazione” delle fonti propugnata, oggi, quale strumento per la crescita delle nostre “economie moderne”. Un modello, questo, che pare invece alquanto “pre-moderno”, e che sembra riportarci a quelle esperienze di “contrattazione del concordato di tariffa” legate alla prima industrializzazione italiana, che si pensavano ormai definitivamente consegnate alla memoria di polverosi e ingialliti volumi di storia del diritto. Possiamo comunque rimandare, adesivamente, alle osservazioni proposte sul tema da V. BAVARO, *ult. op. cit.*, p. 11 ss.; A. PERULLI,

Pur non mancando isolate voci entusiastiche verso questa apertura nel “muro” della inderogabilità della legge ad opera dell’autonomia collettiva³⁵, la valutazione offertane dalla dottrina è stata generalmente tranciante. Non solo si è criticata sul piano “politico” la scelta di affidare alla contrattazione di prossimità “l’ultima parola” sulla sorte di una fetta tanto importante dell’apparato protettivo eteronomo; contro la disposizione sono state mosse, infatti, plurime censure di illegittimità costituzionale argomentate a partire dalla violazione di altrettanti principi fondamentali.

Osservando l’accoglienza riservata dalla più parte della dottrina giuslavorista all’art. 8, si nota un deciso “scatto d’orgoglio” che francamente un po’ sorprende se si ricordano i toni e soprattutto i risultati del dibattito scientifico sull’inderogabilità della norma nel diritto del lavoro *ante* art. 8; un dibattito in cui, come si è visto, risultava nettamente predominante l’opzione favorevole ad una rivisitazione “sostanziale” del ruolo e della portata della norma inderogabile. Ora, della facoltà di derogare alle legge introdotta dall’art. 8 possono darsi *due* letture. *In positivo* – ed è questa l’interpretazione contro cui si è alzato il “fuoco di sbarramento” della maggior parte della dottrina – l’art. 8 consente di disattivare un numero imprecisato di

La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi, cit., pp. 919-931; E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 1061 ss. A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d’agosto del diritto del lavoro*, in *WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 132/2011. Va segnalato, però, anche il saggio di S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 6, p. 440 ss., di cui si condivide *in toto* l’osservazione secondo cui la certezza delle regole e la prevedibilità delle decisioni giudiziali siano condizioni imprescindibili per la pianificazione dell’impresa. Pare però che l’art. 8 voglia andare “molto oltre”, facendo della stessa impresa la *promotrice* delle regole, senza peraltro assicurare, come vedremo, alcuna certezza in merito alla “tenuta giuridica” degli “accordi di prossimità”. È soltanto la sproporzione nei rapporti di forza amplificata dalla crisi economica che assicura la “tenuta di fatto” di questi accordi.

³⁵ Si segnalano A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva?*, in *Bollettino Adapt*, 3 ottobre 2011, n. 32; C. PISANI, *Una ricetta della BCE per l’occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 67 ss.; M. TIRABOSCHI, *Una riforma equilibrata e coerente*, in www.cuorecritica.it. E, su posizioni di più cauta apertura, v. anche R. PESSI, *Ancora sull’articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 19 ss.; M. MAGNANI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1 ss.

disposizioni ad opera della contrattazione “di prossimità”, in presenza di alcune generiche “finalità” e sol che vengano rispettati alcuni non meglio individuati principi costituzionali e gli obblighi derivanti dal diritto dell’Unione Europea e dalle convenzioni internazionali. *In negativo* però, la norma assicura di fatto l’“ultrattività” della disciplina eteronoma in tutte quelle “materie” che non sono espressamente ricomprese nel pur lunghissimo elenco contenuto nel comma 2: tra queste materie – quelle *escluse* – si annoverano in particolare i divieti di discriminazione, la disciplina della sicurezza, la retribuzione (tabellare), il diritto di sciopero e il licenziamento discriminatorio³⁶.

Forse tardivamente, l’art. 8 ha contribuito se non altro a svelare la reale portata di un diritto del lavoro ripiegato su se stesso, alla “strenua difesa” di quel “nucleo irrettrabile di diritti della persona che lavora” che, come si comprende, costituisce solamente una *precondizione* affinché lo scambio di energie e retribuzione dedotto nel contratto possa risultare meritevole di riconoscimento giuridico. Se non altro, l’art. 8 ha il “merito” di “far toccare con mano” la reale consistenza di quelle ricostruzioni che erano state avanzate come uniche alternative percorribili alla altrimenti certa implosione del diritto del lavoro.

Quanto alle censure di illegittimità costituzionale proposte dalla dottrina contro l’art. 8, viene contestata anzitutto la vastità dell’intervento legislativo, che sarebbe tale da compromettere il principio stesso di tutela del lavoro affermato dal primo comma dell’art. 35 Cost. Ad essere censurabile non sarebbe tanto la devoluzione in sé di competenze all’autonomia collettiva, tecnica ampiamente sperimentata e collaudata, quanto piuttosto la portata del rinvio in funzione derogatoria degli standard legali, la cui ampiezza sembra configurare una vera e propria “abdicazione” da parte del legislatore dai compiti di tutela del lavoro che la Costituzione gli riserva

³⁶ E poi, se non altro, all’art. 8 può riconoscersi il “merito” di avere ribadito, almeno sul piano teorico, l’inderogabilità della legge da parte dell’autonomia privata *individuale*.

e al tempo stesso gli impone³⁷. Viene richiamata, in particolare, quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che afferma come le disposizioni costituzionali dettate in materia di lavoro «non soltanto consentono, ma insieme impongono al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediatamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro»³⁸. Di primo acchito tale censura sembrerebbe fondata; anche perchè è sin troppo evidente la differenza quali/quantitativa tra l'art. 8 e tutte le disposizioni precedenti sparse nella legislazione che assegnavano alla contrattazione collettiva funzioni derogatorie circa un singolo profilo regolativo.

Senonchè, una lettura d'insieme dei pronunciamenti del Giudice delle leggi svela come *molto raramente* gli “ermellini” abbiano poi tratto dalla massima sopra riportata le conseguenze pratiche del caso, dichiarando cioè l'*incostituzionalità* per contrarietà al principio di tutela del lavoro affermato dall'art. 35, comma 1, Cost., di disposizioni di legge loro sottoposte³⁹. Sovviene in particolare la pronuncia della Corte del 7 febbraio 2000, n. 49, rel. Marini, con cui fu negata l'ammissibilità del *referendum* abrogativo dell'intera disciplina del lavoro a domicilio, sul presupposto per cui, pur essendo «i modi e le forme dell'attuazione della tutela costituzionale ... ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in

³⁷ Tale rilievo viene mosso in particolare da M. NAPOLI, *Osservazioni sul contegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 467 ss.; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 493 ss.; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 539 ss. A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita & Pensiero, Milano, 2012; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, cit.; C. ZOLI, *Dall'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, pp. 152-154.

³⁸ Corte Cost. n. 106/1962, ma si segnalano anche le pronunce nn. 34/1985 e 103/1989.

³⁹ E qui rinviamo alla piccola “rassegna” proposta nel paragrafo 4 del precedente capitolo.

quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento». Nella fattispecie, però, l'art. 8 *non rimuove automaticamente* le tutele legali, *ma rimette alla valutazione* delle parti collettive tale scelta, peraltro sottoponendola a dei limiti, anche se piuttosto ampi e non facilmente decifrabili; cosicché si potrebbe adombrare l'obiezione per cui la derogabilità "collettiva" delle disposizioni legali rientri tra quelle opzioni, nell'ordine dell'obiettivo finale della protezione del lavoratore, la cui scelta in concreto appartiene alla "discrezionalità" del legislatore e che la Corte, nel merito, non ha mai sindacato.

Una seconda e forse più consistente censura contro l'art. 8, che muove sempre dalla portata eccessivamente ampia della facoltà di deroga concessa alla contrattazione di prossimità, riguarda la presunta violazione del principio di uguaglianza affermato dall'art. 3, comma 1, Cost. L'art. 8 introdurrebbe cioè una disparità di trattamento tra lavoratori e imprese che ricorrono alle specifiche intese e quelli che invece continuano a rispettare la legge, priva di ragionevole giustificazione, e tale da creare una sorta di "balcanizzazione" del diritto del rapporto di lavoro, spezzettato e frammentato in una miriade di "sotto-discipline" senza che vi sia, a monte, un qualche criterio ordinatore⁴⁰. La tesi trova conferma

⁴⁰ La tesi è sostenuta in particolare, pur con diversità di accenti, da M. NAPOLI, *Osservazioni sul contegno legislativo alla contrattazione aziendale*, cit.; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit.; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011* cit.; A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit.; T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 613 ss.; U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, cit.; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, in *WP-CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 132/2011, v. in particolare p. 23 ss. con ampi rimandi alla giurisprudenza costituzionale; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 19 ss., la ritiene fondata limitatamente all'inciso «disciplina del lavoro» contenuto nella lett. e) del secondo comma a motivo della assoluta genericità di tale sintagma.

nell'osservazione per cui l'art. 8 non opera una vera "delegificazione"⁴¹, «poiché la derogabilità è ammessa solo nel caso e per la situazione concreta (la singola impresa) nella quale operi la contrattazione di prossimità, mentre la regola di legge rimane vigente e, per la restante generalità dei consociati, inderogabile»⁴². Questo rilievo viene poi ulteriormente corroborato ponendo mente ai soggetti cui la legge affida il potere di deroga, i quali, a motivo della dimensione non nazionale, sarebbero indotti a compiere valutazioni sulla base di scelte particolaristiche⁴³.

In sostanza, secondo questa ricostruzione, mentre la norma di legge dello Stato, proprio perché *inderogabile* dall'autonomia privata, sarebbe idonea a garantire su tutto il territorio nazionale l'uniformità della disciplina dei rapporti tra privati, diversamente, una devoluzione alla contrattazione aziendale di una funzione derogatoria della legge, esercitabile in base a valutazioni meramente particolaristiche, in un ambito così vasto di materie come quello individuato dall'elenco contenuto nel comma 2, e per di più in assenza di qualsiasi possibilità di controllo – sotto il profilo della ragionevolezza e dell'adeguatezza causale delle scelte operate dall'autonomia collettiva – come quella operata dall'art. 8, comporta una violazione ingiustificata del principio di uguaglianza affermato dall'art. 3 Cost., anche per la oggettiva vaghezza degli obiettivi cui le possibili deroghe sarebbero

⁴¹ Ma del resto, nemmeno avrebbe potuto farlo, se non incorrendo in una violazione del principio di tutela del lavoro affermato dall'art. 35, comma 1, Cost., anche interpretato secondo quella lettura "riduttiva" offertane dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata.

⁴² F. SCARPELLI, *ult. op. cit.*, p. 496. L'A. rileva ulteriormente come l'art. 8 consentirebbe alla contrattazione aziendale di fare ciò che nemmeno alla legislazione regionale sarebbe consentito, ovvero disapplicare la disciplina di legge nazionale. Un parallelo – quello tra contrattazione aziendale e legislazione regionale – che però, sul piano strettamente costituzionale, convince poco.

⁴³ E una consultazione degli accordi *ex art. 8* sinora resi pubblici conferma in pieno questo sospetto, tanto più che in alcuni casi tali accordi (si pensi al contratto Enaip Veneto e al contratto Golden Lady, ampiamente trattati da L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, cit.) nemmeno operano una vera e propria "deroga" a disposizioni legali (intesa come sostituzione dell'assetto di interessi voluto dalla legge con uno diverso voluto dalle parti), ma semplicemente "ritardano" l'applicazione di divieti legali all'uso (distorto) di particolari forme contrattuali "flessibili" (nella fattispecie si trattava rispettivamente del contratto di associazione in partecipazione e del contratto di collaborazione a progetto); scelte che non si spiegano altrimenti se non con la necessità di "sanare" situazioni di (pregressa o sopravvenuta) irregolarità.

finalizzate; vaghezza che impedisce di verificare, a monte, la ragionevolezza della scelta operata dal legislatore⁴⁴.

⁴⁴ Viene richiamata a sostegno di questa tesi la giurisprudenza costituzionale resa a proposito del principio di uguaglianza/ragionevolezza della legge, ed in particolare la pronuncia della Corte Cost. n. 89/1996, nella cui motivazione (corsivo nostro) si legge: «*Il parametro della eguaglianza, infatti, non esprime la concettualizzazione di una categoria astratta, staticamente elaborata in funzione di un valore immanente dal quale l'ordinamento non può prescindere, ma definisce l'essenza di un giudizio di relazione che, come tale, assume un risalto necessariamente dinamico. L'eguaglianza davanti alla legge, quindi, non determina affatto l'obbligo di rendere immutabilmente omologhi fra loro fatti o rapporti che, sul piano fenomenico, ammettono una gamma di variabili tanto estesa quante sono le imprevedibili situazioni che in concreto possono storicamente ricorrere, ma individua il rapporto che deve funzionalmente correlare la positiva disciplina di quei fatti o rapporti al paradigma dell'armonico trattamento che ai destinatari di tale disciplina deve essere riservato, così da scongiurare l'intrusione di elementi normativi arbitrariamente discriminatori. D'altra parte, essendo qualsiasi disciplina destinata per sua stessa natura ad introdurre regole e, dunque, a operare distinzioni, qualunque normativa positiva finisce per risultare necessariamente destinata ad introdurre nel sistema fattori di differenziazione, sicché, ove a quel parametro fosse annesso il valore di paradigma cristallizzato su base meramente "naturalistica" e dunque statica, ogni norma vi si porrebbe in evidente contrasto proprio perché chiamata a discriminare ciò che è attratto nell'alveo della relativa previsione da ciò che non lo è. Se, dunque, il principio di eguaglianza esprime un giudizio di relazione in virtù del quale a situazioni eguali deve corrispondere l'identica disciplina e, all'inverso, discipline differenziate andranno coniugate a situazioni differenti, ciò equivale a postulare che la disamina della conformità di una norma a quel principio deve svilupparsi secondo un modello dinamico, incentrandosi sul "perché" una determinata disciplina operi, all'interno del tessuto egualitario dell'ordinamento, quella specifica distinzione, e quindi trarne le debite conclusioni in punto di corretto uso del potere normativo. Il giudizio di eguaglianza, pertanto, [...] è in sé un giudizio di ragionevolezza, vale a dire un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere: ove la disciplina positiva si discosti dalla funzione che la stessa è chiamata a svolgere nel sistema e ometta, quindi, di operare il doveroso bilanciamento dei valori che in concreto risultano coinvolti, sarà la stessa "ragione" della norma a venir meno, introducendo una selezione di regime giuridico priva di causa giustificativa e, dunque, fondata su scelte arbitrarie che ineluttabilmente perturbano il canone dell'eguaglianza. Ogni tessuto normativo presenta, quindi, e deve anzi presentare, una "motivazione" obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai "motivi", storicamente contingenti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione: se dall'analisi di tale motivazione scaturirà la verifica di una carenza di "causa" o "ragione" della disciplina introdotta, allora e soltanto allora potrà dirsi realizzato un vizio di legittimità costituzionale della norma, proprio perché fondato sulla "irragionevole" e per ciò stesso arbitraria scelta di introdurre un regime che necessariamente finisce per omologare fra loro situazioni diverse o, al contrario, per differenziare il trattamento di situazioni analoghe».*

Nella stessa pronuncia, peraltro, la Corte esclude che siffatto giudizio di "ragionevolezza" possa però travalicare in un sindacato dell'"opportunità" della disposizione censurata: «Il controllo di costituzionalità, dovendosi per un verso saldare al generale principio di conservazione dei valori giuridici e restando comunque circoscritto all'interno dei confini propri dello scrutinio di legittimità, non può travalicare in apprezzamenti della ragionevolezza che sconfinino nel merito delle opzioni legislative, e ciò specie nelle ipotesi in cui la questione dedotta investa, come nel caso in esame, sistemi normativi complessi, all'interno dei quali la ponderazione dei beni e degli interessi non può certo ritenersi frutto di soluzioni univoche. Non può quindi venire in discorso, agli effetti di un ipotetico contrasto con il canone della eguaglianza, qualsiasi incoerenza, disarmonia o contraddittorietà che una determinata previsione normativa possa, sotto alcuni profili o per talune conseguenze, lasciar trasparire, giacché, ove così fosse, al controllo di legittimità costituzionale verrebbe impropriamente a sovrapporsi una verifica di opportunità, per di più condotta sulla base di un etereo parametro di giustizia ed equità, al cui fondamento sta una composita selezione di valori che non spetta a questa Corte operare. Norma inopportuna e norma illegittima sono pertanto due concetti che non si sovrappongono, dovendosi il sindacato arrestare in presenza di una riscontrata

Le censure mosse all'art. 8 in punto di violazione del principio di uguaglianza sono ulteriormente corroborate da una lettura "estesa" del principio di indisponibilità del tipo contrattuale, già affermato da due pronunce molto note della Corte Costituzionale⁴⁵, per la quale al legislatore non sarebbe consentito – ciò che invece avrebbe fatto con l'art. 8 – procedere ad una «polverizzazione della disciplina e quindi del tipo in una serie indefinita di contratti di lavoro "minori" o a "minore tutela", al di fuori di ogni possibile pianificazione razionale, con un ulteriore effetto di frammentazione del mercato del lavoro»⁴⁶. L'operazione di qualificazione, del resto, va letta in funzione della riconduzione di un certo rapporto ad una disciplina etero-determinata, la cui applicazione non è nella disponibilità dell'autonomia privata. Il semplice mantenimento del *nomen iuris* non varrebbe invece ad escludere la violazione del principio di indisponibilità del tipo legale, che è posto a presidio degli stessi interessi di rilevanza pubblica che presiedono all'utilizzo della norma inderogabile. Il valore "assiologico" della qualificazione sarebbe quindi contraddetto da una disposizione come l'art. 8, che affida all'autonomia privata (pure se collettiva) la scelta di quali parti della disciplina legale mantenere e quali invece rimuovere con riferimento a determinati rapporti.

Ora, posto che l'allentamento (pur sempre parziale) della protezione legale può in linea di principio anche ammettersi senza che ciò comporti, *di per sé*, alcuna violazione del principio di disponibilità del tipo – come difatti è ammesso nel caso di crisi dell'azienda, dove l'art. 4, comma 11, della legge 23 luglio 1991, n. 223, già consentiva agli accordi collettivi di variare le mansioni dei lavoratori anche in deroga

correlazione tra precetto e scopo che consenta di rinvenire, nella "causa" o "ragione" della disciplina, l'espressione di una libera scelta che soltanto il legislatore è abilitato a compiere».

⁴⁵ Il riferimento è a Corte Cost. nn. 121/1993 e 115/1994, cfr. il commento di M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit.

⁴⁶ Cfr. in particolare O. MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19 ss.; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, cit.

all'art. 2103 c.c., a fronte del riassorbimento totale o parziale dell'occupazione –, anche questa critica si risolve sostanzialmente in una censura della disposizione per violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza della legge, ulteriormente corroborata da argomentazioni connesse alle funzioni sostanziali per la quali la disciplina dei rapporti di lavoro è posta in via eteronoma e imperativa, nella direzione della eguaglianza sostanziale (intesa come parità di opportunità) sancita dal secondo comma dell'art. 3 Cost.

Trattandosi di una censura che pare, almeno *prima facie*, fondatamente argomentata (perchè trova, oltretutto, precisi riscontri anche nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale), pare opportuno verificare sin da subito se l'operazione promossa dall'art. 8 in punto di derogabilità della legge da parte dell'autonomia collettiva “di prossimità” sia da ritenersi davvero manifestamente incompatibile con i canoni di uguaglianza e ragionevolezza che devono informare l'intervento del legislatore, o se sia possibile invece rinvenire nell'art. 8 qualche elemento in grado di *ricondere la norma a sistema*, cioè di giustificare, su basi razionali, quella che diversamente dovrebbe considerarsi a tutti gli effetti una violazione (irragionevole) del principio di parità di trattamento⁴⁷. Con la ovvia

⁴⁷ Come noto, il dibattito sulla parità di trattamento nel diritto del lavoro, riaperto dalla “storica” pronuncia della Corte Cost. n. 103/1989, è stato poi chiuso dalla successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha recisamente escluso la sussistenza di un diritto soggettivo del lavoratore subordinato alla parità di trattamento: cfr., *ex multis*, Cass., sez. Unite, 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 914, nt. G. SANTORO PASSARELLI; Cass., sez. Unite, 18 maggio 1996, n. 4570, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 760, nt. L. FANTINI. E può rimandarsi, in dottrina, a R. DEL PUNTA, (voce) *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 707 ss. Non avrebbero, altrimenti, alcuna funzione reale nel sistema giuridico i divieti di discriminazione che vietano, in negativo, l'esercizio arbitrario e ingiustificato del potere datoriale (cfr. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005, p. 199 ss.).

Ma è sotto un altro profilo che il principio di parità di trattamento sarebbe “sollecitato” – secondo la dottrina citata – dall'art. 8, e precisamente in riferimento alla relazione “diretta” tra la disciplina eteronoma inderogabile e i suoi destinatari. Come si è visto, per effetto della disposizione in oggetto la disciplina eteronoma inderogabile diviene “cedevole” da parte della contrattazione di prossimità, mentre resta generalmente operante per tutti quei rapporti (tra lavoratori e imprese) che non “si assoggettano” ad intese di prossimità. In pratica, il problema della giustificazione di discipline diversificate (non tanto tra loro, ma in rapporto alla legge) si pone sia con riferimento a lavoratori che ancora godrebbero della protezione legale “piena” e lavoratori invece “assoggettati” al regime più sfavorevole della contrattazione in deroga, sia con riferimento a imprese che si avvantaggerebbero, sul piano concorrenziale, del minor costo complessivo del lavoro (derivante da un risparmio reso possibile dalla modifica del trattamento giuridico dei rapporti) e imprese che invece, per varie ragioni,

precisazione che questa rappresenta in ogni caso una *questione aperta*, sulla quale riesce difficile, allo stato, mettere un punto fermo.

Comunque la si pensi a riguardo, è chiaro che per rispondere (o anche soltanto provarci) a interrogativi di tale portata, è necessario analizzare partitamente l'art. 8, ed in particolare le condizioni che legittimano, nell'assetto delineato dalla norma, la deroga alla disciplina eteronoma imperativa. Procederemo quindi subito in tale direzione, riservandoci di ritornare poi (brevemente) sulle ulteriori questioni di legittimità costituzionale sollevate in dottrina, che risultano se non altro meno "impegnative" sotto il profilo teorico.

Concretamente, la derogabilità della legge non è incondizionata, ma è pur sempre subordinata alla presenza di quattro condizioni legittimanti: *α*) un *elemento soggettivo*, quale la sottoscrizione di un contratto collettivo, di livello aziendale o territoriale, da parte di associazioni di lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali in azienda (r.s.a. o r.s.u.); *β*) un *elemento finalistico*, tale per cui le intese devono essere dirette alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività⁴⁸; *γ*) un *ambito oggettivo predefinito*, seppur molto ampio, concidente con le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione indicate nel comma 2 e precisamente: la disciplina relativa agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie,

non potendo o non riuscendo a stipulare le intese, sarebbero così esposte ad una concorrenza "differenziale" (perchè basata su una competitività "drogata" dal diverso trattamento normativo). Così posta, quella della "parità di trattamento" è una questione che non investe – e proprio per questo non può eludersi – i rapporti *diretti* tra soggetti privati, quanto l'uguaglianza di questi stessi soggetti di fronte alla legge. Si tratta quindi di individuare una giustificazione razionale ai tanti trattamenti differenziati facoltizzati dall'art. 8.

⁴⁸ Anche se, come diremo, è da dubitarsi che queste "finalità" rivestano davvero una qualche funzione selettiva e dunque, sul piano *costituzionale*, possano assurgere a giustificazione dei trattamenti differenziati. Ma vedi *infra* nel testo.

alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale, ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro, l'orario di lavoro, le modalità di assunzione e la «disciplina del rapporto di lavoro», comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, la trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento; *δ*) un *limite esterno*, determinato dal necessario rispetto dei principi costituzionali, dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione Europea, primario e derivato, dagli obblighi internazionali (tra cui si ricomprendono *anche* le convenzioni internazionali così richiamate).

Anzitutto, stante il carattere eccezionale della disposizione⁴⁹, va subito chiarito che la carenza di anche una sola di queste condizioni legittimanti rende l'accordo di prossimità (almeno parzialmente) invalido per contrasto con norma imperativa, con quanto ne consegue in termini di caducazione delle clausole nulle e loro sostituzione con la disciplina legale⁵⁰.

⁴⁹ Ridabito anche dalla Corte Costituzionale nell'unica occasione in cui si è – sinora – occupata dell'art. 8.

⁵⁰ Ci si potrebbe poi domandare se la eventuale carenza di qualche condizione legittimante possa essere eccepita in un eventuale giudizio da un lavoratore iscritto a una associazione sindacale firmataria (anche per tramite di una sua rappresentanza in azienda) dell'accordo che deroga *alla legge*. Istantivamente si protrebbe rispondere negativamente, avendo presente le dinamiche interne all'ordinamento sindacale, dove l'iscrizione del lavoratore rende a lui generalmente opponibile il contratto aziendale anche derogatorio – cfr. Cass. 10353/2004 cit. –. Nella fattispecie, però, si tratterebbe di una deroga (in ipotesi invalida, e comunque non sanata dalla firma dell'associazione sindacale di appartenenza) ad una disciplina *legale*, e non di un semplice contrasto tra due negozi di autonomia privata collettiva, risolvibile alla stregua delle ordinarie regole privatistiche. Parrebbe quindi doversi rispondere *positivamente*, sebbene si tratti di un profilo – tutt'altro che secondario sotto l'aspetto del contenzioso – oggettivamente abbastanza incerto e comunque inedito.

Per quanto concerne i limiti individuati dal comma 2-*bis*, ne tratteremo nel prossimo paragrafo, cercando di fornire alcune indicazioni metodologiche sul punto. Si tratta comunque di un profilo che non contribuisce a fare chiarezza in merito alla questione della (eventuale) violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, sia perchè la questione si pone, a monte, con riferimento alla stessa possibilità di differenziazione del trattamento giuridico, sia perchè, come vedremo, la disposizione contenuta nel comma 2-*bis* non aggiunge *assolutamente nulla* a quanto si sarebbe già dovuto desumere (in punto di limiti alle deroghe) dall'intero sistema.

Quanto ai soggetti firmatari, si tratta di un punto di grande debolezza della disposizione. Per le ragioni più sopra esposte, sembra infatti molto difficile attribuire un qualche valore positivo alla “selezione” di soggetti sindacali operata dal comma 1. Peraltro, si è subito posta la questione se il “criterio maggioritario” contenuto nella disposizione debba valere solamente ai fini dell'estensione *ultra partes* dell'accordo o costituisca piuttosto una condizione necessaria anche per poter operare in deroga alle norme di legge⁵¹. Se si accoglie la prima interpretazione, l'eventuale “derogabilità” della legge con riferimento ad ogni singolo rapporto individuale regolato dal contratto, discenderà automaticamente dall'appartenenza del lavoratore interessato al sindacato firmatario (sempre che siano rispettati gli altri requisiti: vedi la nota precedente). Il rispetto del criterio maggioritario potrà risultare funzionale, semmai, all'estensione del contratto ai lavoratori non sindacalizzati o aderenti ad associazioni non firmatarie⁵². Accogliendo l'interpretazione più restrittiva, invece, occorrerebbe *sempre* rifarsi ai criteri e alle regole previste dagli Accodi

⁵¹ Per la prima soluzione sembrerebbero propendere A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva?*, cit., p. 7; A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., p. 973, anche se nell'ambito di una riflessione in ordine alle derogabilità al CCNL; per la seconda R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, p. 23; L. PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, cit., p. 8.

⁵² Lasciando da parte tutti i problemi di ordine costituzionale di cui abbiamo trattato in altra sede circa l'estensione *ultra partes* del contratto di prossimità.

Interconfederali vigenti, ai quali la disposizione si richiama, per accertare *la stessa validità* dell'accordo in deroga *anche* sulla base del rispetto del criterio maggioritario. Dal momento che in questa ipotesi tale elemento costituirebbe una condizione legittimante le deroghe, in un eventuale giudizio il relativo onere della prova incomberebbe (ovviamente) sul soggetto interessato ad opporre la validità dell'accordo, cioè l'imprenditore. Con tutte le difficoltà del caso qualora il giudizio fosse proposto, magari ad un certa distanza di tempo dalla stipulazione di un accordo, e questo non recasse (in ipotesi) la firma di un soggetto riconducibile ad una sigla sindacale particolarmente rappresentativa nell'azienda interessata. In ogni caso, qualora il requisito maggioritario fosse davvero interpretato come condizione legittimante la deroga alla norma di legge, questo potrebbe concludersi, senza timore di poter essere facilmente invalidato, solamente previo rigoroso e *documentato* accertamento della "maggiore rappresentatività complessiva" dei soggetti firmatari.

I profili dell'art. 8 che invece paiono poter offrire qualche spunto utile alla verifica della ragionevolezza della norma, riguardano invece l'elemento finalistico e l'ambito oggettivo delle possibili deroghe. Partiamo dalle "finalità".

Diciamo subito che a questo proposito si sono formati due opposti orientamenti. Una prima interpretazione⁵³ svaluta le "finalità" indicate dalla legge

⁵³ Questa posizione è sostenuta tra gli altri da A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva?*, cit., p. 7; T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, cit., p. 635; ma in senso dubitativo, ID., *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, cit., p. 4; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, cit., p. 464; U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, p. 545; R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 47; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, cit., p. 550; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, cit., p. 23; "perplessa" è la posizione di M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., pp. 44-45, il quale, pur partendo dalla premessa della assoluta genericità delle finalità, ventila la possibilità di una «verifica di tipo almeno formale da parte dei giudici» dal momento che la tipizzazione per legge delle finalità che devono essere perseguite dall'accordo derogatorio sarebbe «assai rilevante anche per fugare i dubbi di legittimità costituzionale dell'articolo 8 sollevati con riferimento all'articolo 3 Cost.». Ci si domanda allora quale sarebbe il significato di una «verifica formale» avente ad oggetto – si immagina – la mera specificazione della finalità nel testo dell'intesa, non bastando evidentemente un rinvio "formale", avulso dalla realtà "sostanziale", a fugare siffatti dubbi di legittimità costituzionale.

alla stregua di una «generica premessa» delle intese; queste “finalità” sarebbero talmente ampie e tra loro eterogenee da risultare praticamente inidonee a svolgere una qualche funzione “selettiva” o “legittimante” delle intese⁵⁴. A ben vedere, nelle ricostruzioni dottrinali sinora offertene questa interpretazione così riduttiva dell’elemento finalistico o risulta “strumentale” all’esclusione del sindacato giudiziale sui contenuti delle intese di prossimità⁵⁵, oppure corrobora quelle censure mosse all’art. 8 sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza⁵⁶.

Secondo un diverso orientamento⁵⁷, l’elemento finalistico potrebbe invece essere sottoposto all’eventuale sindacato giudiziale, in ragione della “funzionalizzazione” dell’autonomia privata operata dall’art. 8; non senza il rischio, da più parti ventilato⁵⁸, che il controllo del giudice possa così sconfinare,

⁵⁴ Del resto, anche nell’ultima ciclopica riforma del mercato del lavoro promossa nel 2012 – ci riferiamo ovviamente alla c.d. legge Fornero – secondo uno stile che sembra “copiato” dalle direttive europee, il legislatore non manca di precisare continuamente finalità e obiettivi delle nuove norme: un “vezzo” – tra l’altro ingiustificato visto che a differenza della direttiva, che è un atto derivato, la legge non “deriva” la sua forza da alcuna “base giuridica” che non sia la Costituzione – che nulla aggiunge in realtà al significato precettivo delle disposizioni sostanziali.

⁵⁵ Vedi in questo senso A. VALLEBONA, *ult. op. cit.* Ne tratteremo *infra*.

⁵⁶ Vedi ad esempio T. TREU, *L’accordo 28 giugno 2011 e oltre*, cit. In questo senso rilevano l’assoluta genericità delle “finalità”, proprio nell’ottica di una censura dell’art. 8 sotto il profilo della violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, anche A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d’agosto” del diritto del lavoro*, cit., p. 28 ss., i quali Autori peraltro ritengono comunque possibile un sindacato giudiziale esteso anche agli obiettivi delle intese, non tanto le finalità astrattamente individuate dalla legge in modo così generico, quanto piuttosto le finalità “concrete” specificate nell’accordo derogatorio delle disposizioni di legge. Ne diremo oltre.

⁵⁷ Cfr. in particolare A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d’agosto” del diritto del lavoro*, cit., p. 41 ss.; A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, cit., p. 486-489; M. DEL CONTE, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro*, cit., p. 32; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., p. 1171; R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull’art. 8 della manovra d’agosto*, p. 1; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 378; G. SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, cit., p. 1243; S. MATTONE, *Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art. 8 l. n. 148/2011*, cit., pp. 454-455; A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., p. 6 ss.; L. PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, cit., pp. 7-10.

⁵⁸ Cfr. in particolare A. GARILLI, R. ROMEI, F. CARINCI, *ult. op. loc. cit.* Per contro, pure avvertito è il rischio che il giudice, di fronte alla «estrema difficoltà nell’effettuare il controllo sulla congruenza tra obiettivi da raggiungere e strumenti utilizzati», sia indotto a «“deresponsabilizzarsi”, evitando di prendere qualsiasi decisione e rimettendosi semplicemente alle scelte dei soggetti contraenti»: A. PERULLI-V. SPEZIALE, *ult. op. cit.*, p. 42. Gli Autori richiamano in particolare l’ormai consolidato

indebitamente, nel merito delle scelte operate dall'autonomia collettiva, proprio in ragione della "funzionalizzazione" degli accordi in deroga agli obiettivi così genericamente indicati dalla legge⁵⁹.

Dell'ambito del sindacato giudiziale tratteremo oltre. Si tratta del resto di un altro profilo sul quale è pressochè impossibile, allo stato, rinvenire punti fermi. V'è da rilevare, però, come l'orientamento in parola non disconosca affatto il carattere generico ed omnicomprensivo di queste finalità. Ed anzi, le opinioni che si attestano su tale posizione non sembrano rinvenire in questa (presunta) "funzionalizzazione" dell'autonomia collettiva aziendale un elemento veramente idoneo ad immunizzare l'art. 8 dalle probabili censure per violazione dei canoni di uguaglianza e ragionevolezza⁶⁰.

Un esame puntuale dei sintagmi utilizzati dal legislatore⁶¹ conferma quest'ultima obiezione. Non solo le finalità indicate dal primo comma, già

orientamento giurisprudenziale in tema di licenziamento collettivo, dove i giudici del lavoro non sindacano mai le causali economiche del recesso, affidate al controllo delle parti sociali nell'ambito della procedura collettiva.

⁵⁹ Il che non sarebbe evidentemente consentito in base al principio generale della libertà di impresa, che per il "combinato disposto" dei tre commi dell'art. 41 Cost. tollera limitazioni e controlli, sotto il profilo della rispondenza dell'iniziativa economica all'utilità sociale, solo da parte della legge. Cfr. in giurisprudenza, *ex multis*: Cass. 12 agosto 2009, n. 18247, in *Arg. dir. lav.*, 2010, II, p. 531, nt. A. LIMA; Cass., 15 aprile 2005, n. 7838, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 11, p. 839, nt. P. PIZZUTI, a proposito del sindacato giudiziale sulla giusta causa di licenziamento. Un principio generalmente accolto dalla giurisprudenza e ribadito anche dal legislatore nell'art. 30, comma 1, legge n. 183/2010, poi ulteriormente integrato dall'art. 1, comma 42, legge n. 92/2012, che, nella versione attuale recita: «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto». Cfr. in proposito M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 114/2011.

⁶⁰ E sul punto possiamo rinviare, per tutti, all'articolata ricostruzione proposta da A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, cit., pp. 23-33 e 41-43.

⁶¹ Lo propone V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, cit., pp. 142-148.

singolarmente considerate, si prestano a letture tali da eccitare, anzichè smentire, le censure mosse all'art. 8 sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza⁶², quando non si caratterizzano per un'assoluta vaghezza semantica che le rende di per sè inidonee a ritagliare una fattispecie concreta nella categoria indistinta degli atti di autonomia privata collettiva⁶³. Forse solo la «gestione di crisi aziendali e occupazionali» e gli «incrementi di competitività e di salario» possono ritenersi esenti da censure sotto il profilo della precisione semantica, se non altro perchè rinviano a dei dati empirici – la crisi aziendale o l'incremento della competitività o del salario⁶⁴ – oggettivamente verificabili.

Qui potrebbe obiettarsi come all'ampiezza delle singole finalità indicate in astratto dal legislatore dovrebbe comunque fare riscontro una specificazione concreta da parte dell'autonomia collettiva, seguendo un ragionamento parallelo a quello che presiede alla specificazione delle “causali oggettive” necessarie all'apposizione del termine o al ricorso alla somministrazione a tempo determinato. Un'obiezione certamente pertinente ove si ragioni sul piano della legittimità della *singola intesa* rispetto alla legge, ma che non tiene se si ragiona in termini di ragionevolezza dell'operazione *complessiva* realizzata dall'art. 8, sul piano costituzionale.

Ma poi, è l'*eterogeneità* delle finalità indicate che le rende, *tutte insieme*, inidonee a giustificare le disparità di trattamento. Dalla crisi aziendale all'avvio di nuove attività, dalla partecipazione dei lavoratori alla emersione del lavoro

⁶² Si pensi alla «emersione di lavoro irregolare» quando l'irregolarità consista nella scorretta qualificazione dei rapporti di lavoro che le intese si prefiggono di “sanare” anche temporaneamente (vedasi i contratti Golden Lady o Enaip Veneto), praticando così un *dumping* sul mero costo del lavoro che nulla ha a che vedere con l'organizzazione produttiva. O alla «maggiore occupazione» se la deroga si ripercuota sulle condizioni di lavoro dei soli neo assunti. Per non parlare degli «investimenti e avvio di nuove attività», se si intenda veicolare l'idea che l'avvio di una nuova attività giustifichi *di per sè* deroghe alla disciplina del lavoro (a discapito poi delle attività concorrenti già avviate).

⁶³ La «qualità dei contratti di lavoro», la «partecipazione dei lavoratori»: formule “esoteriche” prive di qualsiasi funzione selettiva e qualificatoria.

⁶⁴ Dove però la «produttività» non venga riferita al rapporto tra valore del prodotto e costo del lavoro (altrimenti per logica non potrebbe aumentarsi il salario), ma ad esempio alla saturazione degli impianti derivante da un aumento orario del lavoro (compensato con un aumento retributivo percentuale).

irregolare, dall'incremento della produttività al miglioramento dei contratti di lavoro, praticamente potrebbe dirsi *sempre e comunque* consentito derogare alla legge sol che si ottenga una “firma” di soggetti sindacali non proprio “improvvisati”, non si oltrepassino gli stessi limiti che nemmeno la legge potrebbe superare, e si rimanga in un ambito di materie che supera abbondantemente il 50% della disciplina del rapporto individuale di lavoro. Insomma, l'elemento finalistico altro non è, tutto insieme considerato, che un contenitore vuoto riempibile a piacimento secondo la fantasia e la creatività (ma questa, in termini giuridici, non è una virtù bensì un *arbitrio*) delle parti (leggasi, della parte datoriale: perchè non sfugge chi sia il soggetto che “guadagna” dalle intese e chi ci “perde”: e qui torniamo al valore “assiologico” della qualificazione e della inderogabilità della disciplina eteronoma).

Posto dunque che non è nelle “finalità” che può ricavarsi una qualche giustificazione alle disparità di trattamento legittimate dall'art. 8, non resta che avventurarci nel campo delle “materie”.

Va anzitutto precisato che si tratta di un elenco di materie assolutamente *tassativo*⁶⁵, ed inoltre, visto il carattere eccezionale della disposizione, anche i singoli ambiti di possibile intervento da parte della contrattazione in deroga, indicati talvolta in modo piuttosto vago e tecnicamente impreciso – cosa si intende per «disciplina del lavoro» o «introduzione di nuove tecnologie»? – non saranno passibili di alcuna estensione analogica. Nella prossima sezione proporrò un'analisi sistematica dei possibili “spazi di manovra” liberati dall'art. 8 a favore della contrattazione di prossimità, ragionando sui limiti derivanti dai principi costituzionali e dai vincoli discendenti dal diritto dell'Unione Europea e internazionale. Per adesso possiamo solo evidenziare come in dottrina siano sorte molte incertezze sulla portata da assegnare all'espressione «conseguenze del recesso». Una lettura apparentemente

⁶⁵ Tanto ha stabilito la Corte Costituzionale nella sentenza resa a riguardo dell'art. 8. Ma già il tenore letterale della disposizione – diversamente dalla versione originaria contenuta nel decreto – non dava adito a dubbi a riguardo.

molto rigorosa la circoscrive a quegli istituti che sono da considerarsi “tecnicamente” conseguenze del recesso, ovvero sia il preavviso e il trattamento di fine rapporto⁶⁶; mentre una diversa interpretazione, che fa leva sul riferimento, contenuto nella stessa disposizione, ad alcune ipotesi di licenziamento illegittimo (che vengono espressamente escluse dall’ambito di intervento della contrattazione di prossimità, tra cui si segnala, in particolare, il licenziamento discriminatorio) propende per l’inclusione delle conseguenze di *tutte le altre ipotesi* di licenziamento anche illegittimo⁶⁷. Di certo la contrattazione di prossimità *non* potrà sconfinare dalle *conseguenze del recesso*, comunque individuate, ad esempio intervenendo sulle *causali* o sulle *procedure* del licenziamento: queste ultime rimangono sicuramente prerogative legali.

Ragionando però in termini più generali, anche le materie oggetto delle possibili deroghe sembrano, a prima vista, dare vita ad un magma eterogeneo e indistinto. L’unico profilo che permette di fornire una chiave di lettura univoca dell’elemento oggettivo e di ricondurlo ad un presupposto unitario, può forse essere ravvisato nel riferimento alla «organizzazione del lavoro e della produzione» che precede, nel comma 2, l’elenco degli istituti la cui disciplina sarebbe suscettibile della “micro-regolazione” da parte della contrattazione “di prossimità”. Il comma 2 individua infatti i confini esterni entro cui può muoversi la contrattazione di prossimità, rispettando poi i limiti imposti alla stessa legge dello Stato dalle fonti

⁶⁶ La tesi è stata originariamente avanzata da A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, I, p. 21; vedi anche R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 49.

⁶⁷ Questa seconda interpretazione, che sembra più aderente al testo (e che sicuramente è aderente alla “finalità” dell’ex Ministro Sacconi: aggirare l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori) trova maggiori riscontri in dottrina. Cfr. A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 511; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell’articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 53; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 377; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d’agosto” del diritto del lavoro*, cit., p. 53; C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., pp. 406-408; R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall’art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 337.

sovraordinate. In questo ambito di materie, astrattamente individuate dal legislatore, le deroghe introdotte dalla contrattazione di prossimità dovranno poi risultare, però, *concretamente funzionali e rispondenti alle esigenze derivanti dall'organizzazione del lavoro e dell'attività produttiva del contesto cui si riferisce l'intesa*, in una con la *ragione aziendale* che l'art. 8 indubbiamente si propone di liberare. In altre parole, la contrattazione di prossimità non potrà peggiorare indiscriminatamente il trattamento normativo e contrattuale dei lavoratori, sol che sia rispettato il livello minimo di protezione imposto dall'Unione Europea, dalla Costituzione o dal diritto internazionale del lavoro⁶⁸. Le intese di prossimità potranno invece introdurre una regolamentazione particolare «*anche in deroga (in peius)*»⁶⁹ alla disciplina di legge e del contratto collettivo nazionale applicato all'impresa, che risulti però chiaramente connessa alle specifiche esigenze del contesto produttivo. Insomma, se si vuole recuperare all'operazione di “prossimizzazione” delle fonti ai rapporti regolati promossa dall'art. 8, un significato coerente (o almeno *non manifestamente contrastante*) con il principio di ragionevolezza che regge tutto il sistema, la facoltà di deroga alla legge (e al CCNL) che la disposizione introduce dovrà ritenersi *sempre* riconducibile (e subordinata) ad una *esigenza di carattere organizzativo o produttivo* (ovvero una “causale”) ravvisabile nel contesto di riferimento e tale da far ritenere “ragionevole” la diversificazione (anche peggiorativa) del trattamento legale⁷⁰.

⁶⁸ Proprio perchè, in tal caso, dovrebbe ritenersi sicuramente mancante, nell'art. 8, quella “causa” o “ragione” legale (della differenziazione di trattamento) che sta alla base della “razionalità” cui la legge deve pur sempre ricondursi sulla base del principio di ragionevolezza: cfr. Corte Cost. 89/1996 sopra citata.

⁶⁹ Sebbene quello visualizzato dal legislatore sia, come detto, un contratto collettivo (aziendale) dal contenuto tendenzialmente ablativo di diritti assicurati dalla legge o dalla contrattazione nazionale – altrimenti non vi sarebbe esigenza di assicurarne in via eteronoma l'efficacia *ultra partes*, cfr. A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit. – nulla vieta che nell'ambito delle stesse intese le deroghe sotto un particolare profilo della disciplina di un istituto del rapporto siano scambiate con un trattamento migliorativo sotto un altro ambito. È certo però che, almeno in tempi di crisi, l'art. 8 si presta ad un utilizzo esclusivamente (ed anche pesantemente) derogatorio degli standard legali e contrattuali nazionali, come dimostrano del resto le intese sinora rese pubbliche di contratti “di prossimità”.

⁷⁰ V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, cit., p. 158, equipara questa valutazione ad un giudizio sul «giustificato motivo oggettivo».

Diversamente, qualora l'art. 8 si ritenesse facoltizzare una *qualsiasi* modifica agli standard legali, secondo il mero *arbitrio* dei soggetti firmatari delle intese⁷¹, le censure mosse alla disposizione sul presupposto della irragionevole violazione del principio di uguaglianza di fronte alla legge⁷², sarebbero da ritenersi molto probabilmente *fondate*⁷³. Questo per l'assorbente ragione per la quale ai soggetti privati non è concesso *disporre a proprio arbitrio* del trattamento legale che rimane invece obbligatorio e vincolante per altri⁷⁴.

Se allora la “ragione aziendale” di cui l'art. 8 si fa “portavoce” deve ragionevolmente circoscriversi ad un “giustificato motivo oggettivo”, consistente in un'esigenza tecnica legata all'organizzazione del lavoro o della produzione, si comprende come gli spazi e gli ambiti delle deroghe “aperti” alla contrattazione di prossimità siano in realtà circoscritti a quel contesto organizzativo e produttivo di riferimento. Per tornare all'esempio delle «conseguenze del recesso», non solo si intuisce istintivamente la ragione dell'esclusione (espressa) del licenziamento *discriminatorio*, ma è proprio da escludersi che le intese *ex art. 8* possano incidere sul trattamento giuridico delle conseguenze del licenziamento *illegittimo*: questo consiste precisamente in atto del potere datoriale esercitato al di fuori delle prerogative legali, che nulla ha a che vedere, evidentemente, con una ragione tecnica od organizzativa, ma semmai è stato esercitato *in carenza* di tale presupposto. Al contrario, potrebbe invece stabilirsi, una volta per tutte, la facoltà della parte recedente di esercitare il recesso (in presenza dei presupposti legali) con effetto immediato dietro pagamento dell'indennità di mancato preavviso.

⁷¹ Ma, verrebbe da dire, il mero arbitrio *datoriale*.

⁷² Inderogabilmente sancito dall'art. 3, comma 1, Cost.

⁷³ Anche alla luce dei pesanti effetti distorsivi della concorrenza tra imprese, ben descritti da A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d'agosto” del diritto del lavoro*, cit., v. in particolare p. 23 ss.

⁷⁴ E qui rimandiamo alle osservazioni già sopra riportate di F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, cit., p. 496.

Non sfugge che una siffatta interpretazione avrebbe delle notevoli implicazioni sul sindacato giudiziale delle singole intese, mentre per contro permetterebbe di circoscrivere meglio il significato, altrimenti totalmente indecifrabile, delle “finalità” indicate nel comma 1. “Finalità” che corrispondono dunque ad altrettante “causali”: da leggersi dunque in “continuità” con le esigenze organizzative e produttive dell’azienda richiamate dal comma 2 della disposizione. Non si vede, altrimenti, come recuperare all’art. 8 un significato compatibile con il sistema.

Ciò detto, e riservandoci di tornare più oltre sul sindacato giudiziale (che, si precisa, si pone su un piano diverso rispetto alla valutazione di legittimità costituzionale dell’art. 8 nella parte in cui prevede la derogabilità della legge ad opera della contrattazione di prossimità), possiamo passare brevemente in rassegna, per completezza, gli ulteriori profili sotto cui l’art. 8 potrebbe presentare – almeno secondo le ricostruzioni proposte sinora – dei profili di illegittimità costituzionale.

Anzitutto, l’art. 8 violerebbe il comma 2, lett. *m*) dell’art. 117 Cost. nella misura in cui non sarebbe più garantita la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti ... sociali che devono essere garantiti [dalla legislazione dello Stato] su tutto il territorio nazionale»⁷⁵. Anche questa censura si ricollega, però, alla lesione più generale dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, per cui possiamo rimandare a quanto detto sopra.

E così pure, l’art. 8 invaderebbe lo spazio riservato alle autonomie regionali, tanto sotto il profilo della competenza legislativa, tanto sotto il profilo del più complessivo coinvolgimento delle amministrazioni regionali nell’apprestamento delle tutele e dei servizi sociali, anche alla luce del principio di sussidiarietà verticale affermato dall’art. 120 Cost.⁷⁶. Sul punto si è già espressa la Corte Costituzionale,

⁷⁵ Cfr. in particolare A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 485 ss.; E. ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”. Le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP-CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, n. 134/2011, in particolare p. 25 ss.

⁷⁶ Vedi E. ALES, *ult. op. cit.*

che, richiamando la pregressa giurisprudenza in materia di riparto di competenze tra Stato e Regioni nella regolazione dei rapporti di lavoro, ha rigettato un ricorso proposto in via diretta dalla Regione Toscana⁷⁷, sulla base della (conclusiva) argomentazione per cui nessuna delle materie ricomprese dall'art. 8 atterrebbe alle competenze regionali.

Infine, sempre con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., l'art. 8 viene criticato sotto il profilo per cui non garantirebbe nemmeno il rispetto, da parte dello Stato italiano, dei vincoli derivanti dall'attuazione uniforme, su tutto il territorio nazionale, delle direttive comunitarie, in adempimento dell'art. 153.3 TFUE; la disposizione, infatti, rimetterebbe alle parti sociali di livello decentrato la facoltà di rimuovere *anche* disposizioni di legge emanate in adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione Europea⁷⁸. Sempre in rapporto al diritto dell'Unione, proprio a causa del necessario coinvolgimento delle istanze sindacali nella deroga alla legge (ed alla contrattazione collettiva di livello) nazionale, l'art. 8 solleverebbe grossi problemi di compatibilità con il principio di libera concorrenza nel mercato unico⁷⁹. Senza poi dimenticare le implicazioni giuridiche della clausola di non regresso, la quale dovrebbe radicalmente impedire la modifica *in peius* della

⁷⁷ Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 903, nt. M. COVI.

⁷⁸ Cfr. in particolare M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 381; A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, cit., pp. 93-95; F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 493 ss.

⁷⁹ F. SCARPELLI, *op. loc. ult. cit.*; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., pp. 153-156, il quale rileva in particolare come l'art. 8 potrebbe non essere conforme ai principi dettati dalla Direttiva 96/71/CE (recepita dal d. lvo. n. 72/2000), nella misura in cui la possibilità di derogare alla legge (ed ai contratti collettivi nazionali) sarebbe *di fatto* negata (stanti i requisiti soggettivi previsti dall'art. 8 per la conclusione degli accordi di prossimità) alle imprese straniere operanti in Italia attraverso propri lavoratori distaccati. L'A. richiama in particolare la sentenza della Corte di Giustizia Europea, 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construcoes*, in base alla quale ove la legge riconoscesse la facoltà di derogare alle condizioni legali e contrattuali generalmente applicabili dovrebbe estendere tale possibilità anche agli operatori economici stranieri, pena una violazione del principio di parità di trattamento tra imprese di diversa nazionalità.

disciplina protettiva dei lavoratori assicurata nel diritto interno, almeno nelle materie in cui siano intervenute direttive sociali dell'Unione⁸⁰.

La compatibilità dell'art. 8 con i principi e i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione investe in effetti questioni molto complesse e di non immediata soluzione, anche perché dal diritto dell'Unione, di cui è parte integrante la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sembra molto difficile ricavare indirizzi ed orientamenti sicuri ed univoci, forse anche a causa della non uniforme "ispirazione" delle direttive e delle modifiche ai Trattati succedutesi nel corso del tempo; anche considerando, poi, come tra le stesse istituzioni comunitarie sembrano manifestarsi attriti quanto a priorità e linee d'intervento⁸¹.

A ben vedere il comma 2-*bis* dell'art. 8, con una puntualizzazione in realtà del tutto superflua alla luce del disposto dell'art. 117, comma 1, Cost., fa salvi tra l'altro i «*diritti derivanti dalle normative comunitarie*». Ora, al di là dell'evidente imprecisione terminologica – la Comunità europea non esiste più almeno a far data dal 1° dicembre 2009, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando è stata sostituita dall'Unione Europea – il legislatore ha voluto chiaramente *escludere* che le intese di prossimità possano in qualsiasi modo incidere su diritti e tutele derivanti dall'applicazione del diritto dell'Unione (diretta o mediata da disposizioni interne di recepimento). Tra l'altro, il riferimento anodino alle «*normative comunitarie*» va esteso a tutto il complesso del diritto dell'Unione, tanto primario, quanto derivato, tenendo presente anche i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che

⁸⁰ A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, loc. cit.

⁸¹ Possiamo rinviare sotto questo profilo alla documentata analisi di D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, relazione alle giornate di studio dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (AIDLASS), svoltesi a Parma dal 4 al 5 giugno 2010, sul tema «Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico», ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 509 ss.; della medesima A. vedi anche, con riferimento specifico all'art. 8, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 521 ss.

ha assunto (finalmente) pieno valore giuridico al pari dei Trattati. Non pare poi accoglibile la tesi secondo cui le intese di prossimità potrebbero considerarsi “direttamente attuative” delle direttive comunitarie. Nel nostro ordinamento all’attuazione degli obblighi imposti dalle direttive provvede, anche in materia sociale, direttamente il Parlamento, tramite lo strumento della c.d. legge comunitaria recentemente rivisitata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234⁸².

Quanto ai vincoli imposti dalle clausole di non regresso, presenti in molte direttive, è pure vero che secondo la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia le stesse assumono valore prettamente giuridico, dovendosi rapportare oltretutto al livello di protezione pregresso non solo la prima normativa che attua la direttiva, ma anche ogni successiva modifica della medesima disciplina⁸³. Pare però che le stesse non impediscano *in assoluto* una modifica, anche peggiorativa, della disciplina interna, purchè *giustificata* e nel limite (qui rispettato) degli standard minimi comuni. Ora l’art. 8, nella lettura da noi proposta, subordina le modifiche alla disciplina legale (limitate comunque ad un determinato contesto produttivo) ad una precisa ragione organizzativa o produttiva, passibile di controllo da parte di un organo giurisdizionale. Pare dunque che, almeno in linea generale e stando in termini giuridici – la valutazione politica è tutt’altra –, la disposizione non confligga con il principio comunitario del non regresso *riferito al recepimento degli atti normativi dell’Unione*. Una risposta più puntuale potrà darsi solamente analizzando le singole direttive.

Per quanto concerne, infine, le possibili violazioni delle disposizioni della Direttiva 96/71/CE sul distacco transnazionale, trasposta nel nostro ordinamento dal d. lvo. 25 febbraio 2000, n. 72, queste paiono, invece, sussistere. Non rimane quindi

⁸² Che ne ha previsto lo sdoppiamento in due distinti provvedimenti: la legge di delegazione europea, che contiene le disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive comunitarie, e la legge europea, che contiene disposizioni volte, più in generale, a garantire l’adeguamento dell’ordinamento interno all’ordinamento europeo anche attraverso modifiche normative.

⁸³ Vedasi in particolare Corte Giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, cit.

che attendere un pronunciamento in merito da parte della Corte di Giustizia, anche se, alla luce della giurisprudenza pregressa, è possibile prevedere che la Corte di Lussemburgo non richiederà di rimuovere la facoltà di derogare al diritto interno prevista dall'art. 8, quanto piuttosto di renderla "fruibile" anche agli operatori stranieri che intendono distaccare lavoratori in Italia senza impiantarvi una "impresa" di diritto italiano⁸⁴.

L'ultimo profilo che affrontiamo in questa sede, che trae evidentemente la logica conseguenza dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 8 sopra proposta, riguarda, come anticipato, il sindacato giudiziale.

Volendo iniziare anche qui dalle coordinate generalissime, ribadiamo subito come l'eventuale accertamento negativo della legittimità *della singola intesa* in rapporto alla legge non si tradurrà in una censura dell'art. 8 per violazione del principio di uguaglianza⁸⁵, ma, come è ovvio, nella declaratoria di nullità dell'atto datoriale con il conseguente "ripristino" della disciplina generale⁸⁶.

Naturalmente, il controllo giudiziale sull'esistenza in concreto delle condizioni legittimanti non potrà che procedere dai contenuti dell'accordo di prossimità. E considerato che, in applicazione dell'ordinario regime di onere della prova, sarà il datore a dover provare, in caso di contestazione, la sussistenza dei requisiti che legittimano lo scostamento dalla disciplina generale, il testo dell'accordo dovrebbe riportare tutte le indicazioni (a cominciare dalla effettiva consistenza rappresentativa dei rappresentanti dei lavoratori firmatari) utili a suffragare la presenza di tali presupposti, pur non potendosi escludere, in linea di principio, che la prova possa essere fornita anche nel corso del giudizio⁸⁷.

⁸⁴ Con quali accorgimenti tecnici però non è facile immaginarlo, visto che nell'art. 8 la derogabilità delle norme di legge viene veicolata precisamente dal coinvolgimento delle rappresentanze sindacali e dalla loro sottoscrizione di intese di prossimità.

⁸⁵ Profilo che resterebbe assorbito dalla "specificazione causale" della deroga.

⁸⁶ Essendo in ipotesi l'atto fondato su un accordo nullo perchè contrastante con norma imperativa di legge. E qui possiamo rinviare al secondo Capitolo del presente lavoro.

⁸⁷ Vero, infatti, che la giurisprudenza non sembra (più) imporre vincoli formali per la validità del contratto collettivo e che nemmeno la disposizione ne prevede nello specifico. Certo è stridente

Quanto poi all'estensione del (possibile) sindacato giudiziale, in linea di principio *si esclude* – ed è forse l'unico punto sul quale si riscontra l'unanime consenso della dottrina – che questo possa tradursi in una valutazione *di merito* sui contenuti dell'accordo: in altre parole, al giudice non sarebbe mai consentito, per rispetto del principio dell'autonomia privata di cui all'art. 41 Cost., *sostituire* la propria valutazione sulla "opportunità" dell'accordo con quella datane dalle parti stipulanti⁸⁸. Non si rinvengono però opinioni unanimi sugli elementi che, *in positivo*, potrebbero essere ricompresi in questo giudizio. Non c'è dubbio che la qualità dei soggetti stipulanti (e come abbiamo visto, per alcuni Autori, anche il rispetto del criterio maggioritario), il rispetto dell'ambito oggettivo delle materie (che dovrà sempre essere rapportato, come detto, ad un'esigenza organizzativa o produttiva del contesto di riferimento) e dei limiti imposti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione Europea e dal diritto internazionale del lavoro, possano senz'altro essere scrutinati. Il vero nodo sono invece le "finalità" indicate dal comma 1.

È ormai invalso, tra la maggior parte dei commentatori dell'art. 8, parlare di "funzionalizzazione" dell'autonomia privata⁸⁹, alludendo con questa espressione alla necessità che le singole intese siano dirette alla realizzazione di uno o più obiettivi (tra quelli indicati nel comma 1); con la conseguenza che su tale "rispondenza" potrà poi incentrarsi il controllo del giudice⁹⁰. Letteralmente tale interpretazione pare

l'incongruenza tra l'art. 8 e la disciplina degli accordi gestionali *ex l. n. 223/1991*: oltre a non imporre alcun requisito formale per la validità dell'accordo in deroga, l'art. 8 non prevede nemmeno requisiti procedurali idonei a garantire il coinvolgimento e la effettiva valutazione, da parte dei rappresentanti dei lavoratori, della convenienza della intesa in rapporto alla situazione aziendale. Un ulteriore argomento che depona a favore del sindacato giudiziale *sulla legittimità* della singola intesa.

⁸⁸ Secondo un principio fatto proprio anche dalla giurisprudenza della Cassazione sopra citata a proposito della valutazione della sussistenza dei presupposti del licenziamento e ribadito dall'art. 30, comma 1, legge n. 183/2010.

⁸⁹ Vedasi per tutti F. CARINCI, A. PERULLI-V. SPEZIALE, A. GARILLI, R. ROMEI, *op. loc. citt.*

⁹⁰ Mentre, come abbiamo visto, un opposto orientamento svaluta il requisito finalistico, con ciò escludendosi, per logica, qualsiasi sindacato in merito. E così cfr. A. VALLEBONA, T. TREU, *op. loc. citt.* Del tutto particolare, come detto, la posizione di A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, cit., v. in particolare pp. 23-33 e 41-43.

fondata, perchè il comma 1 dell'art. 8 recita precisamente «specifiche intese ... finalizzate...» e segue l'elenco delle finalità che abbiamo già esaminato. In questo ordine di idee si distingue in particolare una elaborata ricostruzione⁹¹ secondo la quale gli accordi di prossimità dovrebbero assoggettarsi, sotto il profilo finalistico, ad un triplice ordine di controlli. Un primo aspetto, definito «valutazione di razionalità in astratto», riguarderebbe la pertinenza del mezzo impiegato rispetto al fine selezionato (si fa l'esempio della riduzione di orario rispetto all'incremento occupazionale), da condursi «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento dell'interesse sotteso». Un secondo elemento del giudizio dovrebbe poi riguardare i concreti risultati raggiunti, c.d. «valutazione di razionalità in concreto», e sotto questo profilo potrebbe venire in gioco – per escludere la legittimità della deroga – «la manifesta insufficienza del mezzo rispetto al fine perseguito, o l'*aberratio ictus* e l'eterogenesi di fini, laddove la contrattazione di prossimità raggiunga risultati diversi e contraddittori rispetto a quelli predeterminati dalla legge». Infine, un terzo passaggio, c.d. «giudizio di necessità e bilanciamento», atterrebbe alla verifica dell'uso dello strumento «più mite» tra tutti quelli astrattamenti utilizzabili per il raggiungimento dell'obiettivo indicato (e qui si fa l'esempio “classico” della esclusione della tutela reale in funzione di un incremento dell'occupazione, adombrando come in tale ipotesi sarebbe stato più “consono” rispetto al criterio elaborato ricorrere ad un contratto di solidarietà espansivo).

Come si vede, un controllo siffatto (soprattutto nel suo terzo passaggio) sconfinerebbe a tutti gli effetti in un *giudizio di merito* – che in linea di principio si vorrebbe invece escludere – perchè porterebbe inevitabilmente l'organo giudicante a sostituire le determinazioni delle parti collettive con le proprie, secondo una valutazione di opportunità degli assetti economico/giuridici dell'accordo totalmente discrezionale.

⁹¹ Quella proposta da A. PERULLI-V. SPEZIALE, *ult. op. loc. citt.*

Una diversa posizione⁹², ferma restando la censurabilità di un contratto di prossimità «privo di ogni finalizzazione ad uno degli obiettivi previsti dalla legge» ovvero «caratterizzato dall'indicazione di una causale non rincoducibile (in concreto) a quelle predeterminate dalla legge», o ancora «concluso in una materia sottratta al potere dispositivo delle parti sociali», propende piuttosto per un «controllo sulla *effettività* dei termini oggetto dello scambio realizzato», incentrato esclusivamente su due elementi, ovvero le «finalità in concreto perseguite», ed il «nesso causale» tra la disciplina derogatoria e gli specifici obiettivi posti a fondamento. Con l'ulteriore precisazione per cui anche il soddisfacimento degli impegni assunti dall'impresa dovrà essere scrutinato, non apparendo evidentemente «nè seria nè effettiva» una finalità che sia rimasta «nel limbo delle (mere) intenzioni».

Ora, per quanto sopra detto a proposito della ragionevolezza dell'operazione complessiva contenuta nell'art. 8, e vista soprattutto la portata astrattamente molto vaga delle “finalità” indicate dalla legge, parlare di “funzionalizzazione dell'autonomia privata” con riferimento all'art. 8 pare, francamente, un po' forzato. Vista la portata totalmente “a-selettiva” delle finalità considerate nel loro complesso (e per alcune di esse il discorso vale anche prese singolarmente) ed in ragione del fatto che, oltretutto, è nel contesto produttivo che va ricercata la “causa concreta” della deroga, sembra piuttosto che il legislatore, con l'art. 8, abbia semplicemente ribadito un principio generale dell'ordinamento per cui la “ragione aziendale” è in grado di curare la disciplina legale al perseguimento di finalità razionali dal punto di vista micro-economico. Nel senso che, ove la legge intenda circoscrivere o limitare il potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore, o al contrario facultizzare il ricorso a strumenti potenzialmente “lesivi” di valori e interessi della parte debole del rapporto (ad esempio consentire il ricorso alla somministrazione di manodopera o al lavoro a tempo determinato in luogo dell'assunzione diretta di personale a tempo

⁹² È quella proposta da L. PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, cit., pp. 10-14.

indeterminato) nell'inevitabile operazione di "bilanciamento" che presiede alla disciplina legale questa debba tenere in debita considerazione la ragione economica e le esigenze, oggettive e verificabili *ex post*, dell'operatore economico⁹³. Quindi, vista anche la eterogeneità delle "finalità" individuate dall'art. 8, piuttosto che imboccare la strada (assai pericolosa sul piano delle conseguenze giudiziali) della "funzionalizzazione" dell'autonomia collettiva ad obiettivi predeterminati dalla legge, potrebbe forse più semplicemente ricondursi, su un piano sistematico, la *scelta legale* (di consentire, in certe situazioni, deroghe alla disciplina uniforme) alla *ragione aziendale*, intesa come più razionale impiego del fattore lavoro, compatibile in quanto realizzato nel rispetto dei principi di civiltà giuridica e nella salvaguardia delle incompressibili prerogative contrattuali (leggasi economiche) del lavoratore. Insomma una "funzionalizzazione" sì, ma in senso esattamente inverso a quello che l'art. 8, *prima facie*, sembra preludere.

A conclusione di queste riflessioni, si può ritenere con ragionevole sicurezza che il sindacato giudiziale sul contenuto delle intese, oltre al rispetto dei requisiti soggettivi, dell'ambito di materie (come sopra circoscritto alla ragione organizzativa o produttiva) e dei limiti imposti dalle fonti sovraordinate alla legge, debba estendersi *anche* alla "finalità" (leggasi "causale") specifica indicata nell'accordo, limitatamente però al presupposto della *sussistenza della ragione organizzativa o produttiva* esplicitata dalle parti nell'accordo (o ricostruibile, tutt'al più, anche *ex post*⁹⁴) e del *nesso causale* tra questa e la modifica alla disciplina legale. Dunque un giudizio del tutto corrispondente, sotto il profilo della struttura logica, a quello sul giustificato motivo oggettivo.

⁹³ E in punto di incidenza della "ragione aziendale" sulla limitazione "legale" dei poteri datoriali possiamo rimandare, da ultimo, proprio all'ampia analisi proposta da V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, op. cit., p. 34 ss.

⁹⁴ Visto che l'art. 8 non prevede alcun requisito formale.

2. [segue] I limiti alle deroghe della contrattazione di prossimità: una questione di metodo (nell'interpretazione e nella ricerca).

Il comma 2-*bis* dell'art. 8 subordina la validità delle deroghe alla disciplina legale (ed ai relativi contratti collettivi nazionali di lavoro) apportate dalla contrattazione “di prossimità” nell'ambito delle materie riportate nel comma 2 (da intendersi, secondo la ricostruzione proposta, sempre circoscritte alle esigenze dell'organizzazione del lavoro e della produzione del contesto di riferimento) al «rispetto della Costituzione», dei «vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro».

Si tratta, come rilevato da molti commentatori⁹⁵, di una disposizione alquanto pleonastica e scarsamente pregnante, oltre che estremamente imprecisa sotto il profilo lessicale⁹⁶, anche perchè, come già rilevato più sopra, nulla aggiunge a quanto si sarebbe già dovuto desumere (in punto di limiti alle deroghe) dall'intero sistema del diritto positivo. Sarebbe stato a dir poco *inaudito* ipotizzare, infatti, che la contrattazione di prossimità potesse derogare a principi di rilevanza costituzionale (come in materia di retribuzione proporzionata e sufficiente), o derivanti dal diritto dell'Unione Europea (si pensi ai divieti di discriminazione per genere, età, orientamento sessuale) o internazionale del lavoro (ad esempio limitando l'affiliazione sindacale), così esponendo l'Italia, tra l'altro, alle conseguenze derivanti da un inadempimento dei vincoli europei o ad un illecito internazionale. Si tratta presumibilmente (a voler fare della dietrologia) di una disposizione inserita, in sede di conversione del decreto in legge, al solo scopo di prevenire facili obiezioni di illegittimità costituzionale e che riecheggia alla lontana la versione finale dell'art. 31, comma 8, della legge 4 novembre 2010, n. 183, introdotta dopo il “richiamo” alle

⁹⁵ Cfr. su tutti V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, cit., pp. 168-171; G. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, cit., pp. 475-476. Più generosa è la valutazione di A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 502 ss.

⁹⁶ Cfr. D. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, cit., p. 521 ss.

Camere del Presidente della Repubblica⁹⁷. Con l'importante differenza, però, che qui manca un riferimento ai «principi regolatori della materia», che avrebbe consentito di stoppare facilmente qualsiasi intervento su aree presidiate da norme di legge inderogabili, privando così di significato pratico l'intero art. 8⁹⁸.

Si consideri, a tacer d'altro, che l'art. 117, comma 1, Cost., come riformato nel 2001, già impegna l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al «rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Rinviando a quanto più sopra osservato discorrendo delle fonti regolatrici della nostra materia⁹⁹, per effetto della nuova formulazione della disposizione costituzionale una legge interna che si ponesse in contrasto con una fonte di diritto internazionale (si pensi a un trattato ratificato o una consuetudine internazionale) vincolante per il nostro Paese, realizzando così un illecito internazionale, sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Ciononostante, la disposizione può forse valere a richiamare l'interprete (ma prima ancora, dovrebbe richiamare le parti stipulanti le intese “di prossimità”) ad un confronto più serrato con le fonti dell'Unione Europea e internazionali (dando per conosciuti almeno i principi costituzionali) che possono avere incidenza sugli aspetti regolati in deroga alle norme di legge. Ora, si è ritenuto che elaborare a monte “un catalogo” dei “diritti fondamentali” assicurati da queste fonti, in funzione limitativa delle deroghe alla legge, sarebbe stata un'impresa ben oltre le risorse e le conoscenze disponibili e probabilmente anche inutile, perchè, al di là delle inevitabili lacune che una ricostruzione di questo tipo avrebbe contenuto, si sarebbe trattato poi di estrapolare da ognuno di quei “principi generali” tutte le possibili implicazioni su

⁹⁷ T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, cit., p. 639.

⁹⁸ Tra l'altro, osserva V. BAVARO, *ult. op. loc. citt.*, come gli stessi limiti si pongano in via generale alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello, non solo aziendale, che deroghi a disposizioni di legge (si pensi ad esempio alla disciplina del contratto a termine).

⁹⁹ Cfr. l'ultimo paragrafo del precedente Capitolo.

ognuna delle materie oggetto delle possibili deroghe: un'operazione basata, inevitabilmente, su un giudizio prognostico esposto a un margine di errore elevatissimo e condizionata, inevitabilmente, da valutazioni estremamente soggettive. Si è così ritenuto più sensato e anche più utile, nell'ordine di individuare un confine *meno indefinito* dei limiti concreti alla contrattazione in deroga, procedere in senso inverso, cioè partendo dalla disciplina interna delle materie oggetto di possibili deroghe e così operare un confronto con le disposizioni dell'Unione Europea (filtrate attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia) e del diritto internazionale del lavoro (principalmente ma non solo, le convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro) per individuare, nell'area ricompresa tra il livello minimo di protezione imposto dalle fonti esterne ed il livello (generalmente) più elevato della disciplina nazionale, gli effettivi spazi di manovra della contrattazione in deroga. Ovviamente, questa procedura di "confronto" è stata operata in astratto (anche se i non molti accordi di prossimità rinvenuti nel corso di questo lavoro hanno certamente stimolato e indirizzato ulteriormente la ricerca, e se ne darà conto nel proseguo); pur nella consapevolezza che, concretamente, questa ricostruzione dovrebbe sommarsi alle limitazioni (forse anche più pregnanti) derivanti dal riferimento (imprescindibile) della deroga alla ragione organizzativa o produttiva del contesto aziendale. In altre parole, alla delimitazione "in astratto" dell'area riservata alla contrattazione in deroga, dovrebbe poi sovrapporsi quella derivante dall'esigenza organizzativa o produttiva rilevata "in concreto" nel contesto di riferimento. Dal momento che questo dato non è, ovviamente, conoscibile a monte, questo secondo profilo non si è potuto sviluppare organicamente, se non ipotizzando, solo a grandi linee, ambiti della disciplina del rapporto individuale di lavoro che, pur astrattamente ricompresi tra le materie "aggredibili" perchè inserite nel comma 2 dell'art. 8, non presenterebbero collegamenti apprezzabili con la ragione aziendale. Un esempio, su tutti, è proprio quello delle «conseguenze del recesso (datoriale illegittimo)», che nessuna evidente connessione lega all'esigenza

organizzativa o produttiva dell'azienda – ed anzi, trattandosi di un licenziamento *illegittimo*, per definizione *non è sorretto* da un giustificato motivo.

Si procederà, quindi, nella prossima sezione, ad un esame materia per materia, confrontando la disciplina legale con le diverse fonti sovraordinate a questa riferibili.

Ovviamente, un presupposto implicito di qualsiasi deroga alle norme di legge consiste nel rispetto di quei principi generali dell'ordinamento interno, dell'Unione Europea e del diritto internazionale, che integrano altrettante “precondizioni” affinché la prestazione di lavoro possa svolgersi nel rispetto della dignità umana del lavoratore: non discriminazione, garanzia della sicurezza, libertà di espressione, diritti sindacali, diritto a condizioni di lavoro dignitose, proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, diritto al lavoro. Tutti questi diritti sono assicurati direttamente da disposizioni costituzionali o da normative interne, per lo più attuative di direttive comunitarie o principi del diritto internazionale, che non sembrano toccate, direttamente, dalle deroghe riservate alla contrattazione “di prossimità”. Questa potrà peggiorare anche sensibilmente le condizioni contrattuali dei lavoratori – ma si tratta di scelte politiche che prescindono dall'analisi giuridica – ma con l'art. 8 si è voluto (implicitamente) garantire una “zona franca” da qualsiasi improvvido intervento della contrattazione in deroga. Peraltro, almeno una materia – gli impianti audiovisivi – impatta direttamente sulla garanzia della riservatezza del lavoratore – bene personalissimo del tutto estraneo a logiche di scambio mercantile – per la possibile invasività dei controlli a distanza. Qui la “ragione aziendale” dovrà essere sottoposta a particolari cautele perchè la contrattazione non può essere lo strumento per ridiscutere valori fondamentali dell'ordinamento creando così un *vulnus* alla nostra civiltà giuridica.

Prima di entrare nel vivo del discorso sui limiti positivi alla contrattazione in deroga, un'ultima una precisazione metodologica. Con riferimento alle convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro si è pure autorevolmente sostenuto che queste rileverebbero quali limiti alla contrattazione di prossimità *ex art. 8* anche

indipendentemente dalla loro ratifica¹⁰⁰. Sebbene la questione sia in concreto molto sdrammatizzata dal fatto che l'Italia ha ratificato quasi tutte le più importanti convenzioni OIL recenti, con la rilevante eccezione della convenzione n. 158/1982 sul licenziamento, tale interpretazione non convince, per due semplici ragioni. Anzitutto, sul piano costituzionale, anche all'esito della riforma del Titolo V del 2001 che pure ha elevato a parametro di legittimità costituzionale delle leggi interne il rispetto dei vincoli internazionali¹⁰¹, il presupposto della vincolatività sul piano interno di una fonte del diritto internazionale *non può prescindere*, per ovvie ragioni, dal consenso manifestato sul piano internazionale, da parte dell'Italia, ad assumere volontariamente gli impegni internazionali. Consenso che viene manifestato formalmente da una *ratifica*, di competenza del Capo dello Stato ai sensi dell'art. 87 Cost., e che necessita di una preventiva autorizzazione del Parlamento (*ex art. 80 Cost.*) qualora il trattato (come nel caso di un trattato internazionale sul trattamento giuridico dei lavoratori) importi una modifica normativa. In mancanza di tali "formalità" (che rappresentano altrettante garanzie costituzionali poste a baluardo della sovranità popolare) non potrà nemmeno porsi il problema dell'eventuale efficacia interna della fonte internazionale. Deve quindi escludersi che l'anodino richiamo alle «convenzioni internazionali sul lavoro», contenuto per di più in una legge di conversione di un decreto-legge, possa interpretarsi quale atto di recepimento di *tutto il diritto internazionale del lavoro*.

¹⁰⁰ Cfr. in particolare A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, cit., pp. 50-53, che argomentano tale conclusione sul presupposto per cui, diversamente, quella disposizione dell'art. 8 «avrebbe un significato del tutto inutile» ed oltretutto, una siffatta interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 8 consentirebbe di sdrammatizzare, almeno in parti, i possibili profili di contrasto che gli stessi Autori rinvencono nella norma rispetto al diritto internazionale del lavoro. In senso adesivo verso questa interpretazione si esprime V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, op. cit., p. 169. *Contra*, ma senza fornire particolari spunti argomentativi, R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 47; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 379; L. RATTI, *Le pedine e la scacchiera: limiti sovranazionali alla efficacia derogatoria della contrattazione di prossimità*, in <http://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/ratti.pdf>, p. 9.

¹⁰¹ Rimandiamo alla trattazione dell'ultimo paragrafo del precedente capitolo con i relativi rimandi bibliografici.

In secondo luogo, anche ponendo mente alla Costituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro¹⁰², si ricava come le convenzioni, al di là delle particolari procedure di approvazione, altro non sono – sul piano internazionale – che *trattati multilaterali*, che impegnano giuridicamente *soltanto* quegli Stati che li abbiano volontariamente accettati attraverso formale ratifica; diversamente, l'unico obbligo – peraltro privo di sanzione – per lo Stato che non accetta di ratificare una convenzione consiste nella presentazione di rapporti periodici sullo stato della legislazione interna nelle materie interessate dalla convenzione non ratificata¹⁰³. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro non esercita dunque alcun potere normativo (né tantomeno coercitivo) nei confronti degli Stati membri, ma può soltanto stimolare gli stessi a recepire, volontariamente, i contenuti di accordi negoziali multilaterali promossi dalla stessa Organizzazione tramite l'Assemblea Internazionale. Peraltro, in base alla “Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti”, adottata dalla Conferenza Internazionale di Ginevra il 24 giugno 1998, in considerazione dell'esigenza di promuovere la tutela universale di un nucleo di diritti fondamentali, in continuità con i principi proclamati dalla Dichiarazione di Filadelfia del 1944 e fatti propri dalla Costituzione dell'Organizzazione, otto convenzioni, definite “fondamentali”, sono divenute obbligatorie per tutti i membri dell'Organizzazione, indipendentemente da ogni formale ratifica da parte degli Stati. Si tratta, nello specifico, della convenzione n. 29/1930 sul divieto di lavoro forzato, della

¹⁰² E anche qui rimandiamo alla trattazione precedente.

¹⁰³ E difatti l'art. 19.5 lett. b) dispone che, all'esito dell'approvazione da parte della Conferenza Internazionale, «ciascun Membro si impegna a sottoporre, entro un anno dalla chiusura della sessione della Conferenza (o appena sarà possibile, ma non oltre 18 mesi dalla chiusura della sessione della Conferenza, se per circostanze eccezionali fosse impossibile provvedere entro un anno), la convenzione all'autorità od alle autorità competenti, perchè sia convertita in legge o perchè siano presi provvedimenti di altro genere»; e la successiva lett. e), per il caso in cui «una convenzione non ottiene il consenso dell'autorità o delle autorità competenti, il Membro è unicamente tenuto a fare rapporto al Direttore generale dell'Ufficio internazionale del Lavoro, a intervalli adeguati, conformemente a quanto decide il Consiglio d'amministrazione, sullo stato della sua legislazione e sulla sua prassi per quanto concerne la questione che è oggetto della convenzione; deve essere precisato in che misura è stato dato seguito o si intende dare seguito alle disposizioni della convenzione tanto nel campo legislativo, tanto in quello amministrativo, oppure mediante l'introduzione di contratti collettivi od in qualsiasi altro modo, e devono essere specificate le difficoltà che impediscono o ritardano la ratificazione di un siffatta convenzione».

convenzione n. 87/1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, della convenzione n. 98/1948 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva, della convenzione n. 100/1951 sull'uguaglianza di retribuzione, della convenzione n. 105/1957 sull'abolizione del lavoro forzato, della convenzione n. 111/1958 sulla discriminazione nell'ambito dell'impiego e delle professioni, della convenzione n. 138/1973 sull'età minima di accesso al lavoro, e della convenzione n. 182/1999 sulla limitazione del lavoro minorile. Nella successiva "Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta" adottata dalla Conferenza Internazionale nella seduta del 10 giugno 2008, sono state dichiarate "prioritarie" altre quattro convenzioni, sulla base di un'agenda destinata ad un continuo aggiornamento: la n. 81/1947 sull'ispezione del lavoro, la n. 22/1964 sulla politica dell'impiego, la n. 129/1969 sull'ispezione del lavoro in agricoltura, la n. 144/1976 sulle consultazioni tripartite relative alle norme internazionali del lavoro. Si tratta, per inciso, di convenzioni formalmente ratificate dall'Italia.

Pur non disconoscendo l'importanza dei principi internazionali e la loro influenza sulla giurisprudenza delle Corti nazionali e continentali, si è ritenuto quindi corretto limitare il confronto con la normativa interna alle sole convenzioni *ratificate*.

SEZIONE II – AMBITO E LIMITI DELLE DEROGHE.

Sommario: 3. Gli impianti audiovisivi e l'introduzione di nuove tecnologie: il controllo a distanza della prestazione di lavoro. 4. Mansioni, classificazione e inquadramento del personale. 5. I contratti a termine. 6. I contratti di lavoro a orario ridotto, modulato e flessibile. 7. Il regime della solidarietà negli appalti. 8. I casi di ricorso alla somministrazione di lavoro. 9. La disciplina dell'orario di lavoro. 10. Le modalità di assunzione (e la disciplina del rapporto di lavoro). 11. Le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.

3. Gli impianti audiovisivi e l'introduzione di nuove tecnologie: il controllo a distanza della prestazione di lavoro.

L'elencazione delle materie oggetto delle intese di prossimità, di contenuto potenzialmente derogatorio della legge e delle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, si apre alla lett. *a*) del comma 2 con un riferimento «agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie».

Almeno teoricamente, questo sintagma può prestarsi a due letture differenti¹⁰⁴. Una prima interpretazione, decisamente estensiva, porterebbe a ricomprendervi tutti quei profili attinenti, in senso lato, all'utilizzo di strumenti tecnologici che si volessero introdurre *ex novo* nel contesto aziendale. Con annesse ricadute anche in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore. In effetti, tra le generiche “finalità” indicate dal primo comma dell'art. 8 si rinviene anche la «adozione di forme di partecipazione dei lavoratori»: lette in combinato disposto, le due previsioni normative potrebbero lasciare intendere la volontà del legislatore di conseguire, proprio per il tramite delle intese di prossimità, un maggiore coinvolgimento dei lavoratori (attraverso i loro rappresentanti) nelle scelte gestionali dell'impresa, così da sottoporle al vaglio dei sindacati quantomeno sotto il profilo

¹⁰⁴ Ne dà ampio conto A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 12-14.

dell'impatto sull'organizzazione del lavoro e lo svolgimento della prestazione lavorativa. Questa lettura però non convince, perché è sin troppo evidente come la finalità dell'art. 8 sia tutt'altra, e cioè di consentire alla contrattazione di prossimità di introdurre discipline derogatorie (della legge e del contratto collettivo nazionale) ed assicurarne contestualmente "l'opponibilità" a tutti i lavoratori interessanti, anche se dissenzienti. E poi, vista la portata potenzialmente derogatoria delle intese, la disposizione, interpretata in modo così generico ed omnicomprensivo, urterebbe con il principio di ragionevolezza della legge insito nell'art. 3 Cost. per l'assoluta indeterminatezza dei contenuti.

Una seconda interpretazione, se vogliamo più restrittiva, circoscrive invece la portata della lett. a) alla sola regolamentazione del ricorso ad apparecchiature o strumentazioni che rendono possibile il controllo a distanza dell'attività di lavoro: né più né meno dell'oggetto specifico dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori. Trattandosi oltretutto di una norma alquanto "tormentata" nella sua applicazione giurisprudenziale¹⁰⁵, sembra quindi del tutto ragionevole e preferibile ipotizzare che il legislatore abbia voluto conferire all'autonomia collettiva il potere di regolamentare *direttamente* la materia. Oltretutto, nell'ottica aziendalista fatta propria dall'art. 8, una regolamentazione di matrice collettiva, che assicuri la *certezza* dei rapporti giuridici, permettendo così di predeterminarne i costi ed individuare *ex ante* cosa è lecito e cosa no, è sicuramente preferibile rispetto alla norma inderogabile costruita attraverso una fattispecie aperta, che affida di fatto

¹⁰⁵ Per una panoramica della portata della disposizione statutaria e dei diversi orientamenti giurisprudenziali formati in materia può rimandarsi, nella letteratura più recente, a P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 331 ss.; C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, legge n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 485 ss.; V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 73 ss.; M.T. SALIMBENI, *Commento sub art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., p. 724 ss. Vedasi anche S. GIUBBONI, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, in particolare pp. 95-97.

all'organo giudiziale il compito di determinarne, *ex post*, i contenuti puntuali sanzionandone le violazioni¹⁰⁶.

A chi scrive pare in realtà abbastanza illusorio pensare che un mero “arretramento” del legislatore dai suoi compiti di regolamentazione dei rapporti di rilevanza giuridica possa risolvere, di per sé, il problema – oggettivo – della certezza delle regole. Perché dietro alla norma inderogabile si celano interessi di rilievo costituzionale – e la materia dei controlli mediante impianti audiovisivi ed altri strumenti tecnologici ne è uno degli esempi più evidenti – diritti che *qualsiasi* disciplina, anche di matrice collettiva, non potrà ignorare. Pare quindi che il “problema” della certezza delle regole in questo modo sia semplicemente “spostato in avanti”: si rimette all'autonomia collettiva l'onore e l'onere di predeterminare la regolamentazione di profili sensibili, senza considerare come tutto questo non escluda affatto un controllo (giudiziale) sull'effettivo rispetto degli assetti fissati dal contratto collettivo di quei beni e valori di rilevanza costituzionale, che per il loro carattere strettamente personale sono da considerarsi diritti indisponibili. Meglio sarebbe stato, quindi, mettere mano una volta per tutte alla materia aggiornando in modo organico la disposizione, che risale ormai al 1970, e scrivere regole chiare sull'utilizzo di posta elettronica, *internet*, telefoni cellulari e *computers* aziendali. Ma tant'è. Di sicuro gli stessi problemi di compatibilità con la garanzia della dignità, della riservatezza e della libertà personale del lavoratore che oggi “affliggono” molte prassi aziendali sorte e disciplinate sulla base dell'art. 4 dello Statuto, continueranno a porsi in rapporto alle nuove “futuribili” intese di prossimità che verranno concluse in materia ai sensi dell'art. 8.

Venendo alla disciplina puntuale dell'istituto, come è noto il primo comma dell'art. 4 dello Statuto *vieta* l'utilizzo di impianti audiovisivi e di altre

¹⁰⁶ Cfr. A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva?*, cit., p. 4 ss.; Id., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, cit., p. 3 ss.

apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Si tratta, evidentemente, di una norma teleologicamente determinata e strutturalmente aperta¹⁰⁷, che, secondo una lettura ricorrente anche nella dottrina e nella giurisprudenza più risalenti, non vieta *qualsiasi* possibilità di controllo sull'attività dei dipendenti – che infatti è consentita dall'art. 3 dello Statuto attraverso apposito personale di vigilanza, pur coi temperamenti imposti dalla delicatezza dei beni personali implicati dal controllo – ma vuole impedire soltanto gli eccessi determinati da quel controllo continuo, anelastico e quindi «esorbitante la dimensione umana», insito nell'impiego di apparecchiature elettroniche¹⁰⁸. Il secondo comma dell'art. 4, invece, *consente* quei controlli a distanza eseguiti mediante apparecchiature elettroniche richiesti da esigenze organizzative, produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali possa derivare *anche* la possibilità di un controllo a distanza dei lavoratori, condizionandone però la legittimità al previo accordo con le r.s.a. o la Direzione (oggi) territoriale del lavoro.

Meno sicuro è l'inquadramento di quei controlli c.d. difensivi, finalizzati cioè a proteggere *direttamente* il patrimonio aziendale da condotte illecite del lavoratore, perché la giurisprudenza oscilla tra pronunce che richiedono in ogni caso il rispetto della procedura prevista dal secondo comma dell'art. 4 qualora questi controlli siano

¹⁰⁷ M.T. SALIMBENI, *Commento sub art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300*, cit., p. 724.

¹⁰⁸ Principio ribadito ancora di recente ad esempio da Cass., 17 giugno 2000, n. 8250, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 613; Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 4, p. 1202. Da notarsi che la giurisprudenza di legittimità ha proposto una lettura piuttosto "estensiva" della disposizione: sia il divieto di controllo "diretto" del personale mediante apparecchiature a distanza previsto dal primo comma, sia la diversa fattispecie contenuta nel secondo comma (controllo c.d. preterintenzionale, cioè finalizzato al soddisfacimento di esigenze organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro, da cui possa però derivare anche un controllo del personale, che è consentito previo accordo con le rappresentanze sindacali o con la d.p.l.) vengono rapportati all'«attività dei lavoratori» in senso lato, non circoscritta cioè all'adempimento in senso stretto della prestazione lavorativa; per cui persino il semplice utilizzo di *badge* aziendali e sistemi di monitoraggio degli accessi ad aree dell'azienda estranee al luogo di svolgimento della prestazione (come garage e parcheggi riservati ai dipendenti) viene qualificato come forma di controllo indiretto e viene quindi sottoposto alla "procedimentalizzazione" di cui all'art. 4, comma 2, Stat. lav.: cfr. ad esempio Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, cit.; Trib. Milano, 9 gennaio 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 648; Trib. Napoli, 29 settembre 2010, in *Dir. & Giust.*; *contra*, App. Milano, 26 aprile 2005, a quanto consta inedita; Trib. Milano, 18 maggio 2006, in *Lav. giur.*, 2007, 1, p. 97.

realizzati con apparecchiature elettroniche¹⁰⁹, pronunce che li ritengono invece estranei dal campo di applicazione della disposizione¹¹⁰, e pronunce che distinguono a seconda delle modalità e del tempo del controllo, escludendo dal campo di applicazione dell'art. 4, comma 2, Stat. lav. quelle verifiche effettuate *ex post* in seguito all'emergere di fatti illeciti¹¹¹ o mediante l'acquisizione di dati e tabulati di un terzo soggetto estraneo all'impresa datrice¹¹².

Non è questa la sede per un ulteriore approfondimento della casistica in materia. L'obiettivo che ci si pone, piuttosto, è di cercare di comprendere quale impatto sostanziale potrà avere l'art. 8 sulla disciplina vigente. La risposta, condivisa da quasi tutti i commentatori della disposizione, è: assai limitato¹¹³.

Per comprendere le ragioni di tale affermazione è sufficiente focalizzare i beni giuridici protetti dalla disposizione contenuta nell'art. 4 Stat. lav.: si tratta, come è facile intuire, di diritti attinenti la sfera personale del lavoratore, quali la dignità, la libertà morale e la riservatezza. Beni che sfuggono a qualsiasi logica di scambio negoziale e trovano diretto e prioritario riconoscimento (anche rispetto alla libertà di impresa) negli artt. 2, 13, 15 e 41, comma 2, Cost. Se ci si volesse poi spingere oltre i confini nazionali, ci si imbatterebbe immediatamente in quelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che assicurano la dignità umana (art. 1), il diritto alla libertà personale (art. 6), il rispetto della riservatezza (artt. 7 e 8) il diritto a condizioni di lavoro dignitose (art. 31). Anche a non voler ritenere le

¹⁰⁹ Cfr. Cass., 17 luglio 2007, n. 15892, cit.; Cass., 23 febbraio 2010, n. 4375, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 564, nt. R. GALARDI.

¹¹⁰ Cass., 3 aprile 2002, n. 4746, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, p. 221.

¹¹¹ Da ultimo Cass., 23 febbraio 2012, n. 2722, in *Dir. & Giust.*

¹¹² Cass., 3 aprile 2012, n. 5371, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 113 (nella fattispecie si trattava di un dipendente di un istituto di vigilanza, adibito a mansioni di sorvegliante addetto all'ingresso di un ospedale, che, utilizzando l'utenza telefonica ospedaliera sita nella propria postazione di lavoro, risultava aver fatto lunghe telefonate per motivi di svago, il numero e la durata delle quali erano emersi dai tabulati telefonici acquisiti dall'azienda ospedaliera).

¹¹³ Si vedano in particolare A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità*, cit., p. 12 ss.; LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 508 ss; in parte diversa, come vedremo, la prospettiva avanzata da M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 51.

disposizioni della Carta immediatamente applicabili nei rapporti interprivati, almeno ove non si faccia questione dell'interpretazione e dell'applicazione di una norma di diritto dell'Unione¹¹⁴, deve ricordarsi come questo abbia esercitato una notevole influenza sul diritto interno verso le tematiche del rispetto della riservatezza e della tutela della *privacy*¹¹⁵, anche nei luoghi di lavoro. Basti pensare al codice della protezione dei dati personali contenuto nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (emanato ai sensi delle direttive n. 2002/58/CE e 95/46/CE), che in materia di controlli sul luogo di lavoro all'art. 114 richiama proprio l'art. 4 Stat. lav. Senza contare come questa stessa disposizione sia presidiata da una sanzione penale¹¹⁶, che non è certamente nella "disponibilità" della contrattazione di prossimità.

È quindi da escludersi che le intese di prossimità stipulate ai sensi dell'art. 8 possano derogare al primo comma dell'art. 4 Stat. lav. e legittimare così controlli diretti, mediante telecamere o altri strumenti telematici, sull'attività dei lavoratori: si tratterebbe infatti di una *negazione assoluta* del diritto inviolabile alla riservatezza e alla dignità personale, che non tollera compressioni così intense¹¹⁷. Ci si domanda, piuttosto, se l'accordo aziendale non potrebbe piuttosto incidere sulla portata del secondo comma dell'art. 4: alcuni commentatori suggeriscono, ad esempio, come potrebbero specificarsi (in senso estensivo) le forme dei controlli c.d.

¹¹⁴ E qui rimandiamo a G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività. Il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 53 ss.

¹¹⁵ Rispetto alla quale la contrattazione di prossimità non ha ricevuto nessuna delega: vedi A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità*, cit., p. 13.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 38 Stat. lav., richiamato dall'art. 171 del d. lvo. n. 196/2003 in caso di violazione delle disposizioni contenute nell'art. 4 Stat. lav.

¹¹⁷ Si tratta di un punto condiviso dalla quasi unanimità dei commentatori della disposizione: cfr. A. RUSSO, *ult. op. loc. cit.*; LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 508; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8 legge n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 48; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la "rivoluzione d'agosto" del diritto del lavoro*, cit., p. 49; R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, cit., p. 338. *Contra* M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 51, il quale ritiene invece possibile derogare al divieto di controllo diretto previsto dall'art. 4, comma 1, Stat. lav. Ma si tratta di una voce isolata.

preterintenzionali o dei controlli difensivi¹¹⁸, magari introducendo modalità selettive automatiche come già avviene per le visite personali di controllo ai sensi dell'art. 6 Stat. lav. Non si tratterebbe, però, di vere e proprie “deroghe” alla legge, quanto piuttosto di “specificazioni”¹¹⁹ del contenuto di una disposizione che ormai risente del tempo trascorso dalla sua emanazione. Il che, però, molto probabilmente non contribuirebbe a restituire quella “certezza perduta” dei confini tra il lecito e l'illecito esercizio del potere datoriale, perchè a fronte della denunciata lesione di diritti personali indisponibili perpetrata attraverso l'utilizzo di programmi informatici¹²⁰ pare ben difficile ipotizzare che un giudice possa astenersi dal verificare, in concreto, la compatibilità degli strumenti di controllo datoriali così pure “procedimentalizzati” dall'accordo collettivo con il pieno rispetto di quei diritti fondamentali. Insomma, una volta individuato quello che la contrattazione di prossimità sicuramente *non* potrà fare, è lecito aspettarsi che l'unica vera “novità” apportata dall'art. 8 *in parte qua* sarà l'estensione della facoltà di negoziare l'introduzione di strumenti di controllo telematici a vantaggio del sindacato extra-aziendale.

Tra la contrattazione di prossimità sviluppatasi sotto la “copertura” dell'art. 8, si segnala a questo proposito un accordo intercorso tra la Banca Popolare di Bari e le rappresentanze sindacali locali riferibili alle associazioni confederali, con il quale si è prevista l'introduzione di strumenti di videoripresa a distanza potenzialmente in grado di intercettare, occasionalmente, anche l'attività dei lavoratori; l'accordo prevede in ogni caso l'inutilizzabilità di qualsiasi informazione che fosse ricavabile indirettamente dal controllo a fini discriminatori, disciplinari o di rivalsa per errori

¹¹⁸ Vedi in particolare A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità*, cit., p. 13 ss.

¹¹⁹ E che oggi sono rimesse, per lo più, al Garante della *privacy* istituito con il d. lvo. n. 196/2003.

¹²⁰ Vedasi ad esempio, a proposito del controllo della casella di posta elettronica: Trib. Milano, 31 marzo 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, 1, p. 108, nt. L. CAIRO; Trib. Milano, 8 giugno 2011, in *Riv. critica dir. lav.*, 2011, p. 1067, nt. G. BULGARINI D'ELCI.

dei dipendenti¹²¹. Si tratta di un'intesa che parrebbe già perfettamente lecita ai sensi dell'art. 4, comma 2, Stat. lav.; l'unica "novità" si riscontra proprio nella sottoscrizione da parte delle associazioni sindacali esterne all'azienda. Per la verità, tale accordo è stato criticato sotto il profilo per cui richiamerebbe una finalità – l'integrità del patrimonio aziendale – non "contemplata" nell'elenco dell'art. 8¹²². A parere di chi scrive, vista la genericità di quel "catalogo", a cui, come si è detto, difficilmente potrebbe attribuirsi valenza selettiva e legittimante rispetto ai contenuti della contrattazione di prossimità, questo pare davvero un "peccato veniale".

4. Mansioni, classificazione e inquadramento del personale.

La lett. b) del comma 2 dell'art. 8 indica come possibile oggetto della contrattazione di prossimità, anche in deroga alle norme di legge ed alle previsioni dei relativi contratti collettivi nazionali di lavoro, le materie delle «mansioni» e della «classificazione e inquadramento del personale».

Secondo una articolata ricostruzione della portata della disposizione in argomento, i due profili andrebbero mantenuti distinti¹²³. Per quanto concerne la classificazione e l'inquadramento del personale infatti, questi già costituiscono, almeno nel settore privato, prerogative privilegiate della contrattazione collettiva (specialmente nazionale), quindi in questo ambito non si porrebbe una questione di deroga alla legge, quanto piuttosto di rapporti tra livelli diversi di contrattazione. Si porrebbe invece un problema di deroga della legge – e precisamente dell'art. 2103

¹²¹ Il testo dell'intesa è consultabile sul sito www.dirittisocialitrentino.it. Cfr. L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., p. 262; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, cit., p. 938 ss.

¹²² A. PERULLI, *ult. op. loc. citt.*

¹²³ Cfr. M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., in particolare p. 372.

c.c., come modificato dall'art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300¹²⁴ – con riferimento specifico alla adibizione del lavoratore alle mansioni.

È pur vero, d'altro canto, che l'inquadramento e la classificazione del personale non solo rappresentano una preconditione dell'applicazione del trattamento normativo e soprattutto contrattuale collettivo applicato al rapporto di lavoro¹²⁵, ma, proprio con riferimento alla disciplina delle mansioni, contribuiscono¹²⁶ a “sostanziare” quella nozione di equivalenza professionale che della disciplina (legale) delle mansioni rappresenta il presupposto immediato. Tra i due profili, pur concettualmente distinguibili, v'è dunque una sostanziale contiguità.

Lo stesso non può dirsi, invece, rispetto alla disciplina del trasferimento del lavoratore e del distacco, istituti che alcuna dottrina vorrebbe pure ricompresi nell'ambito di intervento della contrattazione di prossimità *ex art. 8*¹²⁷. Posto che tale “sussunzione” non può certo farsi passare attraverso quel generico riferimento alla «disciplina del rapporto lavoro» - sintagma a cui non può attribuirsi un concreto significato precettivo, perché altrimenti non avrebbe alcun senso il rimando espresso agli istituti contenuti nelle lett. *a-e*) del comma 2¹²⁸ - è pur vero che il trasferimento geografico del lavoratore è regolato dalla medesima disposizione di legge che disciplina anche l'adibizione alle mansioni, ma sembra del tutto pacifico trattarsi di due istituti distinti: una cosa è l'*oggetto* della prestazione dedotta in contratto, altro il *luogo* in cui dovrà rendersene l'adempimento. Quanto poi al distacco, si tratta di un

¹²⁴ Per quanto, come noto, questa non sia l'unica norma di legge ad occuparsi delle mansioni del lavoratore. È vero però, che tutte le altre disposizioni (successive) si pongono in rapporto di specialità rispetto alla norma codicistica, sotto il profilo della facoltà (legittimata) di adibire il lavoratore a mansioni anche inferiori a quelle di precedente assegnazione. Ma vedi *infra*.

¹²⁵ Si pensi soltanto alla determinazione della giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, che dell'inquadramento è diretta conseguenza.

¹²⁶ E vi contribuiscono in modo decisivo, visto l'orientamento della giurisprudenza più recente, di cui *infra*.

¹²⁷ Vedi A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 29-30.

¹²⁸ Che anche secondo la pronuncia della Corte Cost. n. 221/2012 cit. danno vita ad un elenco tassativo.

istituto di origine giurisprudenziale, che ha a che vedere piuttosto con il decentramento produttivo, sorto come deroga (consentita) al generale divieto di interposizione allora previsto dalla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, ed oggi disciplinato dall'art. 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276¹²⁹, in cui la necessità di operare un trasferimento (stabile) del lavoratore in ragione dell'adempimento della prestazione da rendersi a favore del distaccatario trova una sua peculiare regolamentazione¹³⁰. Lo stesso art. 30, comma 3, contempla poi il caso dell'eventuale mutamento di mansioni¹³¹, richiedendo *sempre* il consenso del lavoratore distaccato. Può quindi discutersi se anche questa fattispecie di *ius variandi* così peculiare (per il coinvolgimento di un terzo soggetto quale il distaccatario beneficiario della prestazione), possa farsi rientrare tra le competenze della contrattazione di prossimità *ex art. 8*, o se invece, non essendo il distacco menzionato dall'art. 8, essa debba rimanere esclusa¹³². Ma certamente il distacco in quanto tale (sotto il profilo dei presupposti e della residua disciplina) non potrà considerarsi oggetto della contrattazione di prossimità: manca qualsiasi rimando esplicito nell'elenco di materie – tassativo – proposto dal comma 2 dell'art. 8. Insomma né il distacco, né il trasferimento possono annoverarsi tra i possibili ambiti di intervento della contrattazione di prossimità, per cui la contrattazione potrà certamente intervenire in queste materie ma nel rispetto delle disposizioni di legge specificamente dettate a riguardo, e senza la “copertura” e i “vincoli” dell'art. 8.

¹²⁹ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, III° ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 101 ss.

¹³⁰ È l'ipotesi disciplinata dal comma 3, che prevede quale condizione legittimante del trasferimento del lavoratore distaccato la stesse «comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive» già indicate dall'art. 2103 c.c., con la differenza, stando almeno alla circolare del Ministero del Lavoro n. 3/2004, che in questa fattispecie la sussistenza del presupposto oggettivo al trasferimento sarebbe richiesta solo nel caso in cui questo debba operarsi verso un'unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore era adibito. *Contra*, M.T. CARINCI, *ult. op. cit.*, p. 106.

¹³¹ Anche in senso orizzontale o verso l'alto, visto che la disposizione non distingue i diversi casi.

¹³² E lo stesso dicasi per il caso dell'adibizione a mansioni diverse del lavoratore somministrato, fattispecie disciplinata in via generale dall'art. 23, comma 6, d. lvo. n. 276/2003.

Ciò premesso, la disciplina generale delle mansioni nel diritto del rapporto di lavoro privato¹³³ è contenuta come noto nell'art. 2103 c.c., norma della cui inderogabilità non *sarebbe* lecito dubitare, almeno stando alla inequivocabile lettera del suo secondo comma per cui «ogni patto contrario è nullo» – disposizione che, per inciso, non si riferisce solo alle pattuizioni individuali, ma anche agli accordi collettivi di qualsiasi livello¹³⁴ – ma che, paradossalmente, viene solitamente citata come uno degli esempi viventi della “erosione” del principio di inderogabilità¹³⁵, sia per le recenti vicende della sua interpretazione giurisprudenziale sia, prima ancora, per la sua applicazione da parte della contrattazione collettiva. Sta di fatto che sia a causa della sua oggettiva rigidità¹³⁶, sia per l'intrinseca connessione delle modalità con cui si regola la spendita della professionalità del lavoratore con la struttura dell'impresa e la mutevolezza delle sue esigenze produttive, l'assetto disposto dall'art. 2103 c.c. sembra entrato da molto tempo in una fase di acuta “sofferenza”. Lo dimostrano non solo e non tanto le vere o presunte “deroghe” legali, introdotte in epoca più recente per salvaguardare esigenze preminenti dello stesso lavoratore¹³⁷,

¹³³ Sui cui contenuti possiamo rimandare, per una ricognizione generale e limitandoci ai contributi più recenti, a U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Catanzaro, 2008; C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2009; M. BROLLO-M. VENDRAMIN, *Mansioni, qualifiche e jus variandi*, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, M. MARAZZA-M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, I, Cedam, Padova, 2012, p. 512 ss.

Interessante, nella prospettiva del possibile impatto dell'art. 8 sugli assetti consolidati della materia anche il saggio di A. PALLADINI, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 3, p. 200 ss.

¹³⁴ Cfr. Cass., sez. Unite, 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 336, nt. I. OCCHINO; Cass., 18 agosto 2004, n. 16183, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 7-8.

¹³⁵ Cfr. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 341 ss.

¹³⁶ Nella misura in cui vieta rigorosamente l'adibizione del lavoratore subordinato a mansioni inferiori (non importa se a retribuzione inalterata), e circoscrive lo *ius variandi* al concetto – in sé molto aperto – di equivalenza professionale tra le mansioni contrattuali di provenienza e quelle di nuova assegnazione. Oltre a prevedere, in caso di mobilità verso l'alto, l'immediato adeguamento della retribuzione e la “stabilizzazione” nella posizione superiore dopo tre mesi continuativi di permanenza nelle mansioni superiori.

¹³⁷ Si ricorda infatti come la possibilità di superare la regola dell'equivalenza professionale delle mansioni del lavoratore subordinato, consentendone l'assegnazione a mansioni anche inferiori allo scopo di tutelare altri beni costituzionali dello stesso lavoratore, primo fra tutti il diritto alla salute di cui all'art. 32, comma 1, Cost., sia stata progressivamente introdotta dal legislatore, senza attribuire

quanto piuttosto la “vita” della disposizione nelle aule di giustizia e nella contrattazione collettiva, dove la tensione tra le doverose esigenze di protezione della professionalità del lavoratore e le altrettanto ineludibili necessità di adattamento della disciplina legale e contrattuale del rapporto alla realtà mutevole dell’impresa, si è risolta in una sorta di “svuotamento interno” della norma, che procede di pari passo al progressivo allargamento della nozione di equivalenza professionale che di quella norma è il cardine.

Da un lato, già da diverso tempo la giurisprudenza sembra intagliare strappi nel rigido tessuto normativo dell’art. 2103 c.c., secondo una linea che pur originandosi dalle differenti peculiarità del caso concreto, finisce *sempre* per convergere nella direzione della garanzia dell’interesse occupazionale dello stesso lavoratore, rispetto al quale un’applicazione rigida della norma risulterebbe pregiudizievole. Ragioni oggettive legate alla stessa persona del lavoratore, non più idonea a svolgere la mansione di appartenenza¹³⁸, o alla sopravvenuta modifica dell’organizzazione aziendale, con la conseguente soppressione delle mansioni di origine¹³⁹, rendono

alcun ruolo “legittimante” alla negoziazione collettiva ma sempre nella prospettiva di realizzare un (pur diverso) garantismo individuale. Si possono citare a questo riguardo l’art. 7 d. lvo. n. 151/2001, per le lavoratrici in stato di gravidanza e durante i primi sette mesi di età del bambino; l’art. 4, comma 4, l. n. 68/1999, in combinato disposto con l’art. 42 d. lvo. n. 81/2008, per i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni di competenza a causa di infortunio o malattia professionale; l’art. 229, comma 5, d. lvo. n. 81/2009, per i lavoratori particolarmente esposti ad un agente chimico, fisico o biologico. In tutte queste ipotesi si prevede il consenso del lavoratore interessato ed il mantenimento della retribuzione corrispondente alla mansione originaria.

Diverso il caso previsto, invece, dall’art. 4, comma 11, l. n. 223/1991, dove la giustificazione del demansionamento risiede piuttosto nella gestione di una crisi aziendale, e si richiede non il consenso del lavoratore interessato quanto piuttosto un accordo collettivo finalizzato al riassorbimento, totale o parziale, dell’occupazione.

Deve sottolinearsi come in tutti questi casi sia comunque tutelato un bene dello stesso lavoratore (la salute o l’occupazione) che il legislatore ha ritenuto preminente rispetto alla tutela della professionalità, presidiata dalla rigida disciplina di cui all’art. 2103 c.c.

¹³⁸ In merito al “legittimo demansionamento” giustificato dallo stato di salute del dipendente cfr. ad esempio Cass., 7 marzo 2005, n. 4827, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 3; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27845, in *Guida al diritto*, 2010, 6, p. 57.

¹³⁹ Ove l’adibizione a mansioni inferiori costituisca l’unica ipotesi di *repechage* in concreto praticabile quale alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo: cfr., *ex multis*, Cass., 7 febbraio 2005, n. 2375, in *Notiziario giur. lav.*, 2005, p. 189; Cass., 4 febbraio 2008, n. 2612, in *De Iure on line*; Cass., 25 novembre 2010, n. 23926, in *Guida al diritto*, 2011, 8, p. 95; Cass., 10 ottobre 2006, n. 21700, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 1, p. 50.

improvvisamente inadeguato l'apparato protettivo predisposto dall'art. 2103 c.c., perché non esiste (più) una professionalità acquisita da difendere se è venuta meno (a monte) la stessa possibilità della sua spendita in concreto (a causa dell'inidoneità sopravvenuta o della soppressione della figura professionale); ed allora si tratta di operare un bilanciamento tra due beni (occupazione e professionalità) che fanno capo allo stesso soggetto. Peraltro, nella giurisprudenza più recente si segnalano anche pronunce molto più spinte sulla strada dell'allentamento delle maglie legali, in cui la deroga all'art. 2103 c.c. sembrerebbe legittimata anche a prescindere dall'operazione di "bilanciamento giudiziale" tra interessi in gioco, ma solo sulla base di una richiesta del lavoratore o addirittura del semplice consenso dello stesso all'assegnazione di mansioni inferiori¹⁴⁰: qui il contrasto con l'assetto voluto dalla norma sembra davvero radicale.

Ma è soprattutto la contrattazione collettiva ad aver assunto un ruolo quantitativamente e qualitativamente prioritario nella direzione del progressivo superamento della rigidità della disciplina legale¹⁴¹, naturalmente non senza "l'avallo" dei giudici¹⁴². Qui, come si accennava in precedenza, non si è trattato di operare una "deroga" all'art. 2103 c.c.; si è verificato piuttosto uno "svuotamento interno" della norma, attraverso la previsione di clausole di fungibilità e meccanismi di rotazione interni alla stessa area di inquadramento da ritenersi professionalmente equivalenti. Sfruttando l'unico elemento di potenziale elasticità interno alla norma, ovvero il concetto di equivalenza professionale, la contrattazione collettiva ha cercato così di rispondere positivamente alle oggettive esigenze aziendali di

¹⁴⁰ Cfr. Cass., 8 agosto 2011, n. 17095, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1133 nt. L. MONTESARCHIO; Cass., 25 novembre 2010, n. 23926, in *Guida al diritto*, 2011, 8, p. 95.

¹⁴¹ Vedi U. GARGIULO, *L'equivalenza della mansioni*, cit., p. 67 ss.; M. BROLLO-M. VENDRAMIN, *Mansioni, qualifiche e jus variandi*, cit., p. 526 ss.; M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, cit., p. 379 ss.

¹⁴² Dopo il "varco" aperto da Cass., sez. Unite, 24 novembre 2006, n. 25033, cit., anche la sezione lavoro sembra aver fatto proprio questo orientamento, cfr. ad esempio Cass., 8 marzo 2007, n. 5285, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 3; Cass., 18 febbraio 2008, n. 4000, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 12, p. 952; Cass., 6 novembre 2009, n. 23601, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 4, p. 222.

maggiore “adattabilità” del personale, valorizzando una concezione “dinamica” della professionalità a discapito di una concezione “statica” della stessa, il “saper *come* fare” del lavoratore piuttosto che il suo “saper fare”, la professionalità “potenziale” rispetto a quella “acquisita”. Tutto questo però, senza pretermettere la possibilità di un controllo del giudice¹⁴³ sulla rispondenza effettiva di tali meccanismi al principio di tutela “dinamica” della professionalità predicato dall’art. 2103 c.c.

In questo articolato quadro normativo e giurisprudenziale non è semplice prevedere, concretamente, quale potrà essere l’impatto dell’art. 8 sulla disciplina delle mansioni. Scontato che la disposizione assegni alla contrattazione aziendale un ruolo prioritario nella definizione dei futuri assetti della materia, non v’è molto altro da aggiungere a quanto già abbiamo osservato a suo tempo¹⁴⁴ a proposito del capovolgimento gerarchico tra i livelli di contrattazione avviato dall’art. 8. A tacere della evidente disparità di forza negoziale, almeno nella maggior parte delle realtà produttive, tra la direzione dell’impresa e le rappresentanze sindacali aziendali abilitate dall’art. 8 a sottoscrivere le intese peggiorative, e della (probabile) violazione del principio di autonomia collettiva stante la «conformazione eteronoma» della struttura della contrattazione, nel lungo elenco di materie delegate alla contrattazione di prossimità le mansioni e, a monte, l’inquadramento dei lavoratori, rappresentano forse uno dei profili più congeniali e oggettivamente ricollegabili alla ragione aziendale, pur oggettivata, che la norma vorrebbe liberare¹⁴⁵. Qui

¹⁴³ Cfr. ad esempio Cass., 10 dicembre 2009, n. 25897, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 12.

¹⁴⁴ Vedi il paragrafo 10 del precedente capitolo II.

¹⁴⁵ Non a caso, le materie dell’inquadramento e dell’adibizione alle mansioni sono state oggetto di tre intese “di prossimità” (due delle quali, peraltro, non richiamano espressamente l’art. 8) ad oggi rese pubbliche, reperibili sul sito www.dirittisocialitrentino.it. Si tratta dei contratti aziendali di Trelleborg, Ericsson e Infocert (quest’ultimo soltanto fa riferimento esplicito all’art. 8). I primi due introducono nuovi profili professionali non previsti dai rispettivi contratti collettivi nazionali ma rispondenti, a quanto dichiarato, ad altrettante figure previste dagli organici aziendali. Il terzo prevede invece la possibilità (al punto 12), in caso di crisi aziendali temporanee e previo negoziato con la r.s.u., di assegnare i dipendenti, per periodi predeterminati, a mansioni anche inferiori qualora si procedesse alla internalizzazione di servizi normalmente forniti dall’esterno. La peculiarità di questo accordo, che merita di essere sottolineata positivamente, consiste nella particolare “procedimentalizzazione” cui viene sottoposta la facoltà di deroga *in peius*.

l'adattamento dei "mansionari" predisposti dalla contrattazione collettiva di livello nazionale alle specifiche realtà aziendali può forse riuscire opportuno. A patto, naturalmente, di non escludere la possibilità di sottoporre tale adattamento al controllo giudiziale, sotto il profilo della reale sussistenza di una ragione organizzativa (ravvisabile ad esempio nella necessità di introdurre nuove posizioni professionali, non previste dal contratto di categoria, e rispondenti però alle esigenze dell'attività aziendale). Certamente, la ragione aziendale che nella prospettiva dell'art. 8 legittimerebbe la deroga al contratto nazionale (ci stiamo muovendo pur sempre nel solco, già tracciato dalla giurisprudenza sopra citata, dell'allargamento "interno" del concetto di equivalenza) andrebbe provata in concreto; non basterebbe cioè un mero rinvio ad una di quelle generiche "finalità" indicate dall'art. 8 (che dovrebbero costituire, piuttosto, altrettante causali), mentre anche il profilo della permanenza nel tempo della ragione addotta potrebbe essere un elemento oggetto di scrutinio¹⁴⁶.

Ragionando sui "limiti esterni" all'art. 8 (e richiamati dal comma 2-*bis* della disposizione) rilevanti *in parte qua*, questi possono individuarsi abbastanza agevolmente nella dignità personale e professionale del lavoratore, che trova riconoscimento, talvolta espresso ma per lo più implicito, in un buon numero di disposizioni costituzionali (sicuramente gli art. 2, 3, comma 2, 35, commi 1 e 2, e 42, comma 2, Cost.), negli artt. 14 e 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 26 della Carta sociale europea ratificata dall'Italia con la legge 9 febbraio 1999, n. 30; nel diritto del lavoratore «ad una retribuzione proporzionata

¹⁴⁶ Ricorda giustamente M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, cit., pp. 387-388, come la stessa Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 181/1989 abbia condizionato la possibilità di diversificare il trattamento legale (nella fattispecie si trattava del mancato computo degli apprendisti tra i dipendenti "utili" ai fini dell'applicazione della tutela reale contro il licenziamento illegittimo) alla permanenza nel tempo delle esigenze straordinarie ed urgenti che legittimano la deroga al generale principio di uguaglianza. E come queste deroghe, nella prospettiva della Corte, dovrebbero pur sempre essere sottoposte ad una «riconsiderazione» ove il sacrificio dei beni costituzionali si protrasse nel tempo. Anche V. BAVARO, *Azienda, contratto, sindacato*, op. cit., pp. 147-148, pur su un piano più generale, rileva come «la congruità della deroga rispetto alla finalità sia un elemento da valutare adeguatamente».

alla ... qualità del suo lavoro» cui l'inquadramento è funzionale, ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost. e dell'art. 4 della Carta sociale europea; nel diritto alla sicurezza e alla salute, riconosciuto dall'art. 32, comma 1 e 41, comma 2 Cost. e dagli artt. 2 e 3 della Carta sociale europea. L'inquadramento dei lavoratori non potrà poi contravvenire ai divieti di discriminazione (diretta e indiretta) che discendono dal più generale principio di uguaglianza (che impegna però, direttamente, solo il legislatore) affermato in linea generale dall'art. 3, comma 1, Cost., e (tra generi) dall'art. 37, comma 1. Nel diritto dell'Unione Europea, esso è affermato in linea generale dagli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e poi ulteriormente specificato dalle direttive n. 2006/54/CE sulla parità di genere, e dalle direttive n. 2000/43/CE e 2000/78/CE sui divieti di discriminazione per fattori diversi dall'appartenenza di genere.

Tra gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dei lavoratori si può segnalare in particolare la convenzione OIL n. 142/1975, ratificata dall'Italia con la legge 3 febbraio 1979, n. 68, la quale però si limita ad impegnare gli Stati aderenti allo sviluppo di politiche orientate alla formazione e allo sviluppo della conoscenza, ma non sembra contenere disposizioni trasponibili automaticamente sul piano dei rapporti interprivati.

Assai meno agevole è invece provare ad “estrarre” da questi principi generali dei limiti concreti alla contrattazione di prossimità in deroga all'art. 2103 c.c., posto che i contenuti specifici di questa disposizione non sono fatti propri, in modo espresso, da nessuna delle norme “superprimarie” sopra richiamate.

Una prima ipotesi di deroga (non alla legge, ma alla contrattazione nazionale) potrebbe consistere, come abbiamo già osservato in precedenza, nella ridefinizione del concetto di equivalenza professionale “in senso dinamico”, da realizzarsi attraverso la riscrittura delle previsioni sull'inquadramento dei lavoratori¹⁴⁷. L'effetto

¹⁴⁷ Osserva M. BROLLO, *ult. op. cit.*, pp. 389-390: «In tale ottica, la contrattazione di prossimità potrà adottare una nozione di professionalità intesa in senso dinamico e non statico. Di più, sulla base delle previsioni della contrattazione collettiva si potranno considerare equivalenti, e quindi esigibili,

diretto di questo processo, già avviato dalla contrattazione collettiva di livello nazionale e sostanzialmente “avallato” dalla giurisprudenza, che pure si riserva sempre un controllo sulla ragionevolezza delle scelte dell’autonomia collettiva¹⁴⁸, consisterebbe nell’immediato aumento della mobilità orizzontale del lavoratore, con un sostanziale “svuotamento dall’interno” del precetto inderogabile posto dall’art. 2103 c.c. Non pare francamente percorribile, invece, la strada di un (anche solo) parziale superamento del principio dell’equivalenza retributiva¹⁴⁹: posto che nella fattispecie si tratterebbe di previsioni del contratto di prossimità che andrebbero a qualificare due mansioni o due gruppi di mansioni come “equivalenti sul piano professionale” ma “passibili di diverso trattamento economico” (non legato, si intende, ad un rischio specifico insito nello svolgimento di una mansione), parrebbe ostativo ad una tale previsione il generale principio (certamente inderogabile) della retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro svolto posto dall’art. 36 Cost.

Nell’area della mobilità verso il basso si è sostenuto come la contrattazione di prossimità potrebbe introdurre ipotesi “qualificate” di legittima adibizione a mansioni inferiori, una sorta di “giustificato motivo oggettivo di demansionamento” legato però ad esigenze aziendali¹⁵⁰. In astratto, pare una via percorribile, purchè

anche mansioni differenti, di diversa professionalità, purchè classificate come tali dalla norma contrattuale. In tal modo potrebbe verificarsi un avvicinamento del concetto “sostanziale” di equivalenza del lavoro privato a quello “formale” del lavoro pubblico». V. anche A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 14-15. *Contra*, A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 511.

¹⁴⁸ Cfr. ad esempio Cass., 10 dicembre 2009, n. 25897, cit. E del resto tale controllo di razionalità sui prodotti dell’autonomia collettiva era stato predicato a suo tempo anche dal giudice delle leggi: si ricordi Corte Cost. n. 103/1989.

¹⁴⁹ Operando così sugli effetti dell’equivalenza: l’ipotesi è sostenuta invece da M. BROLLO, *ult. op. loc. cit.* *Contra* cfr. A. RUSSO, *ult. op. loc. cit.*

¹⁵⁰ Vedi M. BROLLO, *ult. op. loc. cit.*; A. PALLADINI, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, cit., p. 208, che prospetta ulteriormente la facoltà, per le intese di prossimità, di sancire la validità di accordi individuali *ad hoc*. R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 49, ritiene possibile prevedere intese che contemplino meccanismi di sottoinquadramento (come avviene per l’apprendistato), ma con maggiore prudenza deroghe al regime legale dell’equivalenza. *Contra*, A. LASSANDARI, *ult. op. loc. cit.*, per il quale siffatte deroghe al divieto di *ius variandi in peius* non sarebbero conformi ai parametri costituzionali. Si condivide l’osservazione di A. RUSSO, *ult. op. loc. cit.*, secondo cui le ipotesi prospettabili in tal senso si riducono a quelle “finalizzate” alla gestione delle crisi aziendali ed occupazionali. Peraltro, sotto questo profilo l’art. 8 presenta una netta

naturalmente l'esigenza aziendale sia puntuale, concretamente dimostrata e (forse) anche temporanea. Così pure viene ventilata la possibilità di introdurre una penale in caso di illegittimo demansionamento, allo scopo di predeterminare il risarcimento del danno¹⁵¹. Ci si domanda però, *quid iuris* in caso di una penale determinata in misura manifestamente inferiore al danno concretamente patito (e che ovviamente non preveda espressamente l'ipotesi della risarcibilità dei danni ulteriori)¹⁵².

Infine, nell'area della mobilità verso l'alto, potrebbe introdursi la regola – già esistente nel lavoro pubblico privatizzato¹⁵³ – secondo cui, ferma restando la corresponsione della relativa retribuzione, l'adibizione a mansioni superiori non comporta l'acquisizione della relativa qualifica¹⁵⁴. Oppure potrebbero prevedersi termini più lunghi per la promozione¹⁵⁵, mentre non convince affatto l'idea di pretermettere o posticipare nel tempo la corresponsione della maggiore retribuzione dovuta in funzione dell'adibizione alla mansione superiore, sia perché una previsione di questo tipo sembra confliggere con il già richiamato principio della retribuzione proporzionata *ex art. 36 Cost.*¹⁵⁶, sia perché, ancora una volta, si sconfinerebbe fuori dall'ambito oggettivo delle possibili deroghe (disciplina delle mansioni) regolamentando, di fatto, elementi retributivi, che nessuna evidente connessione presenterebbero tra l'altro con la ragione oggettiva che dovrebbe legittimare (su un

incongruenza rispetto all'art. 4, comma 11, l. n. 223/1991, nella misura in cui si limita a prevedere la necessità di una "specifica intesa" senza però imporre alcun vincolo formale o procedurale a garanzia dell'effettivo coinvolgimento degli organismi sindacali nella gestione della crisi.

¹⁵¹ Vedi M. BROLLO, *ult. op. loc. cit.*

¹⁵² E sul punto A. PALLADINI, *ult. op. cit.*, p. 211, ritiene ineludibile, in ragione degli interessi costituzionali sottesi, garantire in ogni caso la risarcibilità del maggior danno di cui il lavoratore fosse in grado di fornire la prova in giudizio.

¹⁵³ È l'art. 52, d. lvo. n. 165/2001.

¹⁵⁴ In tal senso vedi M. BROLLO, *ult. op. cit.*, pp. 390-391; A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità*, cit., p. 17.

¹⁵⁵ Così M. BROLLO, *ult. op. loc. cit.*, che ricorda come i contratti collettivi potessero già allungare il termine di tre mesi previsto in tal senso dall'art. 2103 c.c. per il caso di "promozione" in qualifiche di quadro o dirigente: art. 6, l. n. 190/1985. A. PALLADINI, *ult. op. cit.*, p. 208.

¹⁵⁶ In senso dubitativo M. BROLLO, *ult. op. cit.*, p. 391; favorevole alla possibilità di differire il trattamento economico A. RUSSO, *ult. op. cit.*, p. 17 e la giurisprudenza *ivi* citata in materia di pubblico impiego privatizzato.

piano sistematico) la deroga alla legge. Potrebbero invece regolarsi una volta per tutte alcuni aspetti, sempre attinenti al passaggio a mansioni superiori, su cui la giurisprudenza si dimostra oscillante, come il computo delle ferie o delle assenze giustificate nel periodo utile per l'acquisizione della superiore qualifica¹⁵⁷, o la necessità del consenso del lavoratore per l'adibizione, anche temporanea, a mansioni superiori¹⁵⁸.

5. I contratti a termine.

I «contratti a termine» costituiscono una delle materie, «inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione», sulle quali la contrattazione di prossimità potrà intervenire, anche in deroga alle disposizioni di legge ed alla regolamentazione prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro, ai sensi del comma 2, lett. c), dell'art. 8.

Il coinvolgimento della contrattazione collettiva nella regolamentazione dell'istituto non costituisce certamente una novità nel nostro ordinamento: basti pensare alla facoltà di introdurre ipotesi di (legittimo) ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, in aggiunta a quelle predeterminate dalla legge¹⁵⁹, assegnata dall'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, ai «contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale», in una però con l'impegno a stabilire «il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato».

¹⁵⁷ Favorevoli all'esclusione dal computo dei giorni di ferie e dei periodi di assenza e malattia Cass., 18 novembre 1999, n. 12809, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 11; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15766, in *Giust. civ. mass.*, 12, che però ritiene doversi computare i riposi.

¹⁵⁸ Necessario per la promozione definitiva secondo Cass., 6 giugno 1985, n. 3372, in *Giust. civ.*, 1985, p. 3081, che invece ritiene di pertinenza della contrattazione collettiva stabilire le modalità dello *ius variandi in melius* (temporaneo) anche sotto il profilo della (eventuale) necessità del consenso del lavoratore.

¹⁵⁹ Si trattava precisamente dell'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e dell'art. 8-bis del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79.

Come noto, la disciplina vigente del contratto a termine è contenuta nel decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, attuativo della direttiva n. 1999/70/CE, che a sua volta recepisce l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES. Anche nella normativa più recente si rinvengono molteplici rinvii all'autonomia collettiva, ma la disciplina del 2001 si discosta dalla regolamentazione precedente laddove individua *direttamente* la condizione legittimante il ricorso alla stipulazione del contratto a termine, nella sussistenza di una ragione «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (la c.d. causale); pur restando ferma, d'altro canto, la riserva a favore dei «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi» (contenuto nell'art. 10, comma 7) verso l'individuazione di limiti quantitativi alla stipulazione di contratti a tempo determinato.

In seguito, ragioni di carattere per lo più occupazionale hanno spinto il nostro legislatore ad ampliare progressivamente l'ambito di utilizzo del contratto a termine, sia rendendo meno stringenti i vincoli alla prosecuzione del medesimo rapporto già instaurato tra le stesse parti¹⁶⁰, sia (e soprattutto) affiancando alla tradizionale fattispecie del contratto a termine *causale* la nuova figura del contratto a termine *a-causale*, cioè stipulato in assenza di ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»¹⁶¹. Da ultimo, sul corpo del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è intervenuto il decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni,

¹⁶⁰ In tal senso vedasi il comma 4-*bis* dell'art. 5, introdotto nel corpo del decreto legislativo dall'art. 1, comma 40, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, e poi più volte modificato in seguito, ai sensi del quale in deroga al limite dei trentasei mesi di durata massima del medesimo rapporto tra le stesse parti «un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato».

¹⁶¹ Novità introdotta dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, la quale peraltro subordina tale facoltà alla condizione che si tratti del primo contratto di lavoro tra le stesse parti e che detto contratto non abbia durata superiore all'anno.

dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, che ha inciso su quattro profili della disciplina: in primo luogo ha ampliato la facoltà della contrattazione collettiva (anche di livello aziendale) di individuare ulteriori ipotesi in cui l'apposizione del termine al contratto di lavoro non necessita del requisito causale¹⁶²; in secondo luogo ha previsto, a differenza della disciplina previgente, la prorogabilità di questo contratto a-causale (che ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, non potrebbe comunque superare l'anno di durata massima comprese le eventuali proroghe)¹⁶³; in terzo luogo, volendo introdurre un contemperamento alla notevole liberalizzazione nel ricorso e nell'utilizzo di questo contratto a-causale, ha esteso la facoltà di individuare clausole di contingentamento da parte della contrattazione di livello nazionale anche alla fattispecie del contratto a-causale¹⁶⁴; infine, sono stati nuovamente abbassati gli intervalli temporali tra un contratto e l'altro necessari ad evitare la conversione del secondo contratto in un rapporto a tempo indeterminato, dando altresì facoltà ai

¹⁶² Si confrontino la versione precedente del secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 1, a mente della quale «i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo il requisito di cui al comma 1 non sia richiesto nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva», e la nuova dizione dello stesso, divenuto «lett. b)», come sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. a), d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni in l. n. 99/2013, secondo la quale non si richiede la causale «in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, *anche aziendali*, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Oltre all'eliminazione di qualsiasi precondizione di carattere oggettivo all'intervento dell'autonomia collettiva in materia ed all'estensione di tale facoltà alla contrattazione collettiva *anche di livello aziendale* (altra novità rispetto al passato), si noti come questa ipotesi non sia più sostitutiva ma *aggiuntiva* rispetto a quella legale (il dato letterale pare inequivoco: «ogni altra ipotesi»): pare così aprirsi una sorta di “doppio canale”, legislativo e collettivo, all'utilizzo del contratto a termine a-causale.

¹⁶³ L'art. 7, comma 1, lett. b), d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni in l. n. 99/2013, ha infatti abrogato il comma 2-*bis* dell'art. 4 (a sua volta introdotto dalla riforma Fornero) che precludeva la possibilità di prorogare il contratto a-causale.

¹⁶⁴ È stato infatti inserito nel corpo dell'art. 10, comma 7, un rimando interno alla disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 1, quella che contiene per l'appunto le condizioni della stipulazione del contratto a-causale. Oltretutto, la nuova dizione del comma 2 dell'art. 5 sembra ammettere che i contratti a-causali possano essere non solo prorogati, ma anche preseguiti “di fatto” per un tempo limitato (trenta o sessanta giorni a seconda della durata inizialmente stabilita) senza incorrere nella sanzione della conversione.

«contratti collettivi, *anche aziendali*, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» di prevedere ipotesi in cui tali intervalli potrebbero addirittura essere eliminati del tutto¹⁶⁵.

Dettagliare ulteriormente i contenuti dell'articolata regolamentazione del contratto a termine non sarebbe possibile ed esorbiterebbe anche dai compiti del presente lavoro, per cui nel prosieguo del discorso ci limiteremo ad indicare quali spazi di manovra, *de iure condito*, potrebbero risultare "agibili" da parte della contrattazione di prossimità ai sensi dell'art. 8¹⁶⁶. E sotto questo profilo debbono essere considerati con particolare attenzione sia i "vincoli" derivanti dalla direttiva europea di cui il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, costituisce il testo di recepimento, sia, sul piano interno, le stesse modifiche intervenute su questa disciplina successivamente all'art. 8. Andrà poi considerata con particolare attenzione l'ipotesi della «trasformazione» o «conversione» del contratto a termine in un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato quale "sanzione" per il

¹⁶⁵ È stato modificato il comma 3 dell'art. 5, per cui gli intervalli tra un contratto e l'altro passano dai sessanta o novanta giorni (a seconda che il primo contratto avesse durata fino a o superiore ai sei mesi) previsti dalla precedente versione (con facoltà per la contrattazione collettiva di ridurli a fronte di ipotesi di carattere oggettivo predeterminate dalla legge), ai dieci o venti giorni attuali. La stessa disposizione esclude ora l'applicazione di tale vincolo sia ai contratti stagionali, sia «in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, *anche aziendali*, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

¹⁶⁶ Volendo, tra la letteratura più recente in materia di contratto a termine può senz'altro rinviarsi, tra gli altri, a G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010; L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo indeterminato*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 2007, II° vol., p. 1223 ss.; ID., *Contratto a termine, nuove regole*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Supplemento a Dir. prat. lav.* n. 33 del 15 settembre 2012, p. 93 ss.; G. FERRARO (a cura di) *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008; F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT - n. 85/2009; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 98*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - n. 153/2012; v. anche D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 721 ss. Tratta organicamente dei possibili effetti dell'art. 8 sulla disciplina dell'istituto (previgente però alla riforma Fornero) L. MENGHINI, *Contratti a termine*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, op. cit., p. 433 ss. Sulle ultime modifiche operate da d.l. n. 76/2013 può rimandarsi a E. MASSI, *I contratti a termine dopo le recenti riforme*, in *Inserto a Dir. prat. lav.* n. 41 del 26 ottobre 2013.

mancato rispetto dei requisiti o (più realisticamente, alla luce delle modifiche intervenute tra il 2012 e il 2013) delle modalità di utilizzo del termine, considerando che, astrattamente, questa è una “materia” sulla quale la contrattazione di prossimità è espressamente facoltizzata ad intervenire, in funzione derogatoria della legge, da parte della lett. e) dello stesso art. 8, comma 2.

Da uno sguardo di insieme dei contenuti della direttiva n. 1999/70/CE, come filtrati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si ricavano almeno due principi fondamentali cui sia il legislatore nazionale (e il giudice interno nell’interpretazione del diritto nazionale) sia la contrattazione collettiva, investita di nuove funzioni derogatorie della disciplina interna, dovranno *in ogni caso* attenersi: il *principio di non discriminazione* tra lavoratori assunti a termine e lavoratori stabili, che è funzionale al miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato; e il *principio anti-abusivo* con specifico riferimento al fenomeno della reiterazione di assunzioni con contratto a termine¹⁶⁷.

Quanto al principio di non discriminazione, questo viene enunciato già nella lett. a) della clausola 1 della direttiva, e trova poi più concreta specificazione nella clausola 4, in base alla quale (punto 1) il fatto di lavorare mediante un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato non giustifica, di per sé, l’applicazione di trattamenti meno favorevoli rispetto dei lavoratori a tempo indeterminato «comparabili», «a meno che non sussistano ragioni oggettive». Il principio viene recepito, quasi letteralmente, dall’art. 6 del decreto legislativo n. 368/2001, per il quale «al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell’impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello

¹⁶⁷ M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, cit., p. 255. I quali fanno osservare come, diversamente dalla direttiva n. 97/81/CE sul lavoro a tempo parziale, questa sul lavoro a tempo determinato non si ponga l’obiettivo di aumentarne la diffusione, dal momento che tale tipo contrattuale risponde alle esigenze di imprese e lavoratori ma solo in alcune circostanze.

in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine». Dovrebbe quindi escludersi che la contrattazione di prossimità possa superare questa regola, anche introducendo criteri di inquadramento tali da discriminare, surrettiziamente, i lavoratori precari¹⁶⁸.

Quanto al principio anti-abusivo, questo è già espresso dalla lett. b) della clausola 1 e poi dettagliato dalla successiva clausola 5. La protezione dagli abusi – obiettivo generale di tutta la direttiva come specificato dalla stessa clausola 1 – è però circoscritta – in una con la stima, da parte del legislatore europeo, dei potenziali rischi insiti nel ricorso al contratto a tempo determinato – alla *reitezione* di contratti o rapporti a tempo determinato. Posto che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento»¹⁶⁹, per prevenire abusi «derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» gli Stati membri sono tenuti a introdurre, «in assenza di norme equivalenti», una o più misure che prevedano: «a) ragioni *obiettive* per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la *durata massima* totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti». In buona sostanza, gli istituti che vengono in rilievo sotto questo profilo sono le regole in materia di propoga del contratto a termine e di assunzioni successive (sempre a termine)¹⁷⁰.

¹⁶⁸ La Corte di Giustizia ha infatti escluso, con riferimento a rapporti intercorsi con la pubblica amministrazione (ma il principio assume ugualmente carattere sistematico), che il fatto di avere avuto instaurato un rapporto a termine possa di per sé costituire una ragione oggettiva di un trattamento differenziato quanto a scatti di anzianità, qualifiche e accesso a concorsi interni: cfr. in particolare Cgce, 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 4, p. 1013; Cgce, 22 dicembre 2010, C-444/09, *Gaviero Martinez*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2010, 4, p. 955. Ma vedi, *amplius*, D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, cit., in particolare pp. 731-732.

¹⁶⁹ Questo il contenuto del sesto considerando della direttiva.

¹⁷⁰ M. ROCCELLA-T. TREU, *ult. op. cit.*, p. 257.

Ora, posto che nella direttiva non si ravvisa l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la necessaria giustificazione causale di ogni contratto a termine, si era sostenuto, con riferimento all'art. 8, come la contrattazione di prossimità avrebbe potuto rimuovere tale vincolo limitatamente al primo contratto stipulato dalle stesse parti¹⁷¹. Questo vincolo però è poi stato rimosso, in linea generale, dalla legge 28 giugno 2012, n. 92; per cui, quello che era stato individuato come il principale possibile ambito di intervento della contrattazione di prossimità in materia può considerarsi ormai "assorbito" dalla novella legale. Si noti ancora come la stessa disciplina legale si sia spinta anche oltre, prevedendo, accanto alla fattispecie del "primo" contratto a-causale, anche la facoltà, per i «contratti collettivi, *anche aziendali*, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» di individuare altre «ipotesi»¹⁷², dunque «ipotesi» di contratti a termine a-causali necessariamente *diversi dal primo contratto* tra le stesse parti¹⁷³. A prescindere da ogni valutazione, che esulerebbe dall'oggetto di questo lavoro, in merito alla conformità di questa previsione con i "vincoli" imposti dalla direttiva proprio sotto il profilo anti-abusivo, potrebbe ipotizzarsi che con tale disposizione il legislatore abbia voluto dare (piena) attuazione alla facoltà prevista dalla stessa clausola 5.2 della direttiva di «stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: *a)* devono essere considerati «successivi»; *b)* devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato» (ai fini dell'applicazione della stessa direttiva)¹⁷⁴.

¹⁷¹ Vedi ad esempio R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 48; L. MENGHINI, *Contratti a termine*, cit., p. 444.

¹⁷² Questa la lett. *b)* del comma 1-*bis* dell'art. 1, come modificato dal d.l. n. 76/2013, conv. con modifiche dalla l. n. 99/2013.

¹⁷³ Perché altrimenti la norma non avrebbe alcuna portata pratica, visto che per il primo contratto è già la legge a prevedere l'a-causalità.

¹⁷⁴ Per cui le parti collettive potrebbero stabilire, ad esempio, dopo quale intervallo di tempo (un anno, sei anni, dieci anni) un *secondo* contratto tra le stesse parti potrebbe non considerarsi "successivo" ai fini del vincolo causale (e dunque usufruire dello stesso trattamento previsto per il "primo" contratto); o stabilire in che termini un rapporto di breve durata già intercorso non osterebbe alla stipulazione di un secondo contratto, sempre a-causale, tra le medesime parti. Così come potrebbe

Ora, a prescindere dall'interpretazione della novella, sorge il forte sospetto che le modifiche operate in punto di delega alla contrattazione collettiva circa i requisiti alla stipulazione del contratto a termine dalla legge 92/2012 prima e dal decreto 76/2013 poi, abbiano tacitamente abrogato l'art. 8 *in parte qua*: la sovrapposizione tra le due disposizioni è abbastanza evidente, dal momento che ora, già ai sensi della vigente disciplina sull'apposizione del termine, la contrattazione collettiva, *anche aziendale*, è legittimata ad intervenire in materia ma secondo procedure diverse da quelle previste dall'art. 8¹⁷⁵: soprattutto, sul piano soggettivo, le sole rappresentanze sindacali aziendali (r.s.a. ed r.s.u.) non sarebbero più legittimate a concludere accordi in merito alle condizioni di ricorso al contratto a termine, dato che in materia risultano legittimate soltanto le «*organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*».

È però dubbio, allora, se in tali sedi di contrattazione, che non potrebbe più dirsi “di prossimità” perché non agirebbe più sotto la copertura (e con i vincoli) dell'art. 8, ma resterebbe comunque in senso lato “derogatoria”, o comunque “autorizzatoria”, sarebbe consentito, ad esempio, sfiorare il tetto dei 36 mesi come termine di durata massima del rapporto a termine tra le stesse parti (posto che nella direttiva non si stabilisce un termine massimo di durata complessiva del rapporto, ma semmai un limite numerico ai rinnovi e/o ai contratti¹⁷⁶)¹⁷⁷. Mentre per quanto riguarda l'eventuale superamento degli intervalli tra un contratto a termine e l'altro,

semplicemente ritenersi che alle parti collettive sia data la facoltà di prevedere la possibilità di stipulare un primo contratto, sempre a-causale, di durata superiore all'anno.

¹⁷⁵ Cfr. sul punto A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., pp. 977-978.

¹⁷⁶ Vedasi le lett. b) e c) della clausola 5.1.

¹⁷⁷ Per la soluzione positiva v. A. TURSI, *ult. op. loc. cit. Contra*, A. PERULLI, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, op. cit., p. 946. A voler essere pignoli si potrebbe rilevare come la disposizione sul termine massimo di durata, l'art. 4, non sia stata investita dall'ultima riforma; quindi, se si ritenesse venuta meno la derogabilità generalizzata della disciplina del contratto a termine *ex art. 8* stante un'abrogazione tacita della disposizione *in parte qua*, l'ambito della derogabilità in sede collettiva potrebbe ritenersi ristretto alle *sole* condizioni legittimanti la stipulazione del contratto a termine a-causale.

questo dovrebbe essere già consentito, nelle stesse sedi di contrattazione, vista la lettera del nuovo art. 5, comma 3, del d. lvo. n. 368/2001.

Più controversa è l'agibilità da parte della contrattazione di prossimità *ex art. 8* sul profilo sanzionatorio¹⁷⁸ - la c.d. «trasformazione del contratto», richiamata anche dalla lett. e) del comma 2 - ovvero la facoltà di sostituire con un mero indennizzo economico la «conversione del contratto», cui si deve aggiungere¹⁷⁹, secondo la disciplina generale prevista dall'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010, n. 183, un indennizzo economico ricompreso tra le 2,5 e le 12 mensilità per il periodo intercorrente tra la scadenza del termine e la pronuncia del giudice che ordina la ricostituzione del rapporto. Si tratta di un profilo oggettivamente controverso¹⁸⁰, anche se la sola sanzione economica è già prevista, come noto, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato¹⁸¹; e la Corte di Giustizia, pur ribadendo più volte la necessità di giustificare sul piano oggettivo la stipulazione successiva di contratti a termine¹⁸², ha però ritenuto, sotto il profilo sanzionatorio, che la previsione di un mero indennizzo economico come risarcimento per l'abusivo ricorso a contratti a termine in successione *non sia* confliggente, di per sé, con i principi della direttiva, dovendosi poi rimettere al giudice nazionale la valutazione della adeguatezza in concreto dell'indennizzo economico a ristorare il danno¹⁸³.

¹⁷⁸ Perché sul punto non dovrebbe ritenersi interdetta dalle modifiche operate sul comma 1-*bis* dell'art. 1 e sul comma 3 dell'art. 5.

¹⁷⁹ In via omnicomprendiva secondo l'interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010.

¹⁸⁰ E sul quale non si registra uniformità di opinioni anche in dottrina: favorevole al superamento del principio della necessaria conversione ad esempio R. DEL PUNTA, *op. loc. cit.*; su posizioni più caute, almeno per i contratti successivi al primo, L. MENGHINI, *Contratti a termine*, cit., p. 446.

¹⁸¹ Dove l'art. 36, comma 5, d. lvo. n. 165/2001, esclude che dall'abusivo ricorso al contratto a termine possa derivare la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'amministrazione.

¹⁸² Cfr. in particolare Cgce, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adelener*, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 4, p. 559; Cgce, 23 aprile 2009, C-378-379-380-07, *Angelidaki*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 2, p. 385.

¹⁸³ Questione sollevata in sede di rinvio proprio dai giudici italiani e così risolta da Cgce, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 714; Cgce, 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 602; Cgce, 3 dicembre 2010, C-3/10, *Affatato*, in *Foro it.*, 2011, 2, IV, p. 69. Da ultimo, si segnala sul punto Cgce, 12 dicembre 2013, C-50/2013, *Papalia*, a quanto consta ancora inedita; in questa pronuncia, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Aosta, la Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui l'accordo quadro sul lavoro a tempo

Se tuttavia si accogliesse l'impostazione a suo tempo suggerita, per cui, su un piano generale, la deroga *ex art.* 8 è da ritenersi giustificata solo sulla base di un'esigenza organizzativa o produttiva da provarsi in concreto, si fatica davvero ad immaginare come di tale elemento potrebbe fornirsi la prova *ex ante*, in un contratto collettivo aziendale.

Dovrebbero invece ritenersi estranee ad ogni possibilità di deroga le disposizioni (peraltro di scarsa pregnanza) contenute negli artt. 7 e 9 del decreto legislativo n. 368/2001 in merito alla formazione dei lavoratori assunti a termine ed all'obbligo di informazione degli eventuali posti a tempo indeterminato vacanti, perché costituiscono diretto recepimento di altrettanti vincoli contenuti nella direttiva alle clausole 6 e 7¹⁸⁴.

Resta invece dubbio se la contrattazione di prossimità potrebbe intervenire sulle clausole di contingentamento che l'art. 10 del decreto legislativo affida «ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi». Questa disposizione non è stata modificata successivamente all'entrata in vigore dell'art. 8 se non ricomprendendo nell'oggetto delle clausole anche i contratti a-causali¹⁸⁵. In effetti esigenze legate alla organizzazione e alla

determinato allegato alla direttiva n. 1999/70/CE dev'essere interpretato nel senso che esso «osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno ... quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione». Va però osservato come nella fattispecie dell'illegittimo ricorso a contratti a termine da parte della Pubblica Amministrazione italiana, al lavoratore debba comunque riconoscersi, a titolo di risarcimento del danno, in via forfettaria e «a prescindere dalla prova di un danno effettivamente subito» un'indennità da liquidare fra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ai sensi dell'art. 32 l. n. 183/2010: cfr. da ultimo Cass., 21 agosto 2013, n. 19371, in *Mass. giust. civ.*, 2013, 8-9. Tale indennizzo dovrebbe quindi trovare applicazione, anche nel settore privato, nell'ipotesi in cui la "conversione" del contratto fosse esclusa da un'intesa di prossimità stipulata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 8.

¹⁸⁴ E conformi altresì all'art. 4 della Direttiva 89/391/CEE relativa al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro.

¹⁸⁵ Sul punto vedasi l'art. 7, comma 1, lett. d), n. 3), d.l. n. 76/2013, conv., con modificazioni, dalla l. n. 99/2013.

produzione del lavoro potrebbero legittimare un interesse della contrattazione di prossimità sul punto; per contro, tale profilo potrebbe ritenersi “assorbito” dalla più generale delega operata ai sensi dell’art. 1, comma 1-*bis* del medesimo decreto, ed allora tali deroghe avverrebbero fuori dallo spettro dell’art. 8 (e non parrebbero esistere particolari vincoli derivanti dal diritto dell’Unione sul punto).

Un ultimo profilo riguarda la (eventuale) violazione della clausola di non regresso contenuta nel punto 8 della direttiva¹⁸⁶. La formulazione letterale della disposizione, alquanto vaga, non lascia però intravedere, concretamente, punti di contrasto rispetto ad un eventuale intervento della contrattazione (di prossimità o aziendale che sia) in deroga alla legge¹⁸⁷.

Tra la contrattazione aziendale più recente (utilizziamo questa espressione più generica perché non pare che le intese in parola, eccezion fatta per l’ultima, siano riconducibili all’art. 8) si segnalano in particolare quattro accordi che avrebbero derogato alla disciplina del contratto a termine, sotto i profili, tra l’altro, della durata massima dei contratti a termine, degli intervalli tra un contratto e l’altro (soppressi), delle clausole di contingentamento e (in un quarto caso) addirittura della parità di trattamento relativamente ai premi di produttività¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Che al punto 3 specifica come «L’applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell’ambito coperto dall’accordo stesso». È però il successivo punto 4 della clausola a ridurre l’impatto applicativo, infatti «Il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, ivi compreso quello europeo, accordi che adattino e/o completino le disposizioni del presente accordo in modo da tenere conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate».

¹⁸⁷ E ciò anche alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, che sembra avere esteso allo stesso legislatore la facoltà di derogare al regime generale più favorevole, purchè possa distinguersi chiaramente un nesso (c.d. profilo teleologico) tra la deroga peggiorativa e la situazione regolata: cfr. in particolare sulla vicenda delle Poste, Cgce, 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 4, II, p. 1042; Cgce, 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2010, 4, p. 985.

Oltretutto, deve notarsi come secondo la stessa giurisprudenza della Corte alla clausola di non regresso non potrebbe in ogni caso attribuirsi effetto diretto: cfr. Cgce, 23 aprile 2009, C-378-379-380-07, *Angelidaki*, cit.; Cgce, 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit.

¹⁸⁸ Si tratta del contratto Telecom, del contratto Anasfim, di un altro contratto innominato, citati da A. PERULLI, *La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi*, op. cit., pp. 945-947, e di un quarto contratto, sempre anonimo, citato da L. IMBERTI, *A proposito dell’art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., p. 261.

Senza entrare nel merito delle singole intese (delle quali non si dispongono i testi integrali), va però fatto notare come la dottrina più attenta alle dinamiche endosindacali abbia ravvisato dietro questi accordi non solo un problema di assenza di coordinamento tra le associazioni sindacali territoriali e le relative rappresentanze sindacali aziendali, ma anche la carenza di rappresentanza, da parte di queste ultime, dei lavoratori precari, per lo più esclusi dalla formazione delle r.s.a./r.s.u. e dunque maggiormente “esposti” nell’ambito di una contrattazione facoltizzata a derogare proprio sulle regolamentazione del lavoro a termine e somministrato¹⁸⁹. Almeno in linea teorica, la selezione delle istanze sindacali “esterne” all’azienda, quali soggetti abilitati a contrattare (anche) in deroga, operata dalla legge 92/2012 e dal successivo decreto-legge 76/2013, potrebbe quindi costituire un elemento di riequilibrio tra le diverse categorie di lavoratori (stabilizzati e no); o, quanto meno, un fattore meno divisivo tra gli stessi destinatari passivi della contrattazione in deroga.

6. I contratti di lavoro a orario ridotto, modulato e flessibile.

I contratti di lavoro «a orario ridotto, modulato e flessibile» sono tra le materie «inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione» che la lett. c) del comma 2 dell’art. 8 individua come possibile ambito di intervento della contrattazione di prossimità, in funzione derogatoria degli standard previsti dalla legge e dal contratto collettivo nazionale.

La disciplina del lavoro a tempo parziale è contenuta, come è noto, nel d. lvo. 25 febbraio 2000, n. 61, attuativo della direttiva n. 97/81/CE, che a sua volta recepisce l’accordo quadro europeo sul lavoro a tempo parziale concluso dall’UNICE, dal CEEP e dalla CES.

¹⁸⁹ Cfr. L. IMBERTI, *ult. op. loc. citt.*

Si tratta di una regolamentazione che ha attraversato tutta la “fase dell’alternanza” che ha contrassegnato il nostro diritto del lavoro dai primi anni Duemila sino ad oggi, quando ai cambi delle maggioranze di governo del Paese sono seguiti contestuali interventi, di “riforma” e “controriforma”, che hanno interessato, a volte in modo anche marcato, diversi istituti afferenti al mercato e al rapporto di lavoro: e il *part time* ne è forse l’esempio più lampante. Non è questa la sede per ripercorrere tutte le modifiche, di diverso segno, che si sono succedute nel corso del tempo, e nemmeno per esaminare nel dettaglio la disciplina dell’istituto¹⁹⁰, contenuta in un testo normativo che, proprio per i ripetuti interventi, si presenta oltretutto di difficile lettura. Volendo dare semplicemente delle linee di sintesi, è una normativa che cerca (faticosamente) di conciliare la legittima aspettativa del lavoratore a tempo parziale alla piena disponibilità del tempo di non lavoro, con una certa dose di flessibilità oraria della prestazione a favore dell’impresa. Un equilibrio, già indicato dalla direttiva europea come punto di arrivo “ottimale” delle regolamentazioni nazionali¹⁹¹, che è stato per lo più conseguito soprattutto attraverso la mediazione della contrattazione collettiva di livello nazionale, la quale, anche a seguito dei massicci interventi “*pro flexibility*” operati dalla riforma del 2003 (tramite l’art. 46

¹⁹⁰ Volendo, per entrambi gli aspetti si può rimandare in particolare a A. MINERVINI, *Il lavoro a tempo parziale*, Giuffrè, Milano, 2009; M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, Napoli, 2008; ID., (voce) *Lavoro a tempo parziale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 693 ss.; S. BRUN, *Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell’impresa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 259 ss.; ma v. anche, a proposito degli ultimi sostanziali ritocchi portati dalla legge n. 92/2012, M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Supplemento a Dir. prat. lav.* n. 33 del 15 settembre 2012, p. 118 ss.; EAD., *Il lavoro a tempo parziale*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, II, p. 1180 ss. Sui possibili effetti dell’art. 8 deve senz’altro rimandarsi a R. VOZA, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 419 ss.

¹⁹¹ Danno un chiaro indirizzo in tal senso sia il testo dell’accordo quadro, sia il preambolo della stessa direttiva; vedasi in particolare il quinto considerando, dove si afferma che «le parti firmatarie del presente accordo attribuiscono importanza alle misure che facilitino l’accesso al tempo parziale per uomini e donne che si preparano alla pensione, che vogliono conciliare vita professionale e familiare e approfittare delle possibilità di istruzione e formazione per migliorare le loro competenze e le loro carriere, nell’interesse reciproco di datori di lavoro e lavoratori e secondo modalità che favoriscano lo sviluppo delle imprese». Una formula certamente compromissoria ma che indica come “direttiva” proprio la ricerca di un equilibrio tra flessibilità e protezione, tale da rendere concretamente appetibile il *part time* tanto ai lavoratori, quanto alle imprese.

del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276) ha molto spesso assicurato una disciplina largamente migliorativa di quella legale¹⁹².

In quest'ottica di contemperamento tra opposte esigenze, i profili maggiormente garantistici nella regolamentazione legale dell'istituto sono certamente rappresentati, nella disciplina di legge, dall'obbligo di individuare per iscritto la durata e la collocazione della prestazione oraria ridotta (vedasi l'art. 2, comma 2 del d. lvo. n. 61/2000) e dalla necessità del consenso scritto del prestatore alla trasformazione del rapporto da *full time* a *part time* (ai sensi dell'art. 5, comma 1¹⁹³). Per contro, la legge apre alle esigenze di maggiore flessibilità nella gestione del tempo di lavoro manifestate dalle imprese, attraverso gli istituti del lavoro supplementare, delle clausole elastiche e delle clausole flessibili (la cui disciplina è contenuta nell'art. 3), che consentono di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa o modificarne la collocazione temporale; il risvolto della maggiore "appetibilità", da parte delle imprese, del *part time* "flessibile" consiste ovviamente nella sottoposizione del lavoratore ad un potere di *ius variandi* temporale che non solo ne accentua la subordinazione, ma lo priva, concretamente, della effettiva disponibilità del tempo di non lavoro; con evidenti ripercussioni negative tanto sulla sfera familiare, in senso lato relazionale e di salute (che può essere alla base della *scelta* del lavoratore per un impiego ad orario ridotto) tanto sulle concrete possibilità di reperire un'altra occupazione (che la disponibilità "forzata" fa, di fatto, scemare) e, conseguentemente, un reddito sufficiente per sé e per la propria

¹⁹² Segnatamente, attraverso la reintroduzione di alcuni istituti "garantistici" eliminati dal testo normativo, come il consolidamento dell'orario supplementare (cfr. ad esempio il CCNL per i lavoratori dipendenti della piccola e media industria alimentare 17 Aprile 2008, punto 10) o il consenso del lavoratore alla prestazione supplementare (ad esempio vedasi il CCNL per i lavoratori addetti all'industria delle calzature 18 maggio 2004, art. 24) o il diritto di ripensamento rispetto alla clausola elastica o flessibile in ragione di sopravvenute esigenze di carattere sanitario, formativo o familiare del lavoratore (CCNL per i lavoratori dipendenti della piccola e media industria alimentare 17 Aprile 2008 cit.; CCNL dell'industria turistica 3 febbraio 2008, art. 48).

¹⁹³ Pur non essendo più necessaria, dopo le modifiche operate dalla l. n. 183/2011, anche la convalida della Direzione territoriale del lavoro.

famiglia¹⁹⁴. Proprio per attenuare questi effetti potenzialmente pregiudizievoli per la posizione personale ed economica del lavoratore a tempo parziale, la più recente modifica del *part time* (operata dall'art. 1, comma 20, della legge 28 giugno 2012, n. 92) ha introdotto alcuni importanti correttivi, in particolare la possibilità per il lavoratore (originariamente prevista, poi cancellata nel 2003 e in parte mantenuta dalla contrattazione collettiva) di operare un "ripensamento" circa la disponibilità all'effettuazione di prestazioni supplementari o allo spostamento della collocazione oraria del tempo di lavoro già offerta mediante la stipulazione della clausola elastica e della clausola flessibile¹⁹⁵.

Così tratteggiati, per semplici linee di indirizzo, i contenuti della disciplina normativa, ci si può domandare a questo punto quali spazi di manovra possano ritenersi concretamente "agibili" da parte della contrattazione di prossimità. Spazi che, in rapporto alla disciplina legale, appaiono veramente limitati¹⁹⁶, considerando il complesso delle fonti sovranazionali e costituzionali che a vario titolo incidono sulla normativa di rango primario.

Anzitutto, sia la direttiva n. 1997/81/CE (alla clausola 1, lett. *b*), e alla clausola 5), sia la convenzione OIL n. 175/1994 (agli artt. 9 e 10) esprimono chiaramente un principio di *volontarietà* della scelta del lavoro a tempo parziale: la legge (e così la contrattazione collettiva delegata) dovranno quindi tenere in considerazione non solo

¹⁹⁴ Si consideri infatti come il lavoratore a tempo parziale che abbia offerto la propria disponibilità a variare la collocazione o la durata della prestazione si trovi in una condizione addirittura peggiore rispetto al lavoratore a chiamata con obbligo di risposta, che se non altro matura, per i periodi di disponibilità, il diritto all'indennità. Il che fa sorgere qualche dubbio rispetto alla compatibilità della disciplina legale coi principi costituzionali in materia di giusta retribuzione. Cfr. da ultimo R. VOZA, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile*, cit., pp. 426-427.

¹⁹⁵ In particolare, l'art. 1, comma 2, l. n. 92/2012 ha reintrodotto la possibilità di recedere dalla clausola elastica o flessibile sia nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (che viene quindi formalmente delegata ad intervenire in materia), sia nei casi previsti (direttamente) dalla nuova disposizione, ovvero per il completamento del percorso scolastico ai sensi dell'art. 10 Stat. lav., e per le esigenze terapeutiche del lavoratore affetto da patologie oncologiche o che assiste familiari a loro volta affetti da grave patologie invalidanti o conviventi con un figlio minore di anni tredici, ai sensi dell'art. 12-*bis* d. lvo. n. 61/2000.

¹⁹⁶ Il discorso cambia, ovviamente, in rapporto alle previsioni della contrattazione collettiva nazionale. Ma sul punto rimandiamo a quanto diremo *infra* al § 9 a proposito dell'orario.

il tempo di lavoro, ma anche il tempo *di non lavoro* del prestatore, che attraverso la stipulazione di un contratto a tempo parziale deve essere garantito della disponibilità *effettiva* degli spazi non occupati dallo svolgimento della prestazione per il soddisfacimento di esigenze personali e familiari.

Si è condivisibilmente osservato, a questo proposito, come la previsione di tetti minimi di orario, che peraltro è già contenuta in alcuni contratti collettivi di livello nazionale, non sarebbe incompatibile con il principio volontaristico¹⁹⁷. È invece da escludersi che possa derogarsi al principio della scelta volontaria in sede di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale: l'art. 5, comma 1, del d. lvo. n. 61/2000 prevede oggi che l'eventuale rifiuto del prestatore di lavoro non possa costituire motivo di licenziamento (conformandosi così alla clausola 5.2 della direttiva)¹⁹⁸; mentre nel caso opposto, nel silenzio della legge lo stesso principio volontaristico dovrebbe applicarsi - *a fortiori* - considerando come lo svolgimento (occasionale) di prestazioni supplementari (regolamentato dall'art. 3, commi 1-4 del d. lvo. n. 61/2000) sia tendenzialmente limitato¹⁹⁹, mentre la stipulazione della clausola elastica o flessibile (disciplinata dallo stesso art. 3, ai commi 7-10) richiede non solo il consenso del lavoratore, ma, allo stato, in taluni casi può essere dallo stesso addirittura denunciata²⁰⁰. A questo proposito ci si potrebbe domandare se il

¹⁹⁷ Vedi R. VOZA, *ult. op. cit.*, p. 426.

¹⁹⁸ Va sottolineato peraltro, come ciò non osti (anche secondo la lettera della direttiva) a che possa comunque procedersi ad un licenziamento, purchè però ne sussistano i presupposti, che non possono essere rinvenuti nel semplice rifiuto del lavoratore a trasformare il rapporto. Occorrerà quindi dimostrare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo consistente nella soppressione del posto di lavoro ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966.

¹⁹⁹ Pur non necessitando, inderogabilmente, il consenso del lavoratore, almeno nel caso in cui sia intervenuto in materia il contratto collettivo.

²⁰⁰ Si noti come nel caso della (rifiutata) trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno la giurisprudenza della Cassazione presenti un andamento oscillante. Per un primo orientamento, la mera preferenza dell'imprenditore, per ragioni di mera convenienza economica, per un solo contratto a tempo pieno in luogo di una pluralità di contratti a tempo parziale, non costituisce, di per sè, giustificato motivo oggettivo di licenziamento: cfr. Cass., 9 luglio 2001, n. 9310, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 1241. Un diverso orientamento esclude invece che tale scelta, in una con gli assetti organizzativi dell'impresa, possa essere sindacata in sede giudiziale: Cass., 23 marzo 2004, n. 5808, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 3. Secondo un terzo orientamento, infine, il licenziamento per esigenze organizzative aziendali potrà essere disposto solo ove il datore dimostri la necessità di coprire l'intero arco della giornata lavorativa, l'inutile ricerca di altro personale a tempo parziale da collocare in

contratto di prossimità sia facoltizzato a derogare alle previsioni di legge e dei relativi contratti collettivi nazionali circa la possibilità di recedere da tali clausole (così ritornando alla disciplina legale precedente alle ultime modifiche): ipotesi che non può escludersi a priori, a meno di non ritenere la stessa disciplina di legge previgente contrastante con il diritto comunitario. Certamente, ricordando la giurisprudenza sui c.d. turni articolati²⁰¹ ed il monito della Corte Costituzionale diretto alla salvaguardia delle esigenze personali e reddituali del *part-timer*²⁰², non potrebbe essere derogata la regola generale, posta dall'art. 2 del del d. lvo. n. 61/2000, della preventiva fissazione (per iscritto) della durata e della collocazione oraria della prestazione lavorativa. Ma ad una diversa regolamentazione osterebbe anche il principio posto dall'art. 36, comma 1, Cost.

Quanto al principio di non discriminazione, affermato a chiare lettere sia dalla direttiva (vedasi la clausola 4), sia dalla convenzione OIL (agli artt. 4 e 7), deve ricordarsi come la Corte di Giustizia abbia recisamente escluso che il fatto di lavorare a tempo parziale possa costituire, di per sè, una giustificazione oggettiva di un trattamento deteriore²⁰³: starebbe quindi al contratto di prossimità specificare le ragioni oggettive di un superamento del principio del *pro rata temporis* fatto proprio dalla legge (vedi l'art. 4 del d. lvo. n. 61/2000).

Da ultimo, il principio costituzionale della sufficienza retributiva rappresenta un ulteriore ed insormontabile argine ad eventuali clausole che si volessero

posizione complementare, l'incompatibilità tra l'assunzione di personale a tempo pieno e il mantenimento in servizio del lavoratore a tempo parziale: cfr. Cass., 20 dicembre 1995, n. 12999, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 12.

²⁰¹ Cfr. M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., 1189.

²⁰² Abbiamo più volte ricordato la celebre pronuncia della Corte Cost. n. 210/1992, con la quale la Corte censurò «l'assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili ma *ad libitum*».

²⁰³ Ad esempio a proposito del godimento delle ferie, in caso di passaggio dal tempo pieno al tempo parziale cfr. Cgce, 22 aprile 2010, C-486/10, *Tirols*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 1030, dove si afferma il diritto del lavoratore a mantenere le ferie già cumulate in costanza dello svolgimento del rapporto a tempo pieno; dello stesso tenore, Cgce, 13 giugno 2013, C-415/12, *Brandes*, a quanto consta ancora inedita.

introdurre in sede di intese di prossimità, finalizzate ad escludere, in qualsiasi modo, la preventiva fissazione della durata e della collocazione oraria della prestazione ridotta; fermo restando che un intervento diretto sull'elemento retributivo (si pensi a clausole che incidessero sul trattamento economico del lavoro supplementare) difficilmente potrebbe ritenersi coperto dall'art. 8, perchè la retribuzione non è tra le materie annoverate dal tassativo elenco posto dal comma 2.

Ci si domanda, infine, se la contrattazione di prossimità non potrebbe escludere – ai sensi della lett. e) del predetto comma – la “conversione” del contratto *part time* in un ordinario rapporto a tempo pieno nei casi previsti dall'art. 8 del d. lvo. n. 61/2000 ai commi 1 e 2²⁰⁴. In mancanza di vincoli in tal senso previsti da fonti sovranazionali, la risposta potrebbe essere, astrattamente, positiva; poichè però – rimanendo ferma l'impostazione generale circa i presupposti *oggettivi* legittimanti la deroga alla legge *ex art. 8* – dovrebbe pur sempre essere provata l'esigenza legata all'organizzazione e alla produzione che imporrebbe tale deviazione dalla regola generale, non si intravede come una tale “esigenza”, legata – si immagina – ad una vicenda singola, potrebbe essere predeterminata in astratto, e in via generale, da un contratto aziendale.

Come si vede, la gran parte della disciplina legale del lavoro a tempo parziale sarebbe difficilmente “aggredivibile” dalla contrattazione di prossimità senza violare un qualche principio costituzionale o derivante dalle fonti sovranazionali.

Infine, quanto alle altre due modalità “flessibili” di prestazione di lavoro subordinato conosciute al nostro ordinamento – il contratto ripartito e il contratto a chiamata, disciplinati rispettivamente dagli artt. 34-40 e 41-45 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – si deve rilevare l'assenza di disposizioni costituzionali o sovranazionali dettate con specifico riguardo a queste particolari forme di impiego. Dovranno valere, però, quale argine a qualsiasi “innovazione” apportata dalla

²⁰⁴ Si tratta, rispettivamente, dei casi della carenza del requisito formale del contratto (comma 1) e della mancata stipulazione per iscritto della durata della prestazione (comma 2).

contrattazione di prossimità, sia i generali principi di non discriminazione e giusta retribuzione che reggono l'intero sistema del lavoro subordinato, sia i limiti "interni" all'art. 8 derivanti dalla necessità di individuare specifiche esigenze organizzative a sostegno di ogni eventuale allargamento del relativo campo di applicazione (e ciò soprattutto con riferimento al contratto a chiamata).

Ad oggi, nella contrattazione di prossimità sviluppatasi sotto l'impulso dell'art. 8 si segnala, a proposito degli istituti sopra menzionati, (almeno) un accordo reso pubblico (ci riferiamo al contratto aziendale Anasfim²⁰⁵) con cui si è prevista, in particolare, la possibilità di ricorrere al lavoro intermittente nell'intero arco annuale e senza limitazioni rispetto alle fasce d'età dei lavoratori interessati e numero di occupati nell'impresa, derogando sia all'art. 34 del d. lvo. n. 276/2003, sia al relativo contratto collettivo nazionale.

7. Il regime della solidarietà negli appalti.

Tra le materie «inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione» oggetto della contrattazione di prossimità, la lett. c) del comma 2 dell'art. 8 individua «il regime di solidarietà negli appalti».

Per ovvie ragioni di contenenza rispetto al tema oggetto del presente lavoro, non potremo esaminare in questa sede, nemmeno per sommi capi, la complessa (e tormentata) disciplina che regola i numerosi profili lavoristici legati all'impiego di manodopera negli appalti²⁰⁶. Dobbiamo però evidenziare, limitandoci a fornire soltanto brevi cenni sulla regola della solidarietà che è direttamente richiamata

²⁰⁵ Cfr. A. PERULLI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 951 ss.

²⁰⁶ In argomento possiamo rimandare, solo tra le pubblicazioni più recenti a P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI° vol., Cedam, Padova, 2012, p. 1595 ss.; M.T. CARINCI-C. CESTER-M.G. MATTAROLO-F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti: inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, cit., p. 109 ss.

dall'art. 8, come essa rappresenti un istituto particolarmente “sensibile”, sicuramente determinante per assicurare l'*effettività* della disciplina legale e contrattuale collettiva del rapporto individuale in quei settori maggiormente intessati da fenomeni di decentramento produttivo. E questo per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo, la solidarietà tra committente e appaltatore (che si estende a tutta la catena dei subappalti in cui può venire concretamente “frazionata” la realizzazione dell'opera o del servizio commessi al primo appaltatore²⁰⁷ e ricomprende, oltre alle spettanze retributive, anche gli oneri contributivi, fiscali e il c.d. danno differenziale non coperto dalle assicurazioni sociali contro gli infortuni sul lavoro²⁰⁸), nel momento in cui rafforza, estendendola soggettivamente, la posizione creditoria in capo ai lavoratori impiegati a vario livello della catena dell'appalto, impedisce che il ricorso a questa forma contrattuale possa ritorcersi (o peggio, risultare *unicamente funzionale a*, in chiave elusiva della disciplina legale) a danno degli stessi lavoratori, verso i quali, in mancanza di detta regola, il committente originario non sarebbe in alcun modo vincolato all'adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di lavoro, pur potendosi di fatto avvantaggiare, almeno indirettamente, della loro prestazione lavorativa²⁰⁹. In secondo luogo, l'importanza “intrinseca” della regola della solidarietà è amplificata dal notevole livello di decentramento “fisiologico” raggiunto dall'impresa post-fordista, per la quale la specializzazione rappresenta ormai un fattore determinante di competitività²¹⁰.

²⁰⁷ Secondo un principio introdotto dall'art. 1, comma 911, legge 27 dicembre 2006, n. 296, di modifica dell'art. 29 d. lvo. 10 settembre 2003, n. 276, e poi mantenuto anche dalle versioni successive della disposizione.

²⁰⁸ Per quanto concerne l'obbligazione relativa al risarcimento dei danni differenziali, il riferimento normativo è contenuto nell'art. 26, comma 4, d. lvo. 9 aprile 2008, n. 81. Mentre l'obbligo relativo al versamento delle trattenute fiscali e dei contributi previdenziali si rinviene, rispettivamente, nell'art. 35, commi 28, 28-*bis* e 28-*ter*, d. l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. con modificazioni in l. 4 agosto 2006, n. 246, e nel medesimo art. 29, comma 2, d. lvo. 10 settembre 2003, n. 276.

²⁰⁹ Salva l'azione diretta prevista dall'art. 1676 c.c., che presuppone però l'esistenza di un debito del committente verso l'appaltatore.

²¹⁰ Cfr. U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 76 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 52 ss.

Fatta eccezione per le trattenute fiscali e il risarcimento dei danni differenziali da infortunio sul lavoro²¹¹, la disciplina vigente della solidarietà tra il committente e appaltatore è tutta contenuta nell'art. 29, comma 2, d. lvo. n. 276/2003, da ultimo modificato dall'art. 4, comma 31, lett. *a*) e *b*), legge 28 giugno 2012, n. 92, che per facilità di lettura riportiamo per esteso in nota²¹².

Sostanzialmente la solidarietà tra committente e appaltatore (ed eventuali subappaltatori) costituisce la regola generale in materia di appalto, anche se, come si vede, già i contratti collettivi nazionali di categoria, sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore, possono individuare «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti». Una novità certamente non positiva nell'ottica della garanzia dell'effettività della disciplina legale e contrattuale collettiva negli appalti, tanto più che per tenere indenni i committenti da possibili condotte “speculative” degli appaltatori, sarebbe bastato estendere la regola, già prevista a suo tempo dal decreto Bersani per le ritenute fiscali, che subordina il pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore alla verifica dell'adempimento delle sue obbligazioni derivanti dallo svolgimento del rapporto di lavoro. Ma tant'è. Peraltro, questo (gratuito, e quindi certamente criticabile) arretramento della disciplina protettiva è stato poi

²¹¹ Vedi i riferimenti normativi nelle note precedenti.

²¹² Art. 29, comma 2, d. lvo. n. 276/2003: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali».

temperato da una disposizione inserita nell'art. 9 del decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 9 agosto 2013, n. 99, per effetto della quale «le disposizioni dei contratti collettivi di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali e assicurativi».

In ogni caso, a prescindere da ogni valutazione di politica del diritto, va evidenziato come la versione dell'art. 29 d. lvo. n. 276/2003 vigente al momento dell'introduzione dell'art. 8 non prevedesse (ancora) alcuna facoltà derogatoria da parte della contrattazione collettiva di livello nazionale²¹³, che è stata (re)introdotta solo successivamente dall'art. 4, comma 31, l. n. 92/2012. Di qui il dubbio circa una possibile “abrogazione tacita” dell'art. 8 *in parte qua*, dubbio che deve però essere risolto negativamente in quanto, al di là dell'identità di materia, la disposizione contenuta nell'art. 8 e quella introdotta nell'art. 29 non sono tra loro incompatibili, ma possono anzi sovrapporsi: alla facoltà di deroga già prevista a favore della contrattazione *di prossimità*, la riforma Fornero ha aggiunto la possibilità che siano i contratti collettivi *nazionali* ad occuparsi della materia, prevedendo in tal caso non meglio specificate misure di controllo alternative della complessiva regolarità dell'appalto²¹⁴.

Così inquadrato il contesto normativo vigente, ci si domanda quali (effettivi) spazi di intervento in questa delicata materia possano essere coperti dalla contrattazione di prossimità.

²¹³ Questa facoltà di deroga al regime ordinario della solidarietà da parte dei contratti collettivi nazionali non rappresenta nemmeno una novità assoluta, perché era già stata inserita in occasione della modifica dell'art. 29 operata dal d. lvo. n. 251/2004, ma poi soppressa dalla legge n. 296/2006. Sulla evoluzione del regime della solidarietà possiamo rimandare a M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., pp. 119-138.

²¹⁴ Si diffonde sul punto A. TURSI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, cit., pp. 976-978.

In dottrina si è giustamente dubitato della legittimità (anche costituzionale) della disposizione contenuta nell'art. 8 *in parte qua* sotto due profili²¹⁵: in primo luogo sarebbe del tutto illegittimo, per assoluta carenza di rappresentanza, un contratto collettivo stipulato dal committente con i soli rappresentanti dei *propri* dipendenti che avesse l'effetto di privare dei *terzi*, cioè i dipendenti degli eventuali appaltatori, di tutele previste dalla legge: non si comprende insomma con quale efficacia giuridica un siffatto accordo potrebbe opporsi, in un ipotetico giudizio, alla legittima pretesa dei dipendenti dell'appaltatore di vedersi riconosciuto quanto loro spettante dal committente, obbligato in solido, in base ad una previsione di legge²¹⁶; in secondo luogo, dovrebbe ritenersi *comunque* sottratta alla potestà derogatoria della contrattazione di prossimità la disciplina della solidarietà tra committente e appaltatore in materia di contributi previdenziali e trattenute erariali, dal momento che quegli accordi (anche qualora stipulati dai rappresentanti dei lavoratori interessati) disporrebbero di diritti (*rectius*, della disciplina legale che ne estende l'esigibilità sul piano soggettivo) di cui non sono titolari i loro rappresentati, bensì l'erario e gli enti previdenziali.

È quindi da ritenersi che la disciplina correttiva introdotta dal d.l. n. 76/2013, che esclude dal campo di intervento della contrattazione collettiva gli adempimenti

²¹⁵ Cfr. in particolare R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 49; A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 515; A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 32-33.

²¹⁶ Né varrebbe l'obiezione che tale effetto deriverebbe dall'art. 8, perché questo "legittima" le deroghe da parte della contrattazione di prossimità (anche) sul presupposto della rappresentatività dei soggetti stipulanti nei confronti dei destinatari delle intese: ove i soggetti firmatari dell'intesa che deroga alla regola della solidarietà (di cui si avvantaggiano, evidentemente, i dipendenti dell'appaltatore) fossero i rappresentanti dei dipendenti della committente, mancherebbe qualsiasi legame rappresentativo (e dunque giuridico) tra questi e i destinatari passivi dell'accordo. Anzi, è del tutto evidente come i rappresentanti dei dipendenti della committente siano per così "contro-interessati", perché potrebbero essere indotti a "scambiare" la rinuncia della regola della solidarietà (a vantaggio altrui) con altre poste, come ad esempio la stabilizzazione di alcuni contratti precari, a favore dei propri rappresentati. Ecco un altro esempio degli effetti distorsivi dei meccanismi della rappresentanza sindacale prodotti dall'art. 8.

contributivi, debba essere riferita *anche* alla contrattazione di prossimità attivata ai sensi dell'art. 8.

Sarebbe del tutto inutile interrogarsi su eventuali “vincoli” alla contrattazione di prossimità in materia di solidarietà negli appalti, perché si tratta di una regola che non trova alcun fondamento in fonti di diritto positivo sovraordinate alla legge ordinaria. È però da dubitarsi, se si accoglie la lettura “sistematica” dell'art. 8 che abbiamo avanzato – l'unica, si ritiene, in grado di rendere la disposizione compatibile con il sistema, salvaguardandola da censure di illegittimità costituzionale in rapporto all'art. 3, comma 1, Cost. – che la contrattazione di prossimità possa *effettivamente* ritenersi facoltizzata ad intervenire in materia. Quale sarebbe, infatti, la ragione legata all'«organizzazione del lavoro o della produzione» – il giustificato motivo oggettivo che fa ritenere possibile e razionale la derogabilità “generale” delle disposizioni di legge da parte di un contratto di prossimità – che renderebbe “necessaria” la soppressione della regola della solidarietà? Come si comprende, nessuna. Perché tale deroga sarebbe unicamente funzionale ad un mero risparmio di costi, che però non rappresenta, di per sé, un giustificato motivo oggettivo²¹⁷.

In materia di deroga alla regola della solidarietà tra committente e appaltatore si rinviene ad oggi (almeno) un contratto di prossimità, stipulato dalla società Ilva S.p.a. di Paderno Dugnano in data 27 settembre 2011 con due r.s.u. presenti in azienda, in cui si è convenuto, tra l'altro, di disapplicare proprio le disposizioni che prevedono la responsabilità della committente per i contributi previdenziali e le ritenute fiscali con riferimento a tutti gli appalti presenti e futuri commessi²¹⁸. Una

²¹⁷ Principio a suo tempo ben chiarito da Cass., sez. Unite, 11 aprile 1994, n. 3353, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1352, che, in materia di giustificato motivo di licenziamento, rilevò come la sostituzione di un dipendente con un altro motivata unicamente dal risparmio di costi, non integrasse un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

²¹⁸ Il testo dell'accordo è consultabile sul sito www.dirittisocialitrentino.it. Cfr. a proposito L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., pp. 263-264; A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, cit., p. 11; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, cit., p. 956, che evidenziano pesanti dubbi sulla legittimità dell'accordo per i profili sopra cennati.

previsione negoziale della cui “tenuta”, in un ipotetico giudizio nei confronti delle amministrazioni interessate, pare lecito dubitare.

8. I casi di ricorso alla somministrazione di lavoro.

La lett. c) del comma 2 dell’art. 8 tra le materie oggetto della contrattazione di prossimità individua, da ultimo, «i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro». Si tratta di una previsione che, come vedremo, già al tempo della sua entrata in vigore doveva ritenersi di impatto applicativo abbastanza limitato, e che ora, viste le modifiche sopravvenute sulla disciplina generale del ricorso alla somministrazione, ad opera del decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24, attuativo della direttiva n. 104/2008/CE, risulta di portata ancora più ridotta.

Come noto, nel nostro ordinamento la fattispecie è regolata dall’art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Il ricorso alla somministrazione di manodopera a tempo *indeterminato* è consentito nei casi tassativamente individuati dalla legge²¹⁹, nonchè «in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali o *aziendali* stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative»²²⁰. Già la disciplina generale previgente all’art. 8 e poi rimasta sostanzialmente immutata anche in seguito²²¹, delegava alla contrattazione collettiva, si noti anche di livello aziendale, la facoltà di individuare ulteriori casi di ricorso (consentito) alla somministrazione a tempo *inderterminato*; con l’unica differenza, rispetto all’art. 8, che per la validità di tali previsioni si richiedeva la firma di *associazioni* di lavoratori comparativamente più

²¹⁹ Ed elencati alle lettere *a)-h)* ed *i-bis)-i-ter)* dell’art. 20, comma 3, d. lvo. n. 276/2003: tutte ipotesi di carattere oggettivo, legate essenzialmente al tipo di attività esercitata. Fa eccezione l’ipotesi prevista dalla lett. *i-ter)*, inserita dalla l. n. 92/2012 come modificata dal d.l. n. 83/2012, conv. con modificazioni in l. n. 134/2012, che consente l’utilizzo in somministrazione in tutti i settori produttivi di lavoratori assunti con contratto di apprendistato.

²²⁰ Secondo la previsione contenuta nella lett. *i)* dell’art. 20, comma 3, d. lvo. n. 276/2003, modificata dall’art. 2, comma 143, lett. *a)*, l. n. 191/2009.

²²¹ Eccezion fatta per il caso di lavoratori assunti in apprendistato. Vedi i riferimenti normativi alla nota precedente.

rappresentative, e non anche di semplici rappresentanze aziendali come invece previsto dall'art. 8.

La somministrazione a tempo *determinato* era ed è consentita, in via generale, «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore»²²², dunque in presenza di un giustificato motivo oggettivo, anche se non necessariamente consistente in un'esigenza di carattere temporaneo²²³. Oltre alla causale generale di carattere oggettivo, la legge già ammetteva il ricorso alla somministrazione a tempo in altre ipotesi specifiche, di carattere viceversa soggettivo, legate allo stato di disoccupazione del lavoratore²²⁴. In occasione del recepimento della direttiva n. 104/2008/CE, il decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24 ha poi introdotto nel corpo della disposizione due ulteriori commi²²⁵, consentendo tra l'altro ai «contratti collettivi nazionali, territoriali *ed aziendali* stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro» di individuare «ulteriori ipotesi» in cui potesse ricorrersi alla somministrazione a tempo *anche in assenza del requisito causale*, che della somministrazione di manodopera a tempo determinato costituisce, come abbiamo ricordato, il generale presupposto legittimante²²⁶. Questa novella operata sul corpo normativo che regola in via generale i casi di ricorso alla somministrazione di manodopera – ovvero l'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 – sembra aver sostanzialmente “assorbito” la portata dell'art. 8 in argomento, con l'unica differenza che questa disposizione consente l'individuazione di (ulteriori) casi di ricorso alla

²²² Ai sensi dell'art. 20, comma 4, d. lvo. n. 276/2003.

²²³ Vedi M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 57 ss.

²²⁴ Vedasi il comma 5-*bis* dell'art. 20, d. lvo. n. 276/2003, inserito dall'art. 2, comma 142, lett. b), l. n. 191/2009.

²²⁵ Commi 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 20, d. lvo. n. 276/2003.

²²⁶ Si ricordi poi che ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, d. lvo. n. 368/2001, come modificato dalla l. n. 92/2012, il primo rapporto di lavoro a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, anche nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato, non necessita di alcuna causale.

somministrazione di manodopera (senza specificare se a tempo determinato o indeterminato) anche da parte di un contratto collettivo aziendale sottoscritto dalle sole rappresentanze sindacali aziendali: potrebbe addirittura porsi il problema di una sopravvenuta abrogazione tacita dell'art. 8 *in parte qua*, vista la sostanziale sovrapposizione tra le due disposizioni.

Per completezza, va ancora ricordato come sempre ai sensi dell'art. 20, comma 4, d. lvo n. 276/2003, spetta poi ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368²²⁷, «la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato». Infine, l'art. 20, comma 5, d. lvo n. 276/2003, individua le ipotesi in cui il ricorso alla somministrazione (a tempo determinato o indeterminato) è vietata²²⁸.

Così tratteggiato il quadro normativo (previgente e successivo all'art. 8) che regola il ricorso alla somministrazione, non resta che provare ad individuare il residuo spazio applicativo della disposizione *in parte qua*, tenendo conto sia dei limiti derivanti dal suo contenuto letterale, sia di (eventuali) limiti derivanti dalle fonti sovraordinate alla legge, sia della sua collocazione all'interno dell'art. 8 (sul piano sistematico).

²²⁷ Si noti che l'art. 10, d. lvo. n. 368/2001, *ivi* richiamato, da ultimo modificato dall'art. 7, comma 1, d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni in l. n. 99/2013, esclude *direttamente* i limiti quantitativi in alcune ipotesi, come ad esempio l'avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi.

²²⁸ Si tratta nello specifico di tre ipotesi: «a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione, a meno che tale contratto sia stipulato per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi. Salva diversa disposizione degli accordi sindacali, il divieto opera altresì presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione; c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche» (vedasi oggi l'art. 28, d. lvo. n. 81/2008).

Sotto il primo profilo, la disposizione va riferita esclusivamente ai «casi di ricorso» alla somministrazione. Il dato letterale è francamente incontrovertibile, per cui deve radicalmente escludersi che un contratto di prossimità stipulato ai sensi dell'art. 8 possa incidere su aspetti giuridici della somministrazione di manodopera diversi dalle condizioni per la sua stipulazione²²⁹, ad esempio derogando il principio generale di parità di trattamento (*rectius*, «condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte»²³⁰) stabilito dall'art. 23, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Altra cosa sarebbero invece le modifiche *in peius* apportate, sempre ai sensi dell'art. 8, su altre condizioni contrattuali del rapporto di lavoro (si pensi all'orario o alle mansioni) applicate però *alla generalità* dei dipendenti dell'utilizzatore e che quindi in seconda battuta potrebbero riflettersi, proprio per il principio di parità di trattamento, anche sulle condizioni di lavoro dei prestatori somministrati all'utilizzatore. Sempre il dato letterale porta a ritenere che la contrattazione di prossimità potrebbe intervenire, indifferentemente, sia sul ricorso alla somministrazione a tempo, sia sullo *staff leasing*²³¹. Rimane invece il dubbio se i contratti di prossimità possano poi

²²⁹ Si tratta di un punto unanimemente condiviso dai commentatori della norma: cfr. in particolare M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., pp. 54-55; R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 48; A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., p. 513; G. ZILIO GRANDI, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 449 ss.; A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 20-21.

²³⁰ Si noti che l'art. 2, comma 1, lett. *a-ter*), d. lvo. n. 276/2003, modificata dal d. lvo. n. 24/2012, definisce «“condizioni di base di lavoro e d'occupazione”»: il trattamento economico, normativo e occupazionale previsto da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso un utilizzatore di cui all'articolo 20, comma 1, ivi comprese quelle relative: 1) all'orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi; 2) alla retribuzione; 3) alla protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento, nonché la protezione di bambini e giovani; la parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione».

²³¹ *Contra* G. ZILIO GRANDI, *ult. op. cit.*, p. 456, che ritiene limitato il campo di applicazione della disposizione alla sola somministrazione a tempo determinato: ma si tratta di una interpretazione suggerita prima delle modifiche operate sul corpo dell'art. 20, d. lvo. n. 276/2003, dal d. lvo. n. 24/2012.

disciplinare (innalzandoli) i limiti quantitativi previsti in sede di contrattazione nazionale al ricorso alla somministrazione a tempo²³², mentre dovrebbe escludersi, sia per la lettera della disposizione, sia per ragioni sistematiche, che i contratti di prossimità possano rimuovere i divieti legali²³³.

Ribadito dunque che l'art. 8 sotto questo profilo presenta un portata applicativa piuttosto limitata, visto il ruolo autorizzatorio al ricorso alla somministrazione che già la disciplina generale riconosce alla contrattazione collettiva (anche aziendale), sarebbe del tutto vano pensare di rinvenire ulteriori "limiti" al ricorso alla somministrazione nel diritto dell'Unione Europea. Anzi, la Direttiva n. 104/2008/CE²³⁴, pur ribadendo al quindicesimo considerando come «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», precisa letteralmente (vedi il punto 4.1) che «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi». Pare quindi pressochè impossibile ricavare da questa previsione indicazioni che consentano di circoscrivere o limitare ulteriormente la portata delle eventuali deroghe ai casi di ricorso alla somministrazione di manodopera. E nemmeno dalla convenzione Oil sulle agenzie per l'impiego private n. 181/1997, pure ratificata dall'Italia con legge 20 maggio 2000, n. 148, si ricavano indicazioni in tal senso: l'attenzione di questi documenti internazionali è piuttosto incentrata sulle condizioni di impiego del lavoratore somministrato (o interinale),

²³² Cfr. sul punto A. RUSSO, *ult. op. loc. citt.*

²³³ Quantomeno quelli previsti dalle lett. *a*) e *c*) dell'art. 20, comma 5, d. lvo. n. 276/2003, mentre non potrebbe escludersi, almeno in linea di principio, un intervento sulla fattispecie prevista dalla lett. *b*) della stessa disposizione: l'accordo *aziendale* potrebbe infatti individuare quale rimedio "parziale" alla crisi dell'impresa anche il ricorso temporaneo alla somministrazione, anche se è molto difficile ipotizzare una disponibilità sindacale a muoversi in tale direzione.

²³⁴ Per il cui esame possiamo rimandare a M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., pp. 266-273.

così da impedire che il ricorso alla somministrazione – al pari degli altri istituti giuridici legati al decentramento – rappresenti una mera occasione di abbassamento delle condizioni di impiego previste sul territorio nazionale.

D'altro canto, sempre ragionando su un piano sistematico, può ribarsi come la facoltà di deroga prevista a favore della contrattazione di prossimità dall'art. 8 dovrebbe comunque “reggersi” in rapporto ad esigenze di carattere organizzativo e produttivo che, nella singola fattispecie, dovrebbero motivare anche il ricorso (in deroga alla disciplina generale) alla somministrazione di manodopera. Poiché però, come si è visto, già la disciplina generale della somministrazione consente alla contrattazione collettiva anche aziendale (purchè però intervengano le istanze sindacali esterne all'azienda) di individuare casi di ricorso alla somministrazione (tanto a tempo determinato quanto a tempo indeterminato) anche *in assenza* di un presupposto oggettivo, il campo di applicazione della disposizione dell'art. 8 *in parte qua* risulterebbe addirittura più ristretto. Solamente nel caso in cui l'intesa recasse la firma di sole r.s.a. o r.s.u. l'accordo dovrebbe “agire” sotto la copertura dell'art. 8. Diversamente, dovrebbe ritenersi già facoltizzato dalla disciplina generale. E sempre che non si ritenga, piuttosto, tacitamente abrogato l'art. 8 nella parte in cui facoltizza il contratto aziendale a disciplinare i casi di ricorso alla somministrazione di manodopera (a tempo determinato) in deroga alla legge, viste le sopravvenute modifiche intervenute sulla disciplina generale dell'istituto.

Ciò detto, nella letteratura viene segnalata un'intesa di prossimità (anonima) siglata unitariamente dai sindacati territoriali di categoria di Cgil, Cisl e Uil e dalle relative r.s.u. aziendali, che avrebbe disposto, facendo espresso riferimento all'art. 8, una deroga alla disciplina del ricorso alla somministrazione a tempo determinato prevista dall'art. 20, comma 4, d. lvo. n. 276/2003, a fronte di «motivazioni di carattere organizzativo stante la natura del mercato in cui opera l'azienda»²³⁵. Senza

²³⁵ Cfr. L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., p. 261.

entrare nel merito dei contenuti dell'accordo ed anche prescindendo dalle complesse questioni in merito alla tacita abrogazione dell'art. 8 *in parte qua*, va notato però che l'intesa risale al settembre 2011, quanto ancora sul ricorso alla somministrazione a tempo determinato non era intervenuto il d. lvo. n. 24/2012. Oggi, alla luce della disciplina generale contenuta nel decreto legislativo n. 276/2003 all'art. 20, tale accordo non avrebbe in ogni caso necessitato – perché sottoscritto anche dalle associazioni sindacali esterne all'azienda – della copertura dell'art. 8.

9. La disciplina dell'orario di lavoro.

Il comma 2, lett. d) dell'art. 8 prevede che le specifiche intese introdotte dalla contrattazione di prossimità possano derogare, tra l'altro, la disciplina (legale e contrattuale collettiva di livello nazionale) dell'«orario di lavoro». Anche sotto questo profilo, così come per la somministrazione di manodopera, i primi commentatori della norma hanno rilevato come l'art. 8, comunque interpretato, dovrebbe rivestire un impatto di rilievo piuttosto modesto, per diverse ragioni legate per lo più ai contenuti, di diretta derivazione comunitaria, della disciplina generale dell'orario di lavoro su cui le specifiche intese andrebbero ad impattare²³⁶. Questa valutazione è certamente da condividersi con riferimento alle (poche) modifiche sostanziali che la contrattazione di prossimità potrebbe in effetti introdurre rispetto alla regolamentazione nazionale. Ben diversa è invece la valutazione dell'impatto della disposizione, sulla disciplina dell'orario di lavoro, sotto il profilo dell'estensione del potere regolativo che per effetto dell'art. 8 viene assegnato (anche in materia di orario) alla contrattazione aziendale ed, in particolare, agli agenti sindacali di livello aziendale²³⁷.

²³⁶ Vedi in particolare M.G. MATTAROLO, *Disciplina dell'orario di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 397 ss.; A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, cit., pp. 512-513; R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, cit., p. 339.

²³⁷ “Duplicità” di piani che sembra colta anche da A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, cit., pp. 24-25.

Sotto quest'ultimo profilo possiamo rinviare a quanto già osservato trattando degli aspetti "sindacali" dell'art. 8. Questa disposizione produce infatti un "effetto rovesciamento" della contrattazione collettiva il cui impatto potrebbe risultare particolarmente rilevante, paradossalmente, proprio in quelle materie, come l'orario di lavoro, in cui la disciplina legale già assegnava all'autonomia collettiva una funzione regolatoria molto ampia. Peraltro, non può nemmeno omettersi come la regolamentazione dell'orario costituisca un istituto del rapporto di lavoro che presenta una sicura ed evidente connessione con quelle esigenze (genuine), legate all'organizzazione del lavoro e della produzione, che incarnano la "ragione aziendale" di cui l'art. 8 vorrebbe farsi portatore (sano). Non a caso un buon numero di contratti di prossimità stipulati ai sensi dell'art. 8 sono intervenuti proprio sulla regolamentazione dell'orario di lavoro²³⁸. Un intervento della contrattazione di prossimità in materia di orario (non tanto in funzione derogatoria/peggiorativa, quanto in funzione propriamente regolatoria, nell'ambito di una cornice legale ben definita) dovrebbe insomma rapportarsi, almeno in linea di principio, ad una dimensione propriamente "fisiologica" della gestione degli spazi lasciati all'autonomia collettiva, e dunque sintonica rispetto all'idea di fondo (che non può considerarsi sbagliata *in sé*) di adattare la disciplina del lavoro alle specificità del contesto produttivo di riferimento. Tutto questo – *ovviamente* – alla duplice condizione che vengano chiaramente individuati, a monte, dei limiti "invalicabili" alla contrattazione di prossimità, e che questi siano davvero tali da garantire, inderogabilmente, il rispetto di quei beni imprescindibili del prestatore (anzitutto la salute, ma poi anche la vita di relazione, familiare, sociale) che sono più direttamente implicati dalla durata e dalla distribuzione oraria della prestazione di lavoro. Si tratta, insomma, di equilibri molto delicati tra valori (la produttività del lavoro da un lato, il tempo di vita dall'altro) che sono indubabilmente *prioritari* per la stessa

²³⁸ Una buona rassegna ne viene offerta sul portale www.dirittisocialitrentino.it.

sopravvivenza dei due contraenti, l'impresa e il lavoratore; e la selezione dei soggetti titolari "dell'ultima parola" in materia forse non dovrebbe essere il frutto di una pura e semplice "de-responsabilizzazione" del legislatore, o peggio della (cosciente) decisione di investire di funzioni regolatorie, tra tutti i possibili interlocutori dell'imprenditore, proprio quei soggetti che meno risultano dotati di contropotere negoziale.

Questo su un piano per così dire "politico". Sul piano più prettamente "sostanziale", va detto che già la disciplina generale dell'orario di lavoro, contenuta nel decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66²³⁹, investiva la contrattazione collettiva (anche aziendale²⁴⁰) di ampie funzioni, sia migliorative, sia integrative/definitorie della regolamentazione legale, sia derogatorie della stessa²⁴¹. In pratica tutto il

²³⁹ Per la cui disamina possiamo rimandare in particolare a U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit.; V. LECCESE, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 189 ss.; ID. (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004; C. CESTER-M.G. MATTAROLO-M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro: commentario al D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁴⁰ Si noti infatti che l'art. 1, comma 2, lett. *m*) definisce, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del decreto, «contratti collettivi di lavoro»: i «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative». Questo aveva fatto ritenere alla prevalente dottrina, non senza alcuni distinguo, che, eccezion fatta per i rinvii ad uno specifico livello di contrattazione poi contenuti nelle varie disposizioni del decreto legislativo, dovessero ritenersi generalmente investiti del potere regolatorio delegato dalla legge *tutti* i livelli di contrattazione previsti dall'autonomia collettiva: sul punto cfr. U. CARABELLI-V. LECCESE, *ult op. cit.*, ed in particolare ai riferimenti *ivi* indicati alle pp. 11-15.

²⁴¹ Tra le deroghe alla contrattazione collettiva in funzione "migliorativa" del trattamento legale si possono ricordare, ad esempio, l'art. 5, comma 3, secondo cui i contratti collettivi possono ridurre il numero delle ore annuali di straordinario rispetto alle 250 "legali", o l'art. 10, comma 1, per il quale i contratti collettivi possono fissare un periodo di ferie annuali superiore alle quattro settimane "legali"; tra le deroghe in funzione "integrativa/definitoria" si possono ricordare, ad esempio, dall'art. 1, comma 2, lett. *e*), n. 2, che attribuisce alla contrattazione collettiva una funzione integrativa della legge ai fini della individuazione della nozione di lavoratore notturno, o l'art. 15, comma 2, che affida alla contrattazione collettiva il compito di definire le modalità del passaggio al lavoro diurno in caso di sopraggiunta inidoneità del prestatore al lavoro notturno; tra le deroghe in funzione "peggiorativa/autorizzatoria" della disciplina legale, possiamo ricordare, ad esempio, l'art. 4, comma 4, che facoltizza i contratti collettivi ad estendere a sei o addirittura a dodici mesi (in questo caso, individuandone le ragioni «obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro») l'ambito temporale entro cui calcolare la media delle 48 ore ogni sette giorni, di cui al comma 2, o l'art. 13, comma 1, per il quale i contratti collettivi, anche di livello aziendale, possono definire un periodo di riferimento più ampio su cui calcolare il limite medio di 8 ore giornaliere di lavoro notturno.

decreto legislativo è costruito sulla continua interazione tra legge e contrattazione collettiva nella regolamentazione dell'orario di lavoro.

In secondo luogo, il decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, attua, quasi letteralmente, le direttive 93/104/CE e 2000/23/CE, ora “assorbite” dalla ultima direttiva 2003/88/CE, per cui uno sfioramento degli spazi già riconosciuti dalla legge alla contrattazione collettiva, anche aziendale, si tradurrebbe in una violazione di quei “vincoli comunitari” che pure l'art. 8 deve rispettare²⁴².

Infine, sotto alcuni profili è già dubbia la compatibilità della disciplina generale sull'orario di lavoro con i principi stabiliti dalla Costituzione, in particolare all'art. 36, comma 2, che affida alla legge il compito di stabilire la durata massima della giornata lavorativa, mentre nella (intricata) disciplina contenuta nel decreto legislativo la durata massima della prestazione lavorativa si ricava solo indirettamente, contando le undici ore di riposo giornaliero, addirittura frazionabile per quelle attività caratterizzate da regimi di disponibilità o periodi di lavoro frazionati durante la giornata (art. 7).

Alla luce del quadro normativo vigente e dei vincoli derivanti dalla Costituzione e dal diritto dell'Unione Europea (per inciso, in materia di orario di lavoro esistono anche numerose convenzioni dell'OIL, pure ratificate dall'Italia, le quali però presentano contenuti più generici rispetto alle direttive comunitarie²⁴³), può ragionevolmente ritenersi che gli spazi di manovra aperti alla contrattazione di

²⁴² Cfr. M.G. MATTAROLO, *Disciplina dell'orario di lavoro*, cit., pp. 398-399.

²⁴³ La riduzione della durata massima della prestazione lavorativa è stata tra i primi obiettivi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (si ricorderanno infatti le terribili condizioni di lavoro nelle industrie ai tempi della prima rivoluzione industriale, su rimandiamo alla ricostruzione storica proposta nella prima parte del secondo capitolo); a questo proposito possono annoverarsi, tra le sole convenzioni ratificate dall'Italia, almeno: la convenzione n. 1/1919, che fissava la durata massima del lavoro nelle industrie in quarantotto ore settimanali; la convenzione n. 30/1930, che prevedeva eguale durata massima per il lavoro prestato negli stabilimenti commerciali e negli uffici; la convenzione n. 106/1957, sul riposo settimanale nelle imprese commerciali e negli uffici, che dovrebbe assicurare un riposo settimanale di 24 ore consecutive a tutti i dipendenti (mentre la disciplina italiana consente di calcolare il periodo di riposo «come media in un periodo consecutivo non superiore a 14 giorni» – così dispone l'art. 9, comma 2, d. lvo. n. 66/2003 nella versione vigente); la convenzione n. 132/1970, che prevede il diritto ad almeno tre settimane annuali di ferie pagate. Cfr. A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 90 ss.

prossimità ex art. 8 siano di fatto circoscritti alla possibilità di superare le quaranta ore di orario normale, fermo restando però il limite massimo di quarantotto ore settimanali, compreso lo straordinario, imposto dalla direttiva n. 104/2008 al punto 6 lett. b)²⁴⁴. Da escludersi è invece la possibilità che un accordo aziendale ex art. 8 possa poi ridefinire la nozione stessa di “orario di lavoro”²⁴⁵ escludendo da tale computo i periodi di mera disponibilità del lavoratore sul posto di lavoro²⁴⁶. Ad ostarvi è principalmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea formatasi sul punto – si consideri infatti che la disposizione interna ricalca letteralmente la direttiva europea –, che ha ripetutamente escluso che i periodi di mera attesa tra un’attivazione e l’altra, in cui il lavoratore è comunque sul luogo di lavoro e a disposizione del datore di lavoro possano considerarsi “riposi”: soltanto le frazioni orarie caratterizzate dalla piena disponibilità del proprio tempo, che evidentemente non sussiste nel caso vi sia un obbligo per il lavoratore di mantenersi sul luogo di lavoro e pronto ad attivarsi immediatamente, sono – secondo la Corte di Giustizia – qualificabili come “riposi”²⁴⁷. Per il resto, la disciplina generale sembra avere già “esaurito” tutti gli spazi di manovra previsti in sede di direttiva UE; per cui pare davvero potersi affermare che la novità più rilevante apportata dall’art. 8 in materia di orario di lavoro consiste proprio nel rovesciamento della gerarchia interna alla contrattazione collettiva e (soprattutto) nell’aver affidato alle istanze sindacali aziendali il delicatissimo “potere” di riscrivere, anche in senso peggiorativo, la

²⁴⁴ Il che sarebbe vantaggioso per le imprese, perché consentirebbe di computare (e retribuire) il lavoro prestato come orario normale (anziché straordinario) senza ricorrere all’orario multiperiodale (che comporterebbe inevitabilmente dei recuperi successivi). Nella letteratura si segnala anche la possibilità di elevare sino ad un anno il periodo di tempo entro cui calcolare la media dell’orario settimanale; ma tale facoltà è già contemplata dall’art. 4, comma 4, d. lvo. n. 66/2003.

²⁴⁵ Contenuta nel d. lvo. n. 66/2003 all’art. 1, comma 2, lett. a).

²⁴⁶ Vedi anche A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, op. cit., p. 496.

²⁴⁷ Cfr. ad esempio (si trattava di casi relativi all’orario di lavoro di medici di guardia) Cgce, 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorel*, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 2, III, p. 52; Cgce, 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 4, II, p. 84; Cgce, 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, p. 582.

disciplina dell'orario prevista dai livelli di contrattazione superiori, negoziati da associazioni sindacali esterne all'azienda di riferimento²⁴⁸.

In effetti, la disciplina dell'orario di lavoro è stata tra le materie più interessate dalla contrattazione collettiva sviluppatasi sotto la “copertura” dell'art. 8²⁴⁹.

Un primo accordo (anonimo) datato 21 settembre 2011 e firmato unitariamente dalle associazioni territoriali di categoria e dalle relative r.s.u. (lo stesso di cui ci siamo occupati trattando della somministrazione) ha previsto turni aggiuntivi nelle giornate di sabato e domenica, al fine di poter far fronte alle maggiori commesse, compensati con gettoni di presenza per il personale comandato (non è possibile però fare un raffronto con la disciplina del CCNL perché non viene specificato il settore merceologico di appartenenza dell'azienda). Un altro accordo aziendale, siglato dall'ILVA di Paderno Dugnano in data 27 settembre 2011, ha invece previsto di elevare a dodici mesi il periodo entro cui calcolare la media oraria settimanale²⁵⁰. Si segnalano poi due accordi territoriali: un contratto di secondo livello, sottoscritto dall'Unione Commercio Turismo Servizi e Piccole Medie Imprese della Provincia di Venezia in data 30 gennaio 2012, in cui, tra l'altro, le parti «concordano di ritenere riconducibili ad incrementi di produttività, qualità, redditività, innovazione, efficienza organizzativa e miglioramento della competitività aziendale le seguenti modalità di organizzazione del lavoro: lavoro straordinario; lavoro supplementare; compensi per clausole elastiche e flessibili; lavoro a turno e/o spostato riposo; lavoro domenicale o festivo anche svolto in normale orario di lavoro; premi variabili di rendimento; lavoro notturno; la maggiorazione per il lavoro stagionale come richiamato dal CCNL Turismo; ogni altro elemento rilevante ai fini del miglioramento della competitività aziendale». Un contratto provinciale tra l'UNCI – Unione Nazionale Cooperative Italiane – e la FAST – Federazione Autonoma

²⁴⁸ Con tutti i dubbi di legittimità costituzionale che una tale scelta può comportare.

²⁴⁹ I contratti cui faremo riferimento sono stati consultati sul portale www.dirittisocialitrentino.it.

²⁵⁰ Probabilmente derogando al contratto nazionale.

Sindacati dei Trasporti – la FESICA – Federazione Sindacati di Industria, Commercio e Artigianato – e la FISALS – Federazione Italiana Sindacati Autonomi Lavoratori Stranieri –, datato 23 aprile 2012, che ha disciplinato, tra l’altro, anche la materia dell’orario, introducendo la facoltà di aumentare il tetto delle quaranta ore quale orario settimanale medio a richiesta della cooperativa interessata ed a fronte di ragioni di carattere tecnico, sostitutivo, produttivo od organizzativo.

10. Le modalità di assunzione (e la disciplina del rapporto di lavoro).

La lett. e) del comma 2 dell’art. 8 si apre con un rinvio alla contrattazione di prossimità, sempre in chiave derogatoria delle disposizioni di legge, alle «modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA».

Diciamo subito che si tratta, fra tutte le “materie” indicate dalla disposizione, del riferimento in assoluto più incerto. L’espressione «modalità di assunzione» rinvia infatti ad una pluralità di ambiti ed istituti normativi tra loro eterogenei, rispetto ai quali però è lecito dubitare, come vedremo subito, che la contrattazione di prossimità possa ritenersi davvero investita di effettivi margini di manovra. Fermo restando infatti che la scelta della stipulazione di un contratto di lavoro è già perfettamente *libera*, per entrambe le parti, essendo venuto meno, da molto tempo, il regime vincolistico del collocamento obbligatorio²⁵¹, e non essendo seriamente ipotizzabile che con questa disposizione si possa ritenere completamente liberalizzato il ricorso alla somministrazione di manodopera²⁵², o peggio ancora che siano d’un colpo venuti meno gli obblighi di comunicazione agli enti previdenziali e assicurativi circa

²⁵¹ A meno che non si voglia intendere questo riferimento al collocamento dei disabili, ma trattandosi di una disciplina che investe direttamente il mercato del lavoro è davvero improbabile che la delega contenuta nell’art. 8 possa arrivare a tanto.

²⁵² Anche perchè i «casi di ricorso alla somministrazione» sono un’altra “materia” indicata dalla disposizione.

l'instaurazione del rapporto di lavoro, deve ancora osservarsi come gli obblighi di informazione da rendersi al prestatore all'atto dell'assunzione, contenuti nel decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, siano previsti in attuazione di una direttiva comunitaria, la n. 91/533/CEE, che non è evidentemente passibile di deroga da parte della contrattazione di prossimità. L'unico riferimento non privo di senso che potrebbe rinvenirsi in questo sintagma, è (forse) agli obblighi di comunicazione previsti rispettivamente dal decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 all'art. 5, comma 3, e dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, all'art. 9, comma 1, a favore dei lavoratori impiegati a tempo parziale e con contratto a termine, circa la disponibilità di posti vacanti a tempo pieno o indeterminato. Ma anche queste disposizioni sono attuative di altrettante previsioni del diritto dell'Unione Europea (rispettivamente la clausola 5.3 lett. c) della direttiva n. 97/81/CE, e la clausola 6.1. della direttiva n. 1999/70/CE), e quindi non passibili di deroghe.

Quanto alla «disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA» - lasciando perdere le “partite IVA”, che non sono nè un tipo contrattuale nè dei lavoratori in carne ed ossa, ma delle *sequenze di cifre* che identificano un soggetto giuridico che esercita un'attività economica rilevante ai fini dell'imposta sul valore aggiunto - siamo di fronte ad un *unicum* che abbraccia tutto lo sviluppo del rapporto di lavoro, dall'assunzione al recesso (e si badi non solo del rapporto di lavoro subordinato ma, a questo punto, anche del lavoro autonomo, reso in forma coordinata rispetto ad un'attività del committente e quindi inquadrato nel tipo 'lavoro a progetto', oppure addirittura privo dell'elemento della collaborazione, quale è l'attività di un *imprenditore* o di un *professionista* che offre sul mercato servizi o prestazioni d'opera e quindi, per ragioni *fiscali*, è tenuto ad avvalersi di una 'partita IVA'). Insomma la «disciplina del rapporto di lavoro», considerata a sè, non può assumere alcun valore precettivo, perchè altrimenti renderebbe derogabile dalla contrattazione di prossimità *tutte* le norme di legge che abbiano in qualsiasi modo a che fare con lo svolgimento di

un'attività di lavoro resa in qualsiasi forma, dipendente o autonoma. Niente a che vedere, insomma, con quel principio di ragionevolezza che dovrebbe sempre ispirare la legislazione.

E allora viene suggerito come le due espressioni «modalità di assunzione» e «disciplina del rapporto di lavoro», potrebbero essere lette in modo contiguo, derivandone, ipoteticamente, un rinvio all'autonomia collettiva “di prossimità” ad operare una “selezione” tra la pletera di forme e tipi contrattuali “offerti” dal diritto positivo – se ne contano ormai una trentina – così da individuare quelle più “adatte” al contesto produttivo di riferimento²⁵³. Letta così, sembrerebbe un invito ad un maggiore coinvolgimento delle parti sociali nella gestione delle aziende, in perfetta continuità con la finalità di incrementare la «partecipazione dei lavoratori» indicata nel primo comma dell'art. 8 come uno dei possibili obiettivi delle intese.

Senonchè questo anodino riferimento potrebbe leggersi anche in altro modo, assai meno “innocente”, alla stregua cioè di un'apertura all'autonomia collettiva ad operare una generica ed indistinta liberalizzazione verso tutte quelle forme contrattuali “speciali”, che necessitano a vario titolo della presenza di requisiti sostanziali e formali particolari per la loro attivazione (ecco spiegato, ad esempio, il rimando al ‘progetto’). Si ricadrebbe, ancora una volta, nell'equivoco di poter “scivolare” sul piano della qualificazione del rapporto che la Corte Costituzionale ha precluso, in ben due occasioni²⁵⁴, alla “libertà” sia del legislatore che delle parti del contratto, per la semplice ragione che la qualificazione non assume una mera valenza nominalistica, ma riveste un preciso significato assiologico, derivandone l'applicazione (necessitata) di una disciplina (del rapporto di lavoro subordinato, ma ora, anche delle collaborazioni ricondotte al progetto) tendenzialmente inderogabile. Che questo “scivolamento” non sia possibile lo ha confermato, ce ne fosse stato

²⁵³ Così P. LAMBERTUCCI, *Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 361 ss.

²⁵⁴ Corte Cost. nn. 115/1994 e 121/1993. Cfr. sul punto M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit.

ancora bisogno, la stessa legge 28 giugno 2012, n. 92, che è intervenuta irrigidendo i requisiti per la stipulazione del contratto di lavoro a progetto e precisando, con norma di interpretazione autentica ma da leggersi in chiave manifestamente sanzionatoria, il carattere assoluto della presunzione contenuta nell'art. 69 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per cui senza i requisiti previsti dallo stesso decreto legislativo all'art. 61 e ss. non è (più) possibile accedere a questa forma contrattuale²⁵⁵.

In ogni caso, al di là di ogni valutazione sulla “qualità” del linguaggio normativo, questa disposizione sembra avere offerto “copertura” ad almeno due intese di prossimità (una delle quali, per la verità, pretenderebbe di non rifarsi all'art. 8) con le quali si è posticipato, fra l'altro, l'effetto di quelle disposizioni della riforma Fornero che avevano nel frattempo ristretto i requisiti per la valida conclusione di contratti di associazione in partecipazione (contratto Golden Lady) e a progetto (contratto Enaip Veneto)²⁵⁶. Entrambe le intese suscitano in realtà più di una perplessità, perchè nè la disciplina del contratto di associazione in partecipazione, nè del contratto di collaborazione ricondotta al progetto (tanto meno inteso nella sua globalità) sono annoverate tra le “materie” tassativamente elencate dall'art. 8 come ambiti “preferenziali” della contrattazione di prossimità.

11. Le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro.

Tra gli ambiti di possibile intervento della contrattazione in deroga, figurano, infine, le «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro».

²⁵⁵ E sul punto possiamo rinviare, per tutti, a G. FERRARO, *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 128 ss.

²⁵⁶ Sono entrambe consultabili sul sito www.dirittisocialitrentino.it. Ne trattano diffusamente A. PERULLI, *La contrattazione collettiva*, cit., pp. 952-953; L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, cit., p. 256 ss.

Lasciemo da parte in questa sede ogni considerazione sulle intenzioni – vere o presunte – del *legislatore storico* – di aprire una crepa nell’applicazione della tutela reale contenuta nell’art. 18, allora esistente nella sola versione “piena”, previgente alle modifiche operate dalla legge n. 92/2012 – e ci concentreremo piuttosto sugli aspetti tecnici della disposizione cercando di coglierne l’effettiva portata. Si tratta, per inciso, di un profilo dell’art. 8 che è stato modificato in occasione della sua conversione in legge, restringendo (pur di poco) l’area dei possibili interventi della contrattazione di prossimità in tema di recesso: mentre la versione contenuta nel decreto originario faceva salve le ipotesi del «licenziamento discriminatorio» e del «licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio», nella versione finale la lett. e) del comma 2 esclude «il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

Già in sede di primo commento si è giustamente osservato come «il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio» non possa intendersi riferito ad una tutela (inesistente, sul piano positivo) di tipo “istantaneo”, ma debba essere riportato, più correttamente, all’arco temporale ed al regime presuntivo di cui all’art. 35, comma 3, decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198²⁵⁷. E così pure, per analogia, dovrebbe essere ricompreso nel novero delle ipotesi non “aggredibili” dalla contrattazione in deroga, anche il licenziamento legato al congedo di paternità, sino al compimento di un anno di età del bambino, previsto dall’art. 54, comma 7, decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151, visto che sono stati esclusi

²⁵⁷ C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, cit., p. 411.

espressamente i casi di licenziamento originati dalla domanda o dalla fruizione di congedi parentali²⁵⁸.

Sempre in base all'argomento analogico, si dovrebbero ritenere escluse – in quanto non già ricomprese nella fattispecie di “licenziamento discriminatorio” impiegata nell'art. 8 – anche le diverse ipotesi di «licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito» – si pensi al licenziamento “per ritorsione” – individuate dal primo comma del vigente art. 18 Stat. lav.: anche queste sono caratterizzate infatti da quel particolare disvalore – l'*eadem ratio* che consente di ricorrere all'analogia – rappresentato dalla lesione di un bene giuridico del lavoratore diverso dalla mera aspettativa alla continuità occupazionale – nel caso del licenziamento per ritorsione, ad esempio, viene leso ingiustamente il diritto all'autotutela, manifestatosi attraverso lo sciopero o l'iniziativa giudiziaria.

Ma il vero problema sta a monte, e consiste nel determinare se nelle «conseguenze del recesso» debbano ricomprendersi, in generale, anche le conseguenze del recesso *illegittimo*. Come si è già anticipato discorrendo della portata generale dell'art. 8, sul punto si possono distinguere (almeno) due diversi orientamenti. Una lettura molto rigorosa circoscrive l'espressione utilizzata dal legislatore a quegli istituti che sarebbero da considerarsi “tecnicamente” conseguenze del recesso, ovvero il preavviso e il trattamento di fine rapporto²⁵⁹; mentre una diversa interpretazione, facendo leva sul riferimento contenuto nella stessa

²⁵⁸ C. CESTER, *ult. op. loc. citt.*

²⁵⁹ La tesi è stata originariamente proposta da A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit., p. 21: «l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori [ma lo stesso può dirsi anche per l'art. 8 della legge n. 604/1966 e più in generale per tutte quelle disposizioni che ricollegano al licenziamento non sorretto da una causa di giustificazione una qualche sanzione, n.d.r.] non regola il recesso del datore... ma si applica al diverso caso d'illegittimità del licenziamento, identificandone l'apparato sanzionatorio, che è cosa diversa dalle conseguenze che discendono naturalmente dal recesso»; vedi anche R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, cit., p. 49, che motiva esplicitamente tale esclusione (circoscritta peraltro all'art. 18) con l'inopportunità di affidare tale materia alla contrattazione aziendale. Dubitativamente anche R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, cit., p. 1.

disposizione alle ipotesi di licenziamento illegittimo escluse, riconnette alla fattispecie «conseguenze del recesso» *tutte le altre ipotesi* di licenziamento illegittimo non menzionate dalla norma²⁶⁰. È invece condivisa l'idea per cui l'eventuale intervento derogatorio della contrattazione di prossimità non potrebbe comunque sconfinare dalle *conseguenze del recesso*, legittimo o illegittimo che sia, ad esempio intervenendo sulle *causali* o sulle *procedure* del licenziamento: queste sono e rimangono materie su cui alla contrattazione “di prossimità” è precluso ogni intervento (si intende, sotto la “copertura” dell'art. 8).

Tra le due interpretazioni proposte la seconda parrebbe in effetti più aderente alla *voluntas legis* emergente dal dato letterale: oltre al rilievo per cui ogni valutazione di “politica del diritto”²⁶¹ esula dal piano strettamente interpretativo del diritto positivo, sarebbe infatti privo di senso il riferimento contenuto nella disposizione ad alcune ipotesi di licenziamento illegittimo, accomunate dalla lesione della sfera più “personale” del lavoratore e della sua vita relazionale e familiare²⁶². E poi, non è nemmeno del tutto vero che il risarcimento del danno derivante dal licenziamento privo di giustificato motivo, sia esso realizzato in forma specifica (la c.d. tutela reale “piena”), o per equivalente in misura “forfettizzata” tra un minimo e un massimo predeterminati dalla legge (la c.d. tutela indennitaria), o attraverso una

²⁶⁰ Cfr. A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 511; M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, cit., p. 53; M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro*, cit., p. 377; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d'agosto” del diritto del lavoro*, cit., p. 53; R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 337; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, cit., p. 550; C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, cit., pp. 406-408: il quale però individua l'area di possibile intervento della contrattazione in deroga nelle sole ipotesi di licenziamento (pur illegittimo) per giustificato motivo oggettivo, ex art. 3 l. n. 604/1966, o per riduzione o trasformazione di attività e di lavoro, ex art. 24 l. n. 223/1991 (ovviamente nei casi in cui la ragione giustificatrice si riveli mancante), ragionando sul riferimento, contenuto nel comma 2, alla «organizzazione del lavoro e della produzione». Ma vedi *infra* nel testo.

²⁶¹ Cui si dichiara apertamente ispirata la valutazione di R. DEL PUNTA.

²⁶² In base all'idea secondo cui derogare si può ma «uniformi devono rimanere i diritti fondamentali nel lavoro», esplicitata proprio dal Ministro M. SACCONI, *Lavoro più moderno, aziende più competitive*, p. 1, in www.cuorecritica.it.

“combinazione” tra queste due modalità classiche (che è quanto accade attraverso la tutela reale c.d. “debole” introdotta dalla legge n. 92/2012, in cui la reintegrazione nel posto di lavoro non si accompagna ad un risarcimento del danno in forma piena), è altra cosa dalle conseguenze del recesso: in primo luogo perché è «recesso» (atto unilaterale recettizio del datore di lavoro, finalizzato a porre termine al rapporto di lavoro) anche il licenziamento ingiustificato; e in secondo luogo perché il risarcimento del danno derivante dal licenziamento ingiustificato tecnicamente è pur sempre una «conseguenza», posta a carico del datore, dell’inadempimento consistente nell’esercizio *scorretto* del potere di recesso.

Questo rimanendo nell’alveo letterale. Su un piano sistematico però, se si accoglie quella lettura dell’art. 8 che si è proposta nelle pagine precedenti e secondo la quale le deroghe introdotte dalla contrattazione di prossimità devono *sempre* risultare sorrette da un’esigenza di natura organizzativa o produttiva rinvenibile nel contesto di riferimento (un giustificato motivo *oggettivo*), pena la carenza di qualsiasi ragionevolezza delle disparità di trattamento che la norma rende di fatto possibili²⁶³, allora si comprende bene come le conseguenze del licenziamento illegittimo non possano *in nessun caso* essere ricomprese nella sfera di intervento della contrattazione di prossimità. In mancanza di un giustificato motivo o di una giusta causa di licenziamento – perché anche il licenziamento disciplinare è pur sempre riconducibile e motivato, in ultima analisi, dalla disfunzione sull’organizzazione produttiva arrecata dall’inadempimento del lavoratore, in una con la negazione del vincolo fiduciario che sta alla base del rapporto di lavoro – mancherebbe *a priori* una qualsiasi ragione organizzativa o produttiva per la quale sarebbe consentito alla contrattazione di prossimità, nell’ottica dell’art. 8, intervenire positivamente “eliminando” le eccessive rigidità della legge. A meno di non ritenere “irrazionale” – nel senso di “contrastante con la ragione aziendale”, intesa

²⁶³ Con conseguente illegittimità costituzionale dell’art. 8 per violazione dell’art. 3, comma 1, Cost.

ovviamente non in senso soggettivo, ma oggettivo e verificabile *ex post*, come tale è l'agire dell'operatore economico *razionale* – la stessa disciplina di legge nella misura in cui subordina l'esercizio del licenziamento, nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ad un giustificato motivo di natura soggettiva od oggettiva.

Posto che tra i contratti di prossimità resi pubblici sino ad oggi non si rinvengono casi di “deroghe” alla disciplina del licenziamento, in alcune ricostruzioni dottrinali²⁶⁴ è stato pure ipotizzato come la rinuncia ad alcune tutele legali previste in caso di licenziamento illegittimo potrebbe essere “scambiata”, in sede di intese di prossimità, con altre “poste” contrattuali, fermi restando naturalmente tutti i limiti “esterni” ad un tale intervento – e di cui *infra* – ed ogni eventuale valutazione sulla “ragionevolezza” della singola intesa. Preso atto di tali “aperture” da parte della dottrina, si ribadisce l'obiezione di fondo per cui un contratto di prossimità in cui i rappresentanti dei lavoratori “scambiassero” le tutele legali sul licenziamento con un aumento retributivo o con la “stabilizzazione” di alcuni rapporti precari, non rimuoverebbe alcun fattore “di freno” alla funzionalità dell'impresa: semplicemente, alleggerirebbe le *sanzioni* che la legge ha previsto, inderogabilmente, per il caso in cui il potere imprenditoriale fosse esercitato scorrettamente, dunque (anche potenzialmente) *a danno* della stessa funzionalità organizzativa. A meno che, naturalmente, non si voglia far passare l'idea – che a noi pare inaccettabile – per cui *ogni* investimento di capitali possa essere “scambiato” e “compensato” da indistinte rinunce a tutele e diritti già esistenti, pure prive di qualsiasi collegamento funzionale con l'investimento produttivo. Esattamente quella folle corsa al ribasso, peraltro priva di qualsiasi giustificazione razionale oltre che di oggettive connessioni con la realtà aziendale, che ad opinione di chi scrive metterebbe l'art. 8 *fuori* dal sistema costituzionale.

²⁶⁴ Cfr. ad esempio A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011 e la “rivoluzione d'agosto” del diritto del lavoro*, cit., pp. 32-33; R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, cit., p. 553.

In ogni caso, qualora proprio si ritenesse che la contrattazione di prossimità fosse facoltizzata ad intervenire pure sulle conseguenze del recesso *illegittimo*, tali interventi non sarebbero avulsi da quell'insieme di limiti derivanti dai principi costituzionali, dai vincoli imposti dal diritto dell'Unione Europea e dal diritto internazionale, che sovrastano le stesse norme di legge (e che il comma 2-*bis* dell'art. 8 difatti richiama).

Procedendo con ordine, può anzitutto rilevarsi come nel testo costituzionale non si rinvenga alcun riferimento esplicito alle tutele contro il licenziamento. Tant'è che la stessa Corte Costituzionale aveva a suo tempo escluso, pur sollecitando un intervento legislativo in materia, che fosse contraria a Costituzione quella disciplina civilistica, fondata sul principio di libera recedibilità, che allora rappresentava la regola generale in materia di licenziamenti²⁶⁵. Il progresso della civiltà giuridica unito alla consapevolezza della diretta strumentalità della tutela contro il recesso datoriale rispetto alla effettività della disciplina legale e contrattuale del rapporto, hanno favorito, come è noto, un progressivo irrigidimento del potere di licenziamento; un irrigidimento realizzato in un primo momento attraverso l'introduzione della regola generale della giustificazione del licenziamento, ad opera della legge 15 luglio 1966, n. 604 e, successivamente, con l'ingresso della tutela reale ad opera dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, entrambe rimodulate per effetto della legge 11 maggio 1990, n. 108. È altrettanto noto come nel quadro normativo attuale, salvo alcune aree residue in cui permane la libertà di licenziamento, convivono la tutela obbligatoria prevista dall'art. 8 della legge n. 604/1966 e le diverse forme di tutela (reale e indennitaria, ulteriormente gradate al loro interno) previste dall'art. 18 come riformato dalla legge n. 92/2012²⁶⁶. A

²⁶⁵ Cfr. Corte Cost. n. 45/1965.

²⁶⁶ Per un quadro d'insieme sull'attuale disciplina si può rinviare, tra gli altri, a C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2012; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; M. BARBIERI-D. DALFINO, *Il licenziamento individuale*, Cacucci, Bari, 2013.

prescindere dai complessi problemi interpretativi posti dalla recente riforma dei licenziamenti, dalla Costituzione non sarebbe dunque possibile ricavare elementi idonei a “vincolare” eventuali interventi della contrattazione di prossimità al rispetto di un determinato livello di protezione contro i licenziamenti illegittimi; a meno di non considerare già “ricompresa” nel più generale principio di tutela del lavoro sancito dal primo comma dell’art. 35 Cost., la regola della spettanza di un indennizzo equo e proporzionato al prestatore di lavoro ingiustamente licenziato (ma così procedendo da quel principio costituzionale potrebbe argomentarsi, del tutto arbitrariamente, la “costituzionalizzazione” di un numero imprecisato di regole e precetti legali, il che pare francamente inaccettabile su un piano scientifico e non conforme all’indirizzo fatto proprio dal Giudice delle leggi).

Ben diverso è invece il quadro che si ricava dal complesso delle disposizioni dell’Unione Europea e, soprattutto, internazionali. Qui vengono in rilievo l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e, soprattutto, l’art. 24 della Carta sociale europea, nella versione riveduta in seno al Consiglio d’Europa nel 1996, quest’ultima ratificata dall’Italia (in ogni sua parte, ad eccezione dell’art. 25 relativo alla protezione in caso di insolvenza del datore di lavoro) con la legge 9 febbraio 1999, n. 30²⁶⁷.

L’art. 24 della Carta sociale europea, rubricato «diritto ad una tutela in caso di licenziamento» assicura essenzialmente tre diritti fondamentali in materia di licenziamento²⁶⁸: a) il principio della necessaria giustificazione del licenziamento,

²⁶⁷ Omettiamo invece di analizzare partitamente il contenuto della convenzione OIL n. 158/1982 in quanto non ratificata dall’Italia e dunque del tutto inidonea a far sorgere “vincoli”, tanto per il legislatore nazionale, tanto per la contrattazione collettiva di qualsiasi livello; e sul punto rimandiamo alle considerazioni esposte nel paragrafo 2 del presente Capitolo. Anche perché, come vedremo a breve, è già sufficiente il contenuto dell’art. 24 della Carta sociale europea, come precisato dall’annesso aggiunto in sede di revisione, a portare un ulteriore e decisivo argomento, sul piano internazionale (e indirettamente anche costituzionale, visto il disposto dell’art. 117, comma 1, Cost.) a sostegno della tesi per cui la contrattazione di prossimità non potrebbe proprio intervenire sulle conseguenze del licenziamento illegittimo.

²⁶⁸ Questo il testo completo della disposizione: «Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s’impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei

che non può essere intimato senza una ragione legata alle attitudini o alla condotta del lavoratore, o a necessità di funzionamento dell'organizzazione produttiva; β) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad ottenere «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»; γ) la garanzia di un ricorso ad un organo imparziale a favore del prestatore che si ritenga ingiustamente licenziato. Tralasciando il profilo della necessaria giustificazione del licenziamento – che trascende, come detto, dalle «conseguenze del recesso» di cui dispone l'art. 8 – proprio a proposito della consistenza del risarcimento l'annesso alla Carta sociale specifica come l'indennizzo o la riparazione adeguata debbano essere determinati «secondo la legislazione o regolamentazione nazionale, convenzioni collettive o in ogni altra maniera adeguata alle condizioni nazionali». E ciò dovrebbe bastare ad escludere recisamente qualsiasi possibilità di intervento frammentatore della disciplina nazionale sulle forme di riparazione del danno da parte della contrattazione di prossimità; diversamente interpretato, l'art. 8 sarebbe infatti da ritenersi senz'altro *incostituzionale* per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., proprio in rapporto all'art. 24 della Carta sociale europea quale norma “vincolante” interposta.

Nulla aggiunge a questo proposito l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ribadisce genericamente «il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». E questo anche prescindere dalla questione, assai perplessa, della applicabilità diretta di tale disposizione, vista la mancanza di direttive dell'Unione in materia di licenziamento individuale a cui la stessa dovrebbe potersi riferire – dal

lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale».

momento che, ai sensi del suo art. 51, le disposizioni della predetta Carta «si applicano... esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»²⁶⁹.

Alla luce del quadro normativo descritto, pare quindi del tutto superfluo interrogarsi ulteriormente su quale sarebbe il livello (si immagina, solo economico, visto che la tutela reale non sarebbe comunque “costituzionalizzata”²⁷⁰) di protezione minima che la contrattazione di prossimità dovrebbe comunque rispettare²⁷¹.

È poi ancora da escludersi che la contrattazione di prossimità possa ulteriormente intervenire sulle forme e sulle procedure di impugnazione (giudiziale e stragiudiziale) del licenziamento individuale, ad esempio introducendo forme di arbitrato obbligatorio²⁷² o prevedendo scadenze ulteriori o più brevi di quelle legali²⁷³. Anche a prescindere dalla totale estraneità delle tutele “processuali” dalle «conseguenze – in senso tecnico – del recesso», e pure tacendo la totale estraneità di questo ulteriore profilo dalla “ragione aziendale” come si è circoscritta, osterebbe a qualsiasi intervento derogatorio il diritto alla tutela davanti a un organo imparziale che la stessa Carta sociale europea all'art. 24 impone di assicurare in caso di licenziamento. Si ricorda poi come la stessa Costituzione all'art. 24 assicuri a ciascuno la possibilità di «agire in giudizio per la tutela dei propri diritti». Un diritto parallelo e strumentale a quelli previsti dalle disposizioni sostanziali, che ha già

²⁶⁹ E sul punto possiamo rinviare a G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività. Il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 53, e v. in particolare p. 64 ss.

²⁷⁰ Sin troppo nota in materia è la pronuncia della Corte Cost. n. 46/2000, che dichiarò ammissibile un *referendum* abrogativo, poi non approvato per il mancato raggiungimento del *quorum*, dell'allora art. 18 Stat. lav.

²⁷¹ Sul punto si diffonde invece C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, cit., pp. 411-415, il quale si pone (dubitativamente) la questione se la forma di tutela indennitaria prevista dall'art. 8 della legge n. 604/1966 sarebbe in ipotesi soddisfacente a ristorare le conseguenze del licenziamento illegittimo intimato da un datore di lavoro soggetto all'applicazione dell'art. 18 dello Statuto.

²⁷² Si ricordi a questo proposito il monito alle Camere del Presidente della Repubblica, a seguito del quale tutta la materia del licenziamento fu stralciata dalla riforma dell'arbitrato inserita nel Collegato lavoro 2010. Ed infatti l'art. 31, comma 10, legge n. 183/2010, precisa che «la clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro».

²⁷³ Contenute nell'art. 6 legge n. 604/1966 come pure riformato, in senso restrittivo, dallo stesso Collegato lavoro.

trovato riscontro anche in quella giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha sancito la nullità – per contrasto con l’art. 2965 in combinato disposto con l’art. 2113 c.c. – di quelle clausole negoziali che prevedessero termini di decadenza inferiori a quelli legali o decorrenti durante lo svolgimento del rapporto²⁷⁴. La stessa *ratio* – assicurare una tutela processuale *effettiva* al prestatore – dovrebbe ostare anche alla legittimità di previsioni della contrattazione di prossimità che abbreviassero ad esempio il termine di sessanta giorni per l’impugnazione stragiudiziale del licenziamento, o introducessero forme particolari (ad esempio la lettera raccomandata o la notifica dell’impugnazione mediante ufficiale giudiziario) comunque diverse e/o più gravose di quelle previste legge.

Escluso dunque che la contrattazione di prossimità possa incidere *in peius* sulla disciplina in senso lato sanzionatoria del licenziamento illegittimo, potrebbe invece prefigurarsi, in linea di principio, un qualche intervento in materia di preavviso o forse addirittura sulla disciplina del trattamento di fine rapporto.

Quanto al preavviso, questo consiste, come è noto, in un periodo che intercorre tra la comunicazione del recesso e l’effettivo dispiegarsi dell’effetto risolutivo del rapporto²⁷⁵, la cui durata è stabilita normalmente dai contratti collettivi nazionali di lavoro in virtù del rinvio operato dall’art. 2118 c.c. (che assumerebbero così valore “parametrico” rispetto alle clausole pattuite individualmente), in ragione della qualifica e dell’anzianità di servizio del prestatore di lavoro. In mancanza del preavviso, la parte recedente è tenuta (salvo che il recesso non intervenga per giusta causa ai sensi dell’art. 2119 c.c.²⁷⁶) a corrispondere l’indennità sostitutiva, che a norma dell’art. 2121 c.c. deve calcolarsi ricomprendendo le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti e ogni altro compenso di carattere

²⁷⁴ Si ricordano, seppure un po’ risalenti, Cass., 24 gennaio 1987, n. 627, in *Orientamenti giur. lav.*, 1987, p. 550; Cass., 8 febbraio 1986, n. 829, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 2.

²⁷⁵ L. CALCATERRA, *Il preavviso di licenziamento*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo d’Antona”*.IT - n. 162/2012.

²⁷⁶ E, se a recedere per giusta causa è il prestatore, questi ha pure diritto all’indennità.

continuativo, con esclusione dei soli rimborsi spese. Normalmente il preavviso riveste una funzione organizzatoria, in quanto consente alla parte receduta di disporre del tempo necessario per adeguare la propria organizzazione produttiva (nel caso del datore) o la propria stessa vita e ricercare una nuova occupazione (nel caso del prestatore)²⁷⁷ senza subire gli aggravii derivanti da un'inattesa ed altrimenti immediata interruzione della relazione contrattuale. A volte il preavviso (o meglio, l'*indennità* di preavviso) sembra adempiere invece ad una funzione prettamente indennitaria o risarcitoria, come ad esempio in caso di dimissioni del lavoratore per giusta causa (art. 2119, comma 2, c.c.) o in caso di dimissioni della lavoratrice madre presentate durante il periodo nel quale è previsto il divieto di licenziamento della medesima (art. 55, comma 1, d. lvo. n. 151/2001) o in caso di dimissioni della lavoratrice illegittimamente licenziata per causa di matrimonio (art. 35, comma 7, d. lvo. n. 198/2006), oppure previdenziale in senso lato, come nel caso previsto dall'art. 2118, comma 3, c.c., dell'estinzione del rapporto per morte del prestatore, cui segue il diritto degli eredi all'*indennità* sostitutiva del preavviso.

Come è altrettanto notorio, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si controverte da sempre circa la *natura* del preavviso: se attribuire a questo efficacia obbligatoria, configurando così in capo al recedente un'obbligazione alternativa (pagare l'*indennità* e interrompere subito il rapporto o comunicare il recesso mantenendo temporaneamente in vita la relazione contrattuale, con i reciproci obblighi e diritti, per tutto il periodo del preavviso), come parrebbe dalla dizione letterale del secondo comma dell'art. 2118 c.c., oppure efficacia reale, cosicché la risoluzione del rapporto avrebbe effetto solo al termine del periodo di preavviso (configurandosi in tal caso la relativa *indennità* come un risarcimento del danno derivante dalla mancata prosecuzione del rapporto)²⁷⁸.

²⁷⁷ Cfr., su tutti, G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, in particolare p. 287 ss.

²⁷⁸ Non possiamo qui nemmeno accennare, per ovvie ragioni di contenenza rispetto al tema del presente lavoro, le molteplici implicazioni derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi. Possiamo rinviare sul punto all'ampia trattazione proposta da L. CALCATERRA, *Il preavviso di*

Ora, dal momento che il preavviso costituisce certamente una conseguenza del recesso²⁷⁹, è astrattamente ammissibile che la contrattazione di prossimità possa intervenire (*in peius*, tanto rispetto alla legge, quanto rispetto alle previsioni dei contratti collettivi nazionali) sulla relativa disciplina. Sicuramente la contrattazione di prossimità potrebbe stabilire una volta per tutte la natura *obbligatoria* del preavviso: ben s'intenda, questa non sarebbe "tecnicamente" una previsione "in deroga" alla legge²⁸⁰, ma avrebbe certamente una forte valenza "organizzativa" per l'impresa che, oltre a porsi al riparo delle possibili condotte fraudolente del prestatore di lavoro²⁸¹, potrebbe programmare con assoluta certezza il momento dell'uscita dal contesto lavorativo del dipendente. E così non sarebbe nemmeno da escludere un intervento della contrattazione di prossimità volto, rispettivamente, ad accorciare o ad allungare la durata del periodo di preavviso a carico del datore o del prestatore recedente. Anche questo sarebbe da ritenersi – almeno astrattamente – un intervento "coperto" da un'esigenza legata all'organizzazione del lavoro o della produzione – che andrebbe poi chiaramente ravvisata nello specifico contesto di riferimento – anche se, *a priori*, non sarebbe facilmente individuabile il *quantum* di una tale deroga al contratto collettivo nazionale: certamente non potrebbe ammettersi la totale eliminazione del preavviso (e della relativa indennità a carico del datore), e pure sarebbe da considerare inammissibile, perché contrastante con il diritto al lavoro

licenziamento, cit., pp. 11-12; v. anche R. DIAMANTI, *Sub art. 2118 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., in particolare pp. 589-590.

²⁷⁹ Vedi infatti A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, cit., p. 21-22; *contra* C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, cit., p. 408, che lo inquadra «come presupposto (ancorchè a efficacia obbligatoria e non reale) del recesso e non come conseguenza», sebbene poi sembri "aprire" ad una possibile inclusione della disciplina del preavviso tra le materie oggetto di deroghe da parte della contrattazione di prossimità.

²⁸⁰ Meno che mai se si ritiene di poter attribuire efficacia obbligatoria al preavviso già in base alle vigenti norme di legge.

²⁸¹ Che mettendosi in malattia dopo la comunicazione del recesso, poteva di fatto procrastinare l'effetto del recesso, operante la regola per cui la malattia sospendeva anche il decorso del periodo di preavviso. Una pratica che dovrebbe ritenersi già scongiurata dalla novella introdotta dall'art. 1, comma 41, legge n. 92/2012, che fa decorrere gli effetti del licenziamento dalla sua comunicazione iniziale.

stabilito dall'art. 4 Cost. (inteso come diritto *anche* ad una occupazione migliore), un allungamento eccessivo della relativa durata a danno del prestatore recedente. Astrattamente, sarebbe pure possibile un intervento volto ad individuare la base di calcolo della relativa indennità in misura più restrittiva rispetto alla previsione contenuta nell'art. 2121 c.c., disposizione cui la giurisprudenza ha attribuito natura di per sé inderogabile²⁸². In questo caso però, si tratterebbe di un intervento volto ad incidere su una contropartita economica del recesso, e dunque non si comprende quale fattore "organizzativo" potrebbe sorreggere una tale previsione (tale non essendo, evidentemente, il mero risparmio di costi).

In mancanza di qualsiasi disposizione costituzionale in materia di preavviso di licenziamento, si rinviene però una indicazione abbastanza precisa nella Carta sociale europea, ratificata dall'Italia con la legge n. 30/1999. L'art. 4.4 infatti, «per garantire l'effettivo esercizio del diritto ad un'equa retribuzione» impegna le parti a «riconoscere il diritto di tutti i lavoratori ad un ragionevole periodo di preavviso nel caso di cessazione del lavoro», fatte salve quelle ipotesi che possono configurare una giusta causa di recesso immediato. In mancanza di indicazioni legali sul punto²⁸³, eventuali deroghe peggiorative alle previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro apportate dalla contrattazione di prossimità dovrebbero quindi valutarsi con grande cautela²⁸⁴.

Da ultimo, quanto al trattamento di fine rapporto, in dottrina si è prospettata la possibilità di intervenire, in sede di contrattazione di prossimità, prevedendo ad esempio una diversa dislocazione della retribuzione differita, da corrispondersi direttamente al lavoratore anziché all'INPS o alle altre forme di previdenza

²⁸² Cfr. Cass., 28 ottobre 1999, n. 12126, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1653.

²⁸³ A quanto consta, ci risultano solo l'art. 16 legge 2 aprile 1958, n. 339, in materia di lavoro domestico, e gli artt. 9 e 10 regio decreto legge 13 novembre 1924, n. 1825, in materia di lavoro impiegatizio, disposizioni generalmente migliorate dai rispettivi contratti collettivi.

²⁸⁴ Per inciso, anche l'art. 11 della convenzione OIL n. 158/1982 contiene una disposizione sul preavviso di contenuto analogo a quella dell'art. 4 della Carta sociale europea. Ma, come si ricorderà, la convenzione non è stata ratificata dall'Italia.

complementare come avviene attualmente²⁸⁵. Per quanto concerne invece la base di computo del trattamento economico, da determinarsi tenendo conto di tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto corrisposto a titolo di rimborso spese, ai sensi dell'art. 2120, comma 2, c.c., si tratta di un profilo sul quale già si ammettevano, già prima dell'art. 8, deroghe peggiorative da parte dei contratti collettivi anche aziendali²⁸⁶. Si tratterebbe, in ogni caso, di interventi diretti ad incidere su un elemento – la retribuzione, pur differita – che oltre a non essere direttamente rapportabile ad un fattore organizzativo, non è nemmeno annoverata tra le “materie” oggetto della contrattazione di prossimità. E lo stesso dicasi per quelle disposizioni, sempre contenute nell'art. 2120 c.c., che prevedono la facoltà del prestatore, che abbia maturato un'anzianità di servizio di almeno otto anni, di chiedere un'anticipazione sul trattamento già maturato.

Ciò premesso, quanto ai possibili limiti imposti dalle fonti sovraordinate alla legge ordinaria, v'è da dire che sulla consistenza del trattamento di fine rapporto non si rinvengono indicazioni precettive nelle disposizioni costituzionali²⁸⁷. E, come si ricorderà, l'intera materia della retribuzione è estranea alle competenze sociali dell'Unione Europea²⁸⁸ (la quale, peraltro, ha previsto a carico degli Stati membri, da ultimo con la direttiva n. 2008/94, l'obbligo di introdurre nelle legislazioni nazionali precise misure volte ad assicurare la protezione contro l'insolvenza del datore di lavoro, che nella legislazione italiana si rinvengono nella legge 29 maggio 1982, n. 297, e nel d. lvo. 27 gennaio 1992, n. 80, più volte modificati; ma un intervento della contrattazione di prossimità in tale materia non potrebbe dirsi coperto dall'art. 8).

²⁸⁵ Vedi in tal senso A. MARESCA, C. CESTER, *ult. op. loc. citt.*

²⁸⁶ Cfr. Cass., 5 agosto 2005, n. 16549, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 569, nt. M. MARIANI.

²⁸⁷ E qui possiamo rimandare a A. VALLEBONA-G. FRANZA, *Sub art. 2120 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., v. in particolare p. 602.

²⁸⁸ Ai sensi dell'art. 153.5 TFUE.

Quanto infine alle convenzioni OIL, ratificate dall'Italia²⁸⁹, in materia di retribuzione, rilevano in particolare la convenzione n. 100/1951 sulla parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici, ratificata con la legge 22 maggio 1956, n. 741, e la convenzione n. 111/1958 sui divieti di discriminazione nell'impiego, ratificata con la legge 6 febbraio 1963, n. 405. Ma in nessuna delle due convenzioni si rinvencono disposizioni atte ad incidere, direttamente o indirettamente, sul trattamento economico spettante al lavoratore alla cessazione dell'impiego.

²⁸⁹ Quanto alla convenzione n. 158/1982, non ratificata, il suo art. 12 prevederebbe in ogni caso, a favore del prestatore licenziato, (in via alternativa) o un indennizzo di uscita a carico del datore di lavoro o di un fondo costituito tramite contributi datoriali, oppure prestazioni di assicurazione contro la disoccupazione o di assistenza ai disoccupati o ad altre prestazioni di sicurezza sociale, quali le indennità di vecchiaia o di invalidità, alle condizioni normali del diritto a tali prestazioni oppure, ancora, una combinazione tra tali indennizzi e prestazioni, il tutto da prevedersi conformemente alla legislazione e alla prassi nazionali. Nulla da cui possa estrapolarsi un qualche preciso "vincolo" alla contrattazione collettiva di prossimità.

Conclusioni.

Giunti al termine di questo lavoro, si è chiamati a tirare le fila del discorso e proporre delle osservazioni pertinenti al tema, ritualmente definite “conclusioni”, nelle quali si tenti di cristallizzare una determinata posizione sulla base dei risultati di una ricerca.

Vista la portata del tema – il ruolo dell’inderogabilità della norma nel diritto del lavoro – e soprattutto gli scenari aperti dalla “contrattazione di prossimità”, creazione autentica dell’art. 8, più che delle conclusioni nel senso classico del termine si dovrebbero proporre delle osservazioni, piuttosto perplesse, verso dei modelli di *governance* delle relazioni contrattuali che si vorrebbero distaccare molto profondamente dalle strutture e dai paradigmi classici del diritto del lavoro, come lo si è inteso almeno fino a poco più di un decennio fa.

Non ripercorremo tutti passaggi di questo lavoro, nè ci soffermeremo (ancora) sul ruolo “assiologico” della norma inderogabile. Che non è (mai) fine a se stessa, ma protegge sempre valori, legati, direttamente o indirettamente, alla sfera della persona implicata nella relazione lavorativa. Proporremo piuttosto un interrogativo rivolto al futuro, perchè del passato di si è già discusso nelle pagine che precedono. Quale potrebbe essere la conseguenza – estremizzando – di un superamento generale della disciplina del rapporto individuale di lavoro fondato – *a tutt’oggi* – sulla norma inderogabile?

La risposta inizia forse a intravedersi analizzando il presente. Si è trattato, in particolare nell’ultimo capitolo di questo lavoro, dell’art. 8 e della contrattazione di prossimità. Pur essendo certamente troppo presto per abbozzare delle conclusioni, perchè sono ancora relativamente pochi i riscontri concreti (almeno quelli resi pubblici) del fenomeno, alcune ipotesi sono già a portata di vista. Dall’analisi che si è

condotta, ragionando sulle materie, sui limiti derivanti delle fonti sovraordinate alla legge e sulle “finalità” o “causali” (chi scrive per questa seconda definizione) delle intese, si è potuto osservare come l’impatto dell’art. 8 sulla disciplina legale del rapporto dovrebbe essere, contrariamente alle attese, abbastanza contenuto. Perché non certamente ogni singola disposizione, ma piuttosto l’assetto portante (i principi regolatori) di ogni istituto giuridico legato al rapporto individuale trova davvero il proprio fondamento – come accusano anche coloro che vorrebbero invece esaltare l’effetto “liberatorio” dell’art. 8 da lacci e laccioli che mal si adatterebbero alla ragione *datoriale* – in un qualche principio di carattere costituzionale o sovranazionale. Purchè, ovviamente, si abbia l’intenzione di trovarlo. E qui emerge già il primo significativo *vulnus* che l’art. 8 potrebbe infliggere non tanto all’aurea essenza del diritto, che potrà pur sempre essere “ripristinata” *ex post* da una critica serrata di un accordo che si sia spinto troppo in là quando non da un’accertamento giudiziale della sua invalidità, quanto piuttosto alla “quotidiana effettività” delle regole. Perché già la stipulazione di intese che derogano, ben oltre il consentito, alle disposizioni vigenti, realizzate – e questo è un paradosso – sotto la “copertura” pur apparente di un’altra norma, è in grado di infliggere un colpo abbastanza serio alla tenuta complessiva del sistema. Vero che le intese, almeno secondo quella corrente di pensiero a cui chi scrive ritiene di aderire, potrebbero pur sempre essere sottoposte ad un severo sindacato giudiziario. Ma l’attuale situazione dei rapporti di forza contrattuale nel mercato del lavoro induce a ritenere che molto difficilmente si arriverà al contenzioso, soprattutto quando dietro alla sigla degli accordi ci siano istanze locali delle associazioni appartenenti al mondo confederale.

Ma l’impressione, che si matura ponendo mente soprattutto a quegli istituti in cui più vasti sono gli spazi già riservati dalle norme all’autonomia collettiva (si pensi all’orario, o ai contratti c.d. flessibili), è che il maggiore impatto della contrattazione di prossimità si riverserà proprio sul contratto collettivo nazionale, per lo più “disarmato”, a differenza della legge, di fronte all’incedere di una contrattazione al

ribasso, gestita a livello aziendale preferibilmente dalle (sole) rappresentanze sindacali aziendali, davanti allo spettro del decentramento e di pesanti perdite in termini occupazionali. Potrebbe essere quindi il contratto collettivo di categoria, e, insieme, tutto il sistema “ordinato” di contrattazione, a subire il colpo più pesante da parte dell’art. 8, almeno se la “rincorsa al peggio” che la disposizione sicuramente *libera* (se non addirittura, incentiva) non troverà un contrappeso in una ripresa economica che pare ancora molto lontana.

Non che la norma impedisca *di per sè* una gestione “responsabile” di situazioni di crisi aziendale o, all’opposto, di espansione occupazionale. Si tratta delle due ipotesi in cui, probabilmente, dell’art. 8 potrebbe essere fatto un uso più “peculiare”, nell’ottica di quella maggiore partecipazione dei lavoratori (tramite i loro rappresentanti) alla vita dell’impresa che dall’art. 46 della Costituzione non ha mai potuto “prendere corpo” nella realtà dei rapporti. Va segnalato però, come sarebbe inaccettabile, perchè contrario oltretutto agli stessi principi di leale concorrenza, che l’investimento produttivo possa considerarsi *di per sè* ragione delle deroghe. Si tratta del messaggio più pericoloso che l’art. 8 rischia di veicolare, a meno di non considerare la ragione aziendale in un’ottica *soggettiva*, alla stregua della mera convenienza economica. Ma questo è altro dalla “ragione aziendale” cui la stessa legge ha già affidato il governo, entro binari di ragionevolezza, della gestione dell’impresa. Quanto alla gestione della crisi, è forse la fase in cui più opportuno (anzi, diremmo, fisiologico) riesce il coinvolgimento delle parti sociali e più “ragionevole” il sacrificio a qualche diritto acquisito. Si segnala però come l’art. 8 non assicuri affatto, a differenza di altri istituti già noti nel nostro ordinamento, alcun reale controllo della “effettività” della crisi da parte delle rappresentanze sindacali. Una ragione in più per ritenere che questo “controllo” dovrà essere effettuato *ex post*, in sede giudiziale (naturalmente, ove al contenzioso si arrivi).

Si detto poi che l’art. 8 implicitamente confermerebbe il principio generale dell’inderogabilità della legge da parte dell’autonomia individuale. Il punto, però, è

quanto da questa si allontani quell'autonomia collettiva, cristallizzata nella controparte dell'impresa che stipula un contratto di prossimità. È davvero così lontana? Se lo scopo del ricorso alla norma inderogabile è di allontanare la "fonte" dal "rapporto", sul presupposto della sostanziale ingiustizia che il prodotto di una "fonte" più "vicina" a quel "rapporto" produrrebbe, con l'art. 8 si va nella direzione opposta. Il che potrebbe risultare proficuo nella misura in cui con questa norma si liberasse davvero la ragione *aziendale*, cioè quella libertà dell'operatore economico di selezionare, contrattare e quindi perseguire risultati attraverso scelte la cui razionalità è oggettivamente riconoscibile.

Concludiamo con una osservazione. Si è detto e ripetuto tantissime volte come la norma inderogabile sia strumentale rispetto a beni e interessi che si vuole rendere non più (o non più totalmente) disponibili all'autonomia privata. Anche il lavoro però, è a sua volta *strumentale* a un determinato assetto sociale che nella Costituzione incarna il valore della democrazia, della cittadinanza. È questa, forse, a cui dovrebbe guardarsi per stimare gli esiti di tutto il processo di cui ci siamo occupati.

Bibliografia:

- AA. VV., *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, Milano, 1975.
- AA. VV., *Lo Statuto dei lavoratori; commentario*, diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, Milano, 1979.
- AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del X° Congresso Nazionale di diritto del lavoro. Udine, 10-11-12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994.
- AA.VV., *Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS 2001, Giuffrè, Milano, 2002.
- AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio di Pesaro-Urbino del 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003.
- AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Abano Terme – Padova, 21-22 maggio 2004, Giuffrè, Milano, 2005.
- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003.
- A. ALBANESE, *L'invalidità del contratto di lavoro subordinato*, in *Contratti e impresa*, 2005, p. 200 ss.
- A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto del civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv giur. lav.*, 2008, I, p. 165 ss.
- P. ALBI, *Il contratto di appalto*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Cedam, Padova, 2012, p. 1595 ss.
- P. ALBI, *Sub art. 8 l. n. 148/2011*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 2581 ss.
- E. ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – n. 134/2011.
- A. ALLAMPRESE, *Il lavoro ripartito*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, Utet, Torino, 2007, vol. II, p. 1441 ss.
- P. ALLEVA, *Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 481 ss.
- R. ALLIO, *Economia e lavoro nella Storia d'Italia (1861-1940)*, Giappichelli, Torino, 2001.
- L. ANGIELLO, *La retribuzione*, II° ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- A. ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1981.
- F. ARCA, *Legislazione sociale*, 1914, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, p. I ss., Società Editrice Libreria, Milano, 1930.
- A. ASCOLI, *Sul contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, I, p. 99 ss.
- C. ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Giuffrè, Milano, 1967.
- G.G. BALANDI, *Corporativismo e legislazione previdenziale degli anni '30. Note di ricerca*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, III, p. 1 ss.
- M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 357 ss.
- M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 371.
- M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Il governo del corpo*, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 855 ss.

- M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, IV° ed., Giappichelli, Torino, 2012.
- M.V. BALLESTRERO-G. DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.
- R. BALZARINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 1 ss.
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II voll., II° ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1915-1917.
- M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006.
- D. BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, a cura di G. LISERRE-G. FLORIDIA, Utet, Torino, 1988.
- M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.
- M. BARBIERI-D. DALFINO, *Il licenziamento individuale*, Cacucci, Bari, 2013.
- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.
- S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 77 ss.
- Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Bari, 1999.
- V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2012.
- A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d. lgs. n. 276/2003*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT* - n. 16/2004.
- P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, XXIV, *Il lavoro subordinato* a cura di F. CARINCI, I, *Il diritto sindacale* coordinato da G. PROIA, Giappichelli, Torino, 2007, p. 261 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, II° ed., Utet, Torino, 1950.
- M. BIAGI (a cura di), *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Roma, 2001.
- M. BIAGI-M. TIRABOSCHI, *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 347 ss.
- M. BIAGI-T. TREU, *Progetto per uno "Statuto dei lavori": 1998*, in T. TREU (a cura di), *Politiche del lavoro: insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 317 ss.
- M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, p. 157 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, II° ed., Giuffrè, Milano, 2002.
- R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2012.
- R. BLANPAIN-M. COLUCCI, *Il diritto comunitario del lavoro e il suo impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 2000.
- R. BLANPAIN-M. COLUCCI (a cura di), *L'organizzazione internazionale del lavoro: diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Jovene, Napoli, 2007.
- N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
- N. BOBBIO, (voce) *Consuetudine (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 437 ss.
- N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XI, Giappichelli, Torino, 1965.
- N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970.

- A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2008.
- V. BRINO, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 319 ss.
- V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 383 ss.
- M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, II, p. 1180 ss.
- M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 371 ss.
- M. BROLLO-M. VENDRAMIN, *Mansioni, qualifiche e jus variandi*, in M. MARAZZA-M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, IV, in M. PERSIANI-F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, p. 512 ss.
- M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale: meno flex, più security*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero, Supplemento a Dir. prat. lav.* del 15 settembre 2012, n. 33, p. 118 ss.
- G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI-G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 109 ss.
- G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività. Il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 53 ss.
- S. BRUN, *Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell'impresa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 259 ss.
- G. BRUNETTI, *La nuova legge sull'orario di lavoro nelle aziende industriali*, in *Giust. lav.*, 1933, p. 217 ss.
- A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Bontempelli, Roma, 1913.
- L. CALAFA-D. GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.
- L. CALCATERRA, *Il preavviso di licenziamento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT* - n. 162/2012.
- E. CANNIZZARO, (voce) *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1394 ss.
- E. CANNIZZARO-A. CALIGIURI, *Sub art. 10*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 242 ss.
- U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 76 ss.
- U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 147 ss.
- U. CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 539 ss.
- U. CARABELLI-V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 22/2004.
- S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2003.
- F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 17 ss.
- F. CARINCI, *Ritornando sulle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1093 ss.
- F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP-C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 133/2011.

- F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012.
- F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 529 ss.
- F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *Boll. Ord. ADAPT* del 30 settembre 2013, n. 33.
- F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, Supplemento a Dir. prat. lav.* del 15 settembre 2012, n. 33.
- F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del Lavoro, II, Il rapporto di lavoro subordinato*, VII° ed., Utet, Torino, 2011.
- F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro, I, Diritto sindacale*, VI° ed., Utet, Padova, 2013.
- M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, Giuffrè, Milano, 2000.
- M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005.
- M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 114/2011*.
- M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII° Congresso Nazionale AIDLASS, Pisa, 7-9 giugno 2012, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 527 ss.
- M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento e ramo d'azienda*, III° ed., Giappichelli, Torino, 2013.
- M.T. CARINCI-C. CESTER-M.G. MATTAROLO-F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti: inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011.
- L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, p. 536 ss.
- F. CARNELUTTI, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 371 ss.
- F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, p. 384 ss.
- F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Dir. Lav.*, 1930, I, p. 123 ss.
- F. CARNELUTTI, *Inderogabilità degli usi in tema di impiego privato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p. 144 ss.
- F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1930.
- U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, VIII° ed., Cortina Libreria, Milano, 2007.
- B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 801 ss.
- B. CARUSO, *Il diritto del lavoro fra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *WP in C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".INT - n. 39/2005*.
- B. CARUSO-C. ZOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione: struttura e regime giuridico*, Jovene, Napoli, 1994.
- G. CASALE, *Il diritto internazionale del lavoro e il ruolo della Organizzazione Internazionale del lavoro*, in F. CARINCI-A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in *Diritto del lavoro, Commentario* diretto da F. CARINCI, Utet, Torino, 2010, p. 35 ss.
- M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milano, 1974.
- S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2002.
- L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.
- L. CASTELVETRI, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010.

- A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 545 ss.
- M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- S. CENTOFANTI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. CINELLI-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 26 ss.
- W. CESARINI SFORZA, *Corso di diritto corporativo*, Cedam, Padova, 1934.
- A. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1966.
- C. CESTER, (voce) *Rinunce e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 984 ss.
- C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, relazione svolta al XIII° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 341 ss.
- C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 405 ss.
- C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2012.
- C. CESTER-M.G. MATTAROLO-M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro: commentario al D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, Milano, 2003.
- G. CHIARELLI, *Lo "Statuto dei lavoratori" nell'ordinamento giuridico*, in *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, Milano, 1975, p. 9 ss.
- M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013.
- M. CINELLI-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2011.
- S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368/2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 478 ss.
- R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1969.
- M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 249 ss.
- M. CORTI, *Il c.d. Collegato Lavoro: clausole generali, certificazione, conciliazione e arbitrato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 7 ss.
- M. CORTI, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359 ss.
- M. CORTI-A. SARTORI, *La presentazione alle parti sociali del d.d.l. sullo Statuto dei lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 3 ss.
- L.A. COSATTINI, *Rinunzie e transazioni*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, III, II° ed., Utet, Torino, 2007, p. 687 ss.
- R. COSIO, *Il diritto del lavoro che cambia: dall'art. 8 del decreto di agosto alle misure anticrisi del patto di stabilità di novembre*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 335 ss.
- A. COSSIRI, Sub art. 10, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II° ed., 2008, Cedam, Padova, 2008, p. 86 ss.
- A. COSSIRI, Sub art. 117, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II° ed., 2008, Cedam, Padova, 2008, p. 1048 ss.
- A. COSSIRI, Sub art. 1, §§ XI-XVIII, in S. BARTOLE-P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 3 ss.
- C. COSTAMAGNA, *Diritto corporativo italiano*, UTE, Torino, 1927.

- A. COVA, *Impresa e lavoro a Milano ai primi del Novecento*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, p. 45 ss.
- V. CRISAFULLI, (voce) *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1968, p. 923 ss.
- V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto del lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 96 ss.
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.
- V. CRISAFULLI, (voce) *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 195 ss.
- G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959.
- A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova, 2008.
- M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990, p. I ss.
- M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 529 ss.
- D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, relazione svolta al X^o Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Udine nei giorni 10-12 maggio 1991, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 455 ss.
- M. D'ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 49 ss.
- M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, p. 63 ss.
- M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 311 ss.
- M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665 ss.
- L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, 2002, p. 40 ss.
- L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 235 ss.
- L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, I, p. 885 ss.
- M. DEL CONTE, *Articolo 8: grandi poteri, grandi responsabilità*, in www.cuorecritica.it, 2011.
- M. DEL CONTE, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 24 ss.
- M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, Napoli, 2008.
- M. DELFINO, (voce) *Lavoro a tempo parziale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 693 ss.
- R. DEL GIUDICE, *Il tramonto di una storica legge*, in *Riv. dir. lav.*, 1959, I, p. 153 ss.
- L. DE LITALA, *La derogabilità degli usi in tema di impiego privato*, in *Rass. lav.*, 1932, p. 157 ss.
- M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 515 ss.
- R. DEL PUNTA, (voce) *Parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 707 ss.
- R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 ss.
- R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 31 ss.
- R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

- R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 61 ss.
- R. DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi collettivi del Gruppo Fiat: una prima ricognizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 113 ss.
- R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 19 ss.
- R. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 11 ss.
- R. DE LUCA TAMAJO-L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza: la legislazione degli anni 1977-1978*, Jovene, Napoli, 1979.
- G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1948.
- G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, p. 427 ss.
- O. DESSÌ, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, Torino, 2011.
- G. D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1969, I, p. 14 ss.
- R. DIAMANTI, *Sub art. 2118 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 588 ss.
- F. DI MARZIO, *Norme imperative*, in *I contratti in generale*, a cura di P. CENDON, VI, *Causa – Oggetto – Motivi – Frode alla legge*, Giappichelli, Torino, 2000.
- F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008.
- C. DI TURI, *Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella promozione e nella garanzia dei diritti umani in campo economico e sociale*, in *Jus*, 2008, p. 484 ss.
- F. DURANTE, (voce) *Trattato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1368 ss.
- S. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 440 ss.
- O. ERMIDA URIARTE, *La crisi finanziaria globale e il diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2010, p. 279 ss.
- P. FABRIS, *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1978.
- V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 73 ss.
- G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.
- G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002.
- G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008.
- G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 658 ss.
- G. FERRARO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 739 ss.
- G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1249 ss.
- G. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 471 ss.
- G. FERRARO, *Il lavoro autonomo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 128 ss.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.
- G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.
- G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010.
- G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010.
- L. GAETA, *La politica familiare del fascismo nella pubblicistica corporativa*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 523 ss.

- L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1986.
- G. GAJA, (voce) *Organizzazione internazionale del lavoro*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 336 ss.
- L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, V° ed., Giappichelli, Torino, 1995.
- L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, X° ed., Giappichelli, Torino, 2012.
- L. GALANTINO, *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1, p. 14 ss.
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, Cedam, Padova, 1993.
- F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in AA. VV., *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1998.
- U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Catanzaro, 2008.
- A. GARILLI, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, p. 343 ss.
- A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 31 ss.
- A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 485 ss.
- M.G. GAROFALO, *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003, p. 145 ss.
- M.G. GAROFALO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 421 ss.
- F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV° ed., ESI, Napoli, 2009.
- E. GHERA, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali del lavoratore nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1013 ss.
- E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 305 ss.
- E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO-M. RUSCIANO-L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforme e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, p. 278 ss.
- E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, XVI° ed., Cacucci, Bari, 2006.
- E. GHERA, *La prescrizione dei diritti dei lavoratori e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 1 ss.
- E. GHERA, *Diritto del Lavoro*, XVII° ed., Cacucci, Bari, 2011.
- E. GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 195 ss.
- G. GHEZZI-U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, IV° ed., Zanichelli, Bologna, 1997.
- M. GHIDINI, *Diritto del lavoro*, IX° ed., Cedam, Padova, 1985.
- M.S. GIANNINI, *Sulla rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1948, I, p. 1 ss.
- M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione delle categorie lavoratrici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, p. 1 ss.
- P. GIANNITI, (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2013.
- S. GIUBBONI, *Potere datoriale di controllo e diritto alla privacy del lavoratore. Una sinossi delle fonti europee e internazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 81 ss.
- G. GIUGNI, *I limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, I, p. 55 ss.

- G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.
- G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Atti III° Congresso Aidlass*, Giuffrè, Milano, 1968.
- G. GIUGNI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *Dir. lav.*, 1970, I, p. 3 ss.
- G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 375 ss.
- G. GIUGNI, (voce) *Sciopero. I – Ordinamento italiano*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992.
- G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, XII° ed., Cacucci, Bari, 2006.
- D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, relazione alle giornate di studio dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (AIDLASS), svoltesi a Parma dal 4 al 5 giugno 2010, sul tema «Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 509 ss.
- D. GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 521 ss.
- D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 721 ss.
- E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 91 ss.
- M. GRANDI, (voce) *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1985, p. 313 ss.
- M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro, riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 309 ss.
- P. GRECO, *Mercato globale e tutela del lavoro*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, Salerno, 2000.
- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, I, Giuffrè, Milano, 1998.
- R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2010.
- S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 36 ss.
- A. ICHINO-P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 457 ss.
- P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondatori, Milano, 1996.
- P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, XXVII, Giuffrè, Milano, 2000.
- P. ICHINO, *Il contratto a termine*, in P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 421 ss.
- P. ICHINO, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 407 ss.
- P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 719 ss.
- L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 255 ss.
- P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. CARBONE-R. LUZZATTO-A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2003, p. 118 ss.
- N. JEAGER, *Principi di diritto corporativo*, CEDAM, Padova, 1939.

- M. LAI, (voce) *Lavoro nel diritto internazionale pubblico*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1992, p. 358 ss.
- P. LAMBERTUCCI, *Modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 361 ss.
- A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001.
- A. LASSANDARI, *Il limite del «rispetto della Costituzione»*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 503 ss.
- R. LATTANZI, *Dallo Statuto dei lavoratori alla disciplina della protezione dei dati personali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 151 ss.
- V. LECCESE, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 189 ss.
- V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004.
- V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione al XVII° Congresso Nazionale AIDLASS, Pisa, 7-9 giugno 2012, ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479 ss.
- S. LIEBMAN, *Sistema sindacale «di fatto», efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1281 ss.
- N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 191 ss.
- F. LISO, *Osservazioni sull'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *WP-C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT* - n. 157/2012.
- P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 481 ss.
- P. LOTMAR, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, trad. italiana di L. GAETA, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, p. 313 ss.
- G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. GHERA-A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, p. 10 ss.
- G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011.
- F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 137 ss.
- F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 21 ss.
- A. LYON-CAEN-A. PERULLI (a cura di), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005.
- M. MAGNANI, (voce) *Disposizione dei diritti*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, p. 51 ss.
- M. MAGNANI, *Il lavoro nel titolo quinto della Costituzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 645 ss.
- M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.
- M. MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1 ss.
- S. MAGRINI, (voce) *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 369 ss.
- G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962.
- G.F. MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1966, p. 859 ss.

- G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26 ss.
- M. MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 41 ss.
- A. MARESCA, *Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, p. 706 ss.
- A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 298 ss.
- A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, I, p. 16 ss.
- F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT* - n. 85/2009.
- M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI-M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 79 ss.
- L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003.
- L. MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 459 ss.
- L. MARRA, *Sub art. 2113 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 567 ss.
- F. MARTINELLI, *Diritto dell'Unione Europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, XX° ed., Simone, Napoli, 2013.
- L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale*, in *Quad. Fiorentini*, nn. 3/4, 1974-5, p. 103 ss.
- M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, Cedam, Padova, 2006.
- M. MARTONE, *La fase corporativa*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 63 ss.
- E. MASSI, *I contratti a termine dopo le recenti riforme*, in *Inserito a Dir. prat. lav.* del 26 ottobre 2013, n. 41.
- M.G. MATTAROLO, *Disciplina dell'orario di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 397 ss.
- A. MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall'osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, Relazione al Convegno "Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali", Venezia, 25-26 ottobre 2013, consultabile sul sito <http://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/mattei.pdf>.
- S. MATTONE, *Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art. 8 l. n. 148/2011*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 450 ss.
- M.R. MAUGERI, *Sub art. 1339*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, I, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), Utet, Torino, 2011, p. 512 ss.
- F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.
- F. MAZZIOTTI, *La prescrizione e la decadenza dei diritti dei lavoratori nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, p. 262 ss.
- M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956.
- G. MAZZONI, *Teoria e limiti di applicabilità dei contratti collettivi di lavoro*, II° ed., Giuffrè, Milano, 1939.
- G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, V° ed., Giuffrè, Milano, 1977.

- O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, relazione svolta al X° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Udine nei giorni 10-12 maggio 1991, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 490 ss.
- O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, II° ed., Giappichelli, Torino, 2011.
- O. MAZZOTTA, «Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. Dir.*, 2012, p. 19 ss.
- L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 707 ss.
- L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo indeterminato*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 2007, II, p. 1223 ss.
- L. MENGHINI, *Contratto a termine, nuove regole*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *Supplemento a Dir. prat. lav.* del 15 settembre 2012, n. 33, p. 93 ss.
- L. MENGHINI, *Contratto a termine*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsa, Milano, 2012, p. 433 ss.
- L. MENGHINI-M. MISCIONE-A. VALLEBONA (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971.
- L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 167 ss.
- L. MENGONI, *In tema di usi aziendali*, in *Mass. giur. lav.*, 1978, p. 471 ss.
- L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 693 ss.
- L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, 1975, ora in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 399 ss.
- L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *Riv. it dir. lav.*, 1988, I, p. 7 ss.
- L. MENGONI-A. PROTO PISANI-A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, I, p. 7 ss.
- L. MENGONI, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti indisponibili e doveri inderogabili di solidarietà*, ora in M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Vita & Pensiero, Milano, 2004.
- S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, La Nuova Italia, Firenze, 1972.
- G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, 1904, ora in G. MESSINA, *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 3 ss.
- G. MESSINA, *I «contratti collettivi» ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, 1907, ora in G. MESSINA, *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 51 ss.
- G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffe*, Relazione alla IX° sessione del Consiglio superiore del lavoro, 1912, ora in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 113 ss.
- F. MESSINEO, (voce) *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, p. 944 ss.
- L.A. MIGLIORANZI, *Diritti indisponibili del lavoratore e dichiarazioni liberative*, in *Dir. lav.*, 1946, I, p. 45 ss.
- A. MINERVINI, *Il lavoro a tempo parziale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- F. MODUGNO, (voce) *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, Giuffrè, Milano, 1997, p. 561 ss.
- G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento italiano. La legge sul lavoro dei fanciulli*, in *Movimento operaio e socialista*, 1974, p. 235 ss.
- L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 211 ss.

- L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, III° ed., Franco Angeli, Milano, 1986.
- L. MONTUSCHI, *Le fonti interne. Il sistema generale delle fonti giuslavoristiche*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 395.
- L. MONTUSCHI, *La Costituzione come fonte regolatrice del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 415 ss.
- C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 153 ss.
- C. MORTATI, *Corso di lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Edizioni Ricerche, Roma, 1958.
- C. MORTATI, (voce) *Costituzione (dottrine generali) e Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 139 ss.
- M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita & Pensiero, Milano, 2003.
- M. NAPOLI (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita & Pensiero, Milano, 2006.
- M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2006, p. 59 ss.
- M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 157 ss.
- M. NAPOLI, *Osservazioni sul contegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 467 ss.
- M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita & Pensiero, Milano, 2012.
- A. NAVARRA, *Prevalenza del contratto collettivo di lavoro sulla legge per l'impiego privato*, in *Foro it.*, 1934, I, p. 69 ss.
- R. NICOLÒ, (voce) *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 913 ss.
- B. NICOTRA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1906.
- L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997.
- L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 1 ss.
- L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593 ss.
- L. NOGLER, *Le fonti internazionali*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, I, Utet, Torino, 2007, p. 23 ss.
- L. NOGLER, *Sub art. 36 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 35 ss.
- M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 503 ss.
- M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- A. OCCHINO, *Uso aziendale e gratuità delle attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 692 ss.
- A. OCCHINO, (voce) *Lavoro nell'Unione Europea*, in *Dig. Disc. Priv.*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2008, p. 457 ss.
- A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, p. 183 ss.
- A. OCCHINO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 d.l. 138/2011: nuove soluzioni al conflitto tra fonti*, in M. NAPOLI-V. FERRANTE-M. CORTI-A. OCCHINO, *Nuove tendenze delle fonti del Diritto del Lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*, Vita & Pensiero, Milano, 2012, p. 68 ss.

- V.E. ORLANDO, *Relazione per la prima «Proposta di legge sul contratto di lavoro di impiegati di aziende private e commessi di commercio»*, tenuta in occasione della seduta della Camera dei Deputati del 12 dicembre 1912, ora in *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 151 ss.
- L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Zanichelli, Bologna, 1996.
- A. PALLADINI, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 200 ss.
- A. PALLADINI, *I contratti di prossimità resistono alle censure regionali di illegittimità costituzionale*, nota a Corte Cost., 4 ottobre 2012, n. 221, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 915 ss.
- L. PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, in www.fmb.unimore.it, 2012.
- M. PAPALEONI, *Sub art. 2078 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2012, p. 436 ss.
- P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005.
- G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012.
- G. PERA, *Fondamento e efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in AA. VV., *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, V, Cedam, Padova, 1958, p. 15 ss.
- G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113. Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1990.
- G. PERONE, *Le fonti internazionali*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 184 ss.
- G. PERONE-A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.
- M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.
- M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.
- M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 19 ss.
- M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, I, p.1 ss.
- M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, I, Cedam, Padova, 2010.
- M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, XIX° ed., Cedam, Padova, 2012.
- M. PERSIANI, *Diritto Sindacale*, XIV° ed., Cedam, Padova, 2012.
- A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999.
- A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 1 ss.
- A. PERULLI, *Globalizzazione, governance e diritti sociali*, in M. NAPOLI (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita & Pensiero, Milano, 2006, p. 3 ss.
- A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 52 ss.
- A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 919 ss.
- A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto del diritto del lavoro*, in *WP-C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 132/2011.
- R. PESSI, *Tecniche normative e lavoro atipico*, in *Dir. lav.*, 2006 I, p. 11 ss.

- R. PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537 ss.
- R. PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57 ss.
- V. PINTO-R. VOZA, *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 471 ss.
- C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2009.
- C. PISANI, *Una ricetta della BCE per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 67 ss.
- A. PIZZORNO, *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, in C. CROUCH-A. PIZZORNO (a cura di), *Conflitti in Europa. Lotta di classe, sindacati e stato dopo il 1968*, Etas, Milano, 1977, p. 407 ss.
- A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1977.
- A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 14 ss.
- A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994.
- G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1204 ss.
- G. PROIA, *Diritto del lavoro e mercato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1036 ss.
- G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 358 ss.
- G. PROSPERETTI, *Dall'art. 3 agli artt. 35 ss. della Costituzione*, in E. GHERA-A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, p. 79 ss.
- U. PROSPERETTI, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1950.
- U. PROSPERETTI, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, III° ed., Giuffrè, Milano, 1964.
- S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento di diritti*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 1 ss.
- S. PUGLIATTI, (voce) *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 696 ss.
- M. RABITTI, *Sub art. 1419*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, vol. I, E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), Utet, Torino, 2011, p. 605 ss.
- L. RATTI, *Le pedine e la scacchiera: limiti sovranazionali alla efficacia derogatoria della contrattazione di prossimità*, Relazione al Convegno "Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali", Venezia, 25-26 ottobre 2013, consultabile sul sito <http://convegnovenezia.files.wordpress.com/2013/10/ratti.pdf>.
- E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, a cura e con un'Introduzione di S. CAPRIOLI, Giappichelli, Torino, 1992.
- E. REDENTI, *Sul concetto di sciopero e sul concetto di interesse professionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, p. 20 ss.
- E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Cedam, Padova, 1931.
- G.U. RESCIGNO, (voce) *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 303 ss.
- G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, E. GHERA-A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, p. 105 ss.
- M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, p. 43 ss.

- L. RIVA SANSEVERINO, *Corso di diritto del lavoro*, Società editrice del Foro italiano, 1941, Roma.
- L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nella nuova Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1948, I, p. 105 ss.
- L. RIVA SANSEVERINO, (voce) *Contratto collettivo di lavoro*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 55 ss.
- L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, vol. XI, t. I, Unione tipografico editrice torinese, Torino, 1973.
- M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e autonomo, oggi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT* - n. 65/2008.
- M. ROCCELLA, *Manuale di Diritto del Lavoro*, IV° ed., Giappichelli, Torino, 2010.
- M. ROCCELLA-T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, VI° ed., Cedam, Padova, 2012.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.
- U. ROMAGNOLI, *Il principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1326 ss.
- U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia: un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011.
- R. ROMANELLI, *L'Italia liberale (1860-1900)*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 49 ss.
- R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra d'agosto*, in www.nelmerito.com, 2011.
- V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 ss.
- U. RUNGALDIER, *Osservazioni sull'inderogabilità delle disposizioni dei contratti collettivi di cui all'art. 2113 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 292 ss.
- M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 1984.
- M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 25 ss.
- M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge n. 83/2000*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 915 ss.
- M. RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in www.eguaglianzaeliberta.it, 2011.
- A. RUSSO, *I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico*, in *QFMB Saggi/Ricerche*, in www.fmb.unimore.it, 2012.
- E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma disponibile, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 573 ss.
- R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, III° ed., Utet, Torino, 2004.
- M. SACCONI, *Lavoro più moderno, aziende più competitive*, in www.cuorecritica.it, 2011.
- M.T. SALIMBENI, *Sub art. 4 legge 20 maggio 1970, n. 300*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 724 ss.
- R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, Cedam, 2005.
- P. SANDULLI, (voce) *Impiego privato*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 263 ss.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Cedam, Padova, 1936.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Sull'invalidità delle rinunce e transazioni del prestatore*, in *Giur. compl. Corte Cass.*, 1948, p. 54 ss.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. giur.*, 1950, I, p. 299 ss.
- F. SANTORO PASSARELLI, (voce) *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369 ss.

- F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero, L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia, Autonomia collettiva, Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, ora in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, XXXIII° ed., Jovene, Napoli, 1983.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 181 ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, (voce) *Lavoro a progetto*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 671 ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 1224 ss.
- R. SAPIENZA, *Sub art. 1, §§ I-IX*, in S. BARTOLE-P. DE SENA (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 3 ss.
- E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971.
- F. SCARPELLI, *Autonomia e contratto individuale: l'efficacia normativa*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Esi, Napoli, 1990, p. 197 ss.
- F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 ss.
- F. SCARPELLI, *Opinioni a confronto, L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 657 ss.
- F. SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 493 ss.
- S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- S. SCIARRA, (voce) *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 71 ss.
- S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 56 ss.
- S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 147.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in AA. VV., *Scritti di onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1257 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, V° ed., Jovene, Napoli, 2000.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, II° ed., Laterza, Bari, 2005.
- R. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 379 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *La costituzione repubblicana*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 113 ss.
- G. SERGES, *Sub art. 117*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 2213 ss.
- A. SERMONTI, *Il contratto collettivo di lavoro di fronte alla legge, agli usi, ai contratti individuali*, in *Dir. lav.*, 1935, II, p. 117 ss.
- A. SERMONTI, *L'invalidità delle rinunzie e transazioni nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1948, I, p. 127 ss.
- A. SGROI, *Sub art. 38 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 57 ss.
- V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967.

- C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958.
- C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1971, III, p. 722 ss.
- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2009.
- L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1964.
- V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 408 ss.
- V. SPEZIALE, *Il contratto collettivo come fonte di diritto*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS 2001, Giuffrè, Milano, 2002, p. 231 ss.
- V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 226 ss.
- V. SPEZIALE, *Commento al titolo VIII*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 140 ss.
- V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Dir. lav. mer.*, 2010, p. 141 ss.
- V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 98*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona - n. 153/2012"*.
- G. SUPPIEJ, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, ESI, Napoli, 1972, V, p. 1087 ss.
- M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto a tempo determinato*, in *Guida al Lavoro*, 2008, 2, p. 110 ss.
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII° ed., Cedam, Padova, 2012.
- M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010.
- M. TIRABOSCHI, *Una riforma equilibrata e coerente*, in www.cuorecritica.it, 2011.
- M. TIRABOSCHI, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello "Statuto dei lavori" di Marco Biagi*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 78 ss.
- R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978.
- A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII° ed., Giuffrè, Milano, 2004.
- P. TOSI-F. LUNARDON, (voce) *Lavoro (contratto di)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VIII, Utet, Torino, 1993, p. 140 ss.
- M. TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 21 ss.
- T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968.
- T. TREU, *Diritto del lavoro e federalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ., quaderni*, n. 6, *L'ordinamento civile*, 2003, p. 41 ss.
- T. TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 613 ss.
- T. TREU, *La contrattazione di prossimità nella manovra di Ferragosto*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2011, 10, p. 3 ss.
- P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XIII° ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- A. TROJSI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 651 ss.
- P. TULLINI, *Uso aziendale e principio volontaristico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 807 ss.
- P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, relazione svolta al XIII° Congresso nazionale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutosi ad Modena nei giorni 18-19 aprile 2008, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 423 ss.
- P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 331 ss.

- P. TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 451 ss.
- A. TURSÌ, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.
- A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT* - n. 19/2004.
- A. TURSÌ, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, p. 958 ss.
- A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in AA.VV., *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2012, p. 479 ss.
- A. UCKMAR, *La riforma della legge sul contratto d'impiego privato*, in *Dir. lav.*, 1935, I, p. 242 ss.
- A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 479 ss.
- A. VALLEBONA, *Il nuovo contratto a termine*, Cedam, Padova, 2001.
- A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 1 ss.
- A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, I, p. 527 ss.
- A. VALLEBONA, *Lavoro e Spirito*, Giappichelli, Torino, 2010.
- A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. 183 del 2010*, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2010, n. 12.
- A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva?*, in *Bollettino ADAPT*, 3 ottobre 2011, n. 32.
- A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.
- A. VALLEBONA-G. FRANZA, *Sub art. 2120 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 598 ss.
- V. VARANO, (voce) *Equità*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1989, p. 1 ss.
- G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Franco Angeli, Milano 1985.
- T. VETTORI, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 268/2001 e successive modifiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 605 ss.
- G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 109 ss.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.
- L. VIOLINI, *Sub art. 38.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 775 ss.
- R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 605.
- R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 227 ss.
- R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007.
- R. VOZA, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del d.l. n. 138/2011*, Ipsa, Milano, 2012, p. 419 ss.
- G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 1984.
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema della fonti del diritto*, Utet, Torino, 1992.
- A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro: norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011.
- F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 ss.

- G. ZILIO GRANDI, *Casi di ricorso alla somministrazione di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 449 ss.
- S. ZITTI, *Sub art. 151 TFUE*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alla leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2012, p. 226 ss.
- C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, I, Utet, Torino, 2007.
- C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, p. 487 ss.
- C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4, legge n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *Riv. it dir. lav.*, 2010, I, p. 485 ss.
- C. ZOLI, *Dall'Accordo Interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 151 ss.
- C. ZOLI, *Sub art. 41 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V° ed., Cedam, Padova, 2013, p. 114 ss.
- A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP-C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 131/2011.
- A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, in *Dir. lav. mer.*, 2013, p. 53 ss.
- L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo con funzione normativa*, in AA.VV., *Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS 2001, Giuffrè, Milano, 2002, p. 249 ss.
- L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, Jovene, 2004, p. 13 ss.
- L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangerous*, in *WP C.D.S.L.E. Massimo D'Antona.IT* - n. 102/2010.
- L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - n. 141/2012.