

TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO
a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti

ORONZO MAZZOTTA

**DIRITTO
DEL LAVORO**

OTTAVA EDIZIONE

ABBREVIAZIONI

<i>Arch. civ.</i>	= <i>Archivio civile</i>
<i>Arch. giur.</i>	= <i>Archivio giuridico</i>
<i>Arch. studi corp.</i>	= <i>Archivio di studi corporativi</i>
<i>Argomenti dir. lav.</i>	= <i>ADL - Argomenti di diritto del lavoro</i>
<i>Corriere giur.</i>	= <i>Il Corriere giuridico</i>
<i>Dalloz Recueil hebd. de jur., Chron.</i>	= <i>Dalloz Recueil hebdomadaire de jurisprudence., Chronique</i>
<i>Dem. e dir.</i>	= <i>Democrazia e diritto</i>
<i>Digesto - IV ed.</i>	= <i>Digesto - Quarta edizione</i>
<i>Digesto - IV ed., disc. priv. - sez. civ.</i>	= <i>Digesto - Quarta edizione, discipline privatistiche - sezione civile</i>
<i>Digesto - IV ed., disc. priv. - sez. comm.</i>	= <i>Digesto - Quarta edizione, discipline privatistiche - sezione commerciale</i>
<i>Digesto - IV ed., disc. pen.</i>	= <i>Digesto - Quarta edizione, discipline penali</i>
<i>Dir. comunitario scambi internaz.</i>	= <i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i>
<i>Dir. econ.</i>	= <i>Il diritto dell'economia</i>
<i>Dir. e giur.</i>	= <i>Diritto e giurisprudenza</i>
<i>Dir. e prat. lav.</i>	= <i>Diritto & pratica del lavoro</i>
<i>Dir. lav.</i>	= <i>Il diritto del lavoro</i>
<i>Dir. maritt.</i>	= <i>Il diritto marittimo</i>
<i>Dir. mercato lav.</i>	= <i>Il diritto del mercato del lavoro</i>
<i>Dir. rel. ind.</i>	= <i>Diritto delle relazioni industriali</i>
<i>Enc. dir.</i>	= <i>Enciclopedia del diritto</i>
<i>Enc. giur. it.</i>	= <i>Enciclopedia giuridica italiana</i>
<i>Enc. giur. Treccani</i>	= <i>Enciclopedia giuridica Treccani</i>
<i>Foro it.</i>	= <i>Il Foro Italiano</i>
<i>Foro it., Mass.</i>	= <i>Il Massimario del Foro Italiano</i>
<i>Foro it., Rep.</i>	= <i>Il Repertorio del Foro Italiano</i>
<i>Giornale dir. amm.</i>	= <i>Giornale di diritto amministrativo</i>

<i>Giornale dir. lav. relazioni ind.</i>	= <i>Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali</i>
<i>Giur. comm.</i>	= <i>Giurisprudenza commerciale</i>
<i>Giur. compl. Cass. civ.</i>	= <i>Giurisprudenza completa della Cassazione civile</i>
<i>Giur. cost.</i>	= <i>Giurisprudenza costituzionale</i>
<i>Giur. it.</i>	= <i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Giur. merito</i>	= <i>Giurisprudenza di merito</i>
<i>Giur. piemontese</i>	= <i>Giurisprudenza piemontese</i>
<i>Giust. civ.</i>	= <i>Giustizia civile</i>
<i>Guida al lav.</i>	= <i>Guida al lavoro</i>
<i>Igiene e sic. lav.</i>	= <i>ISL - Igiene & sicurezza del lavoro</i>
<i>Informazione prev.</i>	= <i>Informazione previdenziale</i>
<i>Jus</i>	= <i>Jus - Rivista di scienze giuridiche</i>
<i>Labor</i>	= <i>Labor - Il lavoro nel diritto</i>
<i>Lav. e dir.</i>	= <i>Lavoro e diritto</i>
<i>Lav. e prev. oggi</i>	= <i>Lavoro e previdenza oggi</i>
<i>Lav. giur.</i>	= <i>Il lavoro nella giurisprudenza</i>
<i>Lav. inf.</i>	= <i>Lavoro Informazione</i>
<i>Lavoro nelle p.a.</i>	= <i>Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni</i>
<i>Lav. '80</i>	= <i>Lavoro '80</i>
<i>Mass. giur. lav.</i>	= <i>Massimario di giurisprudenza del lavoro</i>
<i>Notiziario giurisprudenza lav.</i>	= <i>Notiziario di giurisprudenza del lavoro</i>
<i>Noviss. dig. it.</i>	= <i>Novissimo digesto italiano</i>
<i>Noviss. dig. it., App.</i>	= <i>Novissimo digesto italiano, Appendice</i>
<i>Nuova giur. civ.</i>	= <i>La nuova giurisprudenza civile commentata</i>
<i>Nuove leggi civ.</i>	= <i>Le nuove leggi civili commentate</i>
<i>Orient. giur. lav.</i>	= <i>Orientamenti della giurisprudenza del lavoro</i>
<i>Pol. dir.</i>	= <i>Politica del diritto</i>
<i>Pol. sind.</i>	= <i>Politica sindacale</i>
<i>Prev. inf.</i>	= <i>Prevenzione degli infortuni</i>
<i>Probl. sic. soc.</i>	= <i>Problemi della sicurezza sociale</i>
<i>Quad. Arg. dir. lav.</i>	= <i>Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro</i>
<i>Quaderni dir. lav. rel. ind.</i>	= <i>Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali</i>
<i>Quad. fior.</i>	= <i>Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno</i>
<i>Quaderni Riv. it. dir. lav.</i>	= <i>Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro</i>
<i>Quale giust.</i>	= <i>Quale giustizia</i>
<i>Questione lav.</i>	= <i>Questione lavoro</i>

<i>Rec. droit comm. e droit civ.</i>	= <i>Recueil de droit commercial et de droit civil</i>
<i>Rev. crit. leg. jur.</i>	= <i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
<i>Rif. soc.</i>	= <i>La riforma sociale</i>
<i>Riv. crit. dir. lav.</i>	= <i>D & L - Rivista critica di diritto del lavoro</i>
<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	= <i>Rivista critica di diritto privato</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	= <i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. dir. comm.</i>	= <i>Rivista del diritto commerciale</i>
<i>Riv. dir. ind.</i>	= <i>Rivista di diritto industriale</i>
<i>Riv. dir. lav.</i>	= <i>Rivista di diritto del lavoro</i>
<i>Riv. dir. pubbl.</i>	= <i>Rivista di diritto pubblico</i>
<i>Riv. dir. sport.</i>	= <i>Rivista di diritto sportivo</i>
<i>Riv. giur. lav.</i>	= <i>Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale</i>
<i>Riv. infortuni</i>	= <i>Rivista degli infortuni e delle malattie professionali</i>
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	= <i>Rivista italiana di diritto del lavoro</i>
<i>Riv. it. prev. soc.</i>	= <i>Rivista italiana di previdenza sociale</i>
<i>Riv. soc.</i>	= <i>Rivista delle società</i>
<i>Riv. trim. dir. e proc. civ.</i>	= <i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	= <i>Rivista trimestrale di diritto pubblico</i>
<i>Studium iuris</i>	= <i>Studium iuris</i>
<i>Temi</i>	= <i>Temi</i>
<i>Temi gen.</i>	= <i>Temi genovese</i>
<i>Toscana giur.</i>	= <i>Toscana giurisprudenza</i>
<i>Toscana lav. giur.</i>	= <i>Toscana lavoro giurisprudenza</i>

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

CAPITOLO I

IL DIRITTO DEL LAVORO

1. Alle origini del diritto del lavoro. — 2. Il periodo corporativo. — 3. La codificazione. — 4. La Costituzione. — 5. La legislazione post-costituzionale. — 6. La legislazione più recente. — 7. Le componenti basiche del diritto del lavoro. — 8. Diritto del lavoro e diritto civile.

1. *Alle origini del diritto del lavoro.*

Il diritto del lavoro nasce con la *civiltà industriale*.

Le origini del
diritto del
lavoro

Sebbene i rapporti di produzione tra gli uomini accompagnino lo sviluppo delle civiltà nelle più svariate forme (lavoro schiavistico, rapporti di dipendenza socio-economica, servitù della gleba, etc.) è solo il tipico modo di produzione che nasce con l'industrializzazione che costituisce l'originario referente di studio del giuslavorista moderno.

Allo schema giuridico al quale dedicheremo la nostra attenzione (il rapporto di lavoro subordinato) si addiuvine passando attraverso una complicata fase di transizione fra l'*organizzazione produttiva* di tipo *artigianale* e quella strutturata sulla vera e propria impresa capitalistica.

La *bottega artigiana* costituiva l'epicentro del sistema economico pre-industriale. L'artigiano — ritenuto depositario per ragioni 'naturali' dei segreti dell'arte — era circondato da una serie di collaboratori (*laborantes*) che prestavano la loro opera non in funzione di un corrispettivo, ma con lo scopo di apprendere il 'mestiere'.

La bottega
artigiana

Nell'ambito di tale sistema economico il risultato produttivo non era destinato al mercato, così come lo intendiamo oggi, ma a soddisfare le esigenze (limitate) dell'economia cittadina o della corte (*economia curtense*): in sostanza non si aveva una produzione di massa dei beni, dal momento che l'artigiano produceva su commissione (normalmente della classe nobiliare).

Sul piano giuridico tale direttiva era codificata negli statuti delle corporazioni artigiane, che — allo scopo di limitare la concorrenza — stabilivano dei *massimali* alla produzione da parte delle singole botteghe.

Un salto di qualità per la modificazione degli equilibri socio-economici si produce con il fenomeno dell'accumulazione (primitiva) dei capitali che si realizza, alle origini, con l'avvento delle banche (i grandi banchieri senesi e fiorentini del rinascimento).

Il rapporto di
Verlag

È in questa fase — nella quale progressivamente il ceto artigiano va verso l'impoverimento — che, secondo alcuni autorevoli studiosi di storia del capitalismo (SOMBART), nasce l'archetipo del contratto di lavoro subordinato alla confluenza fra il rapporto di servitù ed il rapporto di *Verlag*. Quest'ultimo è uno schema contrattuale — introdotto allo scopo di aggirare il divieto di prestito a usura — con cui l'artigiano ottiene un mutuo da un mercante, impegnandosi a restituire il capitale tramite cessione di una partecipazione agli utili della bottega. Il ruolo del mercante è in questa fase limitato alla sola acquisizione ed allo smercio del manufatto realizzato dall'artigiano.

Il decentramen-
to produttivo

Successivamente il processo di concentrazione del capitale fa sì che taluni mercanti affidino a *più imprese artigiane* la realizzazione delle diverse fasi di produzione di un determinato prodotto, ponendo in essere così una sorta di organizzazione produttiva frazionata sul territorio (decentramento produttivo). Non sempre la realizzazione della singola fase produttiva, poi, viene affidata a vere e proprie botteghe arti-

giane, laddove talora viene commessa a singoli lavoratori a domicilio (magari *ex* artigiani, privi di mezzi) che la eseguono con l'ausilio dei propri familiari.

È su questa realtà — che, nella transizione, conosce infinite varianti — che si innesta l'avvento del sistema di *fabbrica*, nel quale tutte le fasi del processo produttivo vengono accentrate in un unico luogo, *alle dipendenze dell'imprenditore*, allo scopo di giungere ad una *produzione di serie* dei manufatti.

È ben noto che, fra gli studiosi di storia economica, è oggetto di vivaci discussioni la questione delle *origini del capitalismo*. Ai nostri limitati fini non conta ovviamente prendere posizione su tale disputa; ciò che ci interessa è situarci in quel tornante dell'evoluzione in cui il fenomeno si è già verificato e constatarne le conseguenze sul piano delle strutture giuridiche.

Orbene, ad un certo punto dell'evoluzione, ritroviamo l'artigiano, ormai deprofessionalizzato, che offre la sua forza lavoro al capitalista che ha raggiunto tale autonomia e forza economica da essere proprietario dei mezzi per produrre (diventati ormai complessi e costosi).

È questo — insieme al contadino inurbato — il prototipo della figura sociale e giuridica del *lavoratore subordinato*.

Condizioni necessarie per il definitivo passaggio fra i due sistemi sono: *a) la rivoluzione tecnologica, b) una modificazione dei rapporti socio-economici*, tale da superare le limitazioni alla libertà economica indotte dal corporativismo, *c) la traduzione di tali istanze liberistiche sul piano degli istituti giuridici*.

La prima condizione si realizza con l'avvento delle *macchine*, che sostituiscono l'opera manuale e consentono la produzione di serie (rivoluzione industriale); la seconda si affida al volano della politica e si realizza per il tramite delle grandi *rivoluzioni borghesi* della fine del settecento (francese e americana); la terza — all'esito delle rivoluzioni politiche — si traduce nella realizzazione delle grandi *codificazioni*.

Nei codici ottocenteschi domina l'idea di *libertà economica*, idea che ha ovviamente una forte valenza positiva in contrapposizione ai vincoli di origine feudale, ma anche conseguenze negative sotto altri profili.

Il capitalismo e
il sistema di
fabbrica

Le grandi codi-
ficazioni
borghesi

Nella prima direzione la codificazione si caratterizza — proprio per garantire il decollo dell'iniziativa privata e della libertà di commercio — per l'*unificazione del soggetto di diritto* (eliminazione degli statuti particolari a favore di determinati ceti sociali) e la *semplificazione delle regole giuridiche* (certezza del diritto), che — in taluni settori, come il diritto del lavoro — coincide con un vero e proprio *astensionismo* del legislatore.

Nella seconda l'idea di libertà produce l'appiattimento della posizione dei singoli destinatari delle norme sulla regola dell'*eguaglianza formale* dei soggetti, regola che traduce una fondamentale istanza della rivoluzione francese, ma che trascura di prendere in considerazione la *collocazione sostanziale* dei singoli nell'ambito dei rapporti economici. La codificazione ottocentesca ignora, in sostanza, che all'eguaglianza formale può corrispondere una diseguaglianza sostanziale, in ragione della diseguale distribuzione del potere economico.

Il codice civile
italiano del 1865

In tale contesto è del tutto naturale che il codice civile italiano del 1865 (ispirandosi a quello napoleonico) trascuri del tutto la materia lavoristica, limitandosi a due laconiche indicazioni normative.

Sulla base della prima (art. 1627) « vi sono tre principali specie di *locazioni di opere e d'industria*: 1) quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2) quelle de' vetturini sì per terra come per acqua, che si incaricano del trasporto delle persone e delle cose; 3) quella degli imprenditori di opere ad appalto o a cottimo ».

Sulla base della seconda (art. 1628) « nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa ».

Quest'ultima regola in particolare, pur mettendo al bando il lavoro « servile », colloca in buona sostanza sullo stesso piano « padrone » ed « operaio », in relazione all'acquisizione del bene-primario del lavoro, con un evidente artificio ideologico.

La questione
sociale

La situazione di astensionismo legislativo non poteva durare in eterno, dal momento che, proprio la presenza di un'enorme massa di lavoratori non adeguatamente protetti e disponibili

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

IL LAVORATORE SUBORDINATO

SEZIONE I

IL TIPO CONTRATTUALE

1. La subordinazione: profili introduttivi. — 2. Il codice civile del 1865 e il contributo di Lodovico Barassi. — 3. L'art. 2094 cod. civ. — 4. L'impostazione dottrinale tradizionale. — 5. La nozione di subordinazione nell'elaborazione giurisprudenziale. — 6. La subordinazione fra Costituzione, codice e leggi speciali. — 7. Il procedimento di qualificazione della fattispecie. — 8.1. La rigidità del tipo contrattuale ed il ruolo della volontà delle parti. — 8.2. La certificazione dei contratti di lavoro.

1. *La subordinazione: profili introduttivi.*

Quella della “subordinazione” è una questione che ha un significato ad un tempo *culturale* e *pratico*.

Rilevanza della
questione

Sotto il primo profilo interrogarsi intorno ad essa significa interrogarsi intorno all'« essere » di una disciplina giuridica che fa del lavoro dipendente l'epicentro del proprio interesse. Non a caso il tema si presentò pari pari alla scienza lavoristica agli albori del diritto del lavoro, quando si trattò di incanalare entro schemi giuridici la nascente realtà del proletariato industriale.

Non meno rilevante — ed anzi fondamentale — è il profilo *pratico* della questione.

Sotto questo aspetto si tratta di circoscrivere i tratti caratteristici di un *contratto tipico* (il contratto di lavoro subordina-

to) e dunque di individuare a quali rapporti della vita di relazione siano applicabili le *norme giuridiche* che si riferiscono a quel contratto.

E tali norme non sono certamente poche né di scarso rilievo. Basti pensare che se un determinato rapporto si qualifica come subordinato scattano per il datore di lavoro una serie di (onerosissimi) obblighi (e correlativi diritti per il lavoratore): anzitutto, la *costituzione del rapporto giuridico obbligatorio di previdenza sociale*, con l'obbligo per il datore di versare i contributi all'INPS (al fine di consentire al lavoratore di maturare il diritto ai vari trattamenti pensionistici) e — ove il datore rientri nel relativo campo d'applicazione — i premi all'INAIL (ai fini dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) e poi l'*osservanza da parte del datore di tutta la legislazione di garanzia per il lavoratore* (ad es. limiti all'orario, ferie retribuite, riposi settimanali, etc., limiti ai poteri direttivo, disciplinare, di controllo etc.), cioè l'*estensione del diritto del lavoro*.

Viceversa se si assume che un determinato rapporto è di *lavoro autonomo* l'unica conseguenza — a parte la regolamentazione data dalle parti alle relative obbligazioni — è quella dell'applicabilità degli artt. da 2222 a 2228 cod. civ. che regolano esclusivamente i diritti delle parti sulla materia prima ed i problemi relativi all'esecuzione e sulla difformità o i vizi dell'opera, al corrispettivo, al recesso ed all'impossibilità sopravvenuta.

Come si vede si tratta di un'alternativa i cui termini sono largamente sperequati, quanto a rilevanza socio-giuridica della prestazione, a favore del lavoro dipendente e che è sufficiente a dar conto del fatto che la storia del diritto del lavoro è costellata dal fenomeno delle « tecniche elusive » messe in atto dai datori di lavoro — almeno da quando l'interventismo statale in materia cominciò ad assumere un rilievo significativo — per sfuggire all'applicazione delle norme lavoristiche.

Si è già ricordato nel capitolo precedente che il referente originario del diritto del lavoro è *l'operaio dell'impresa industriale*; è cioè quel soggetto (artigiano proletarizzato, contadino inurbato) che — per usare una terminologia cruda, ma

efficace — è costretto, per sopravvivere, a *vendere la propria forza lavoro* ad un imprenditore che ha i mezzi per produrre e che, conseguentemente, detiene il potere di organizzare l'attività di una gran massa di soggetti a lui 'subordinati' (o da lui 'dipendenti'), operando una sintesi fra l'apporto di capitali, la produttività delle macchine ed il lavoro dell'uomo.

Un carattere essenziale di tale relazione giuridica è dunque quello dell'*estraneazione* del lavoratore dal risultato finale della sua prestazione. In sostanza il lavoratore fornisce all'imprenditore delle generiche energie, che quest'ultimo utilizza nel processo produttivo, coordinandole a quelle degli altri lavoratori ed assumendosi il *rischio del risultato finale dell'attività economica*. Il prestatore è invece responsabile esclusivamente della corretta esecuzione della propria prestazione.

Sul piano sociologico è facile cogliere allora la differenza che intercorre con il *lavoro autonomo*: nell'ambito di quest'ultimo il lavoratore auto-organizza i mezzi ed i modi della prestazione e si impegna a fornire al committente un *prodotto finito*, che può essere un *bene materiale* (pensiamo al sarto che confeziona un abito) o un *servizio* (pensiamo alle c.d. professioni liberali: il medico, l'ingegnere, l'avvocato).

Naturalmente non sempre il problema della qualificazione del rapporto si presenta sulla base della nitida contrapposizione che vede da una parte, ad es., l'operaio di una grande fabbrica (sicuramente subordinato) ed il sarto che lavora in un proprio laboratorio per clienti occasionali (sicuramente autonomo). Capita spesso invece che taluni rapporti si presentino con caratteristiche che si allontanano dall'uno e dall'altro prototipo ed è rispetto a tali situazioni che la dottrina e la giurisprudenza hanno lungamente elaborato ed affinato le tecniche interpretative.

Allo scopo di procedere all'interpretazione della norma-chiave di riferimento (che, come vedremo, è l'art. 2094 cod. civ.) sembra opportuno adottare un metodo storicizzante, che muova anzitutto da una ricognizione del modo in cui il problema si è posto ed è stato risolto al momento dell'emersione della nostra relazione giuridica nell'ambito dei rapporti economici.

2. *Il codice civile del 1865 ed il contributo di Lodovico Barassi.*

Abbiamo già ricordato (v. *retro* cap. I, § 2) che il codice civile del 1865 non contempla alcuna regolamentazione (ed ovviamente definizione) del contratto di lavoro subordinato.

Il codice del
1865 e la
locazione

Esso allude, in generale, con l'art. 1570, al fenomeno della *locazione delle opere*, che qualifica come « il contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede », ma ci spiega contestualmente, all'art. 1627, che di tale categoria fanno parte sia le obbligazioni della « propria opera all'altrui servizio », sia il contratto di trasporto, sia le obbligazioni « degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo ».

Come si vede il prototipo della locazione di opere identifica, nell'economia del codice del 1865, fattispecie che oggi inquadreremmo tanto nel lavoro subordinato quanto nel lavoro autonomo o nell'appalto.

La legislazione
sociale e i « socia-
listi della
cattedra »

Per converso quel complesso di disposizioni protettive del lavoratore subordinato che prendono corpo a cavallo dei due secoli, e che definiamo sinteticamente « *legislazione sociale* », muove da un ben diverso punto di vista. Dovendo identificare il proprio ambito di applicabilità, tale normativa richiama non uno schema giuridico astratto (contratto di lavoro subordinato), ma un *soggetto* dotato di specifica individuabilità sul *piano sociologico*. Così, a titolo esemplificativo, la disciplina del lavoro nelle miniere, cave e torbiere (1893-1907) si riferisce al *lavoro manuale*; la l. 15 giugno 1893, n. 295, sui collegi probivirali fa riferimento agli *operai*; la l. 22 marzo 1908, n. 105, sull'abolizione del lavoro notturno dei fornai, evoca le figure del « *padrone* » e dell'« *operaio* »; la disciplina protettiva delle donne e dei fanciulli (l. 19 giugno 1902, n. 242) richiama la nozione di *lavoratore « degli opifici*

Termine estratto capitolo

CAPITOLO III

IL DATORE DI LAVORO

SEZIONE I

CONCETTI GENERALI

1. Profili introduttivi. — 2. I datori di lavoro non imprenditori. — 3. La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro.

1. *Profili introduttivi.*

La figura del *datore di lavoro* emerge al termine di un articolato processo evolutivo che procede lungo l'itinerario segnato dalla qualificazione del contratto di lavoro subordinato, che, come abbiamo ricordato, muove dallo schema della locazione per approdare al tipo negoziale che oggi conosciamo (v. cap. II, §§ 1-2).

Evoluzione della figura del datore di lavoro: il *conductor operarum*

La confusione terminologica che alle origini caratterizza la nozione è emblematicamente espressa dalla considerazione secondo cui nel diritto romano con lo stesso termine — *conductor* — si designava, nella *locatio operarum*, il soggetto che corrisponde la retribuzione (da cui *conductor operarum*) e, nella *locatio operis*, il soggetto che esegue il lavoro (da cui *conductor operis*) (BARASSI).

Occorrerà attendere la codificazione napoleonica (che peraltro si astiene dall'identificare il soggetto-datore) perché in dottrina e giurisprudenza si assesti l'idea che *locator* è il soggetto che dà in godimento la cosa o l'opera e *conductor* è quello che versa il prezzo corrispettivo (PACIFICI-MAZZONI; TARTUFARI).

La prima legislazione sociale a cavallo fra i due secoli peraltro non riflette la definizione di origine romanistica che porterebbe ad identificare i datori nei *conduttori di opere* ed utilizza espressioni varie per designarli: « capi di impresa o di industria » ed « esercenti di industrie »

(artt. 3 e 4 della l. 31 gennaio 1904, n. 51); « proprietari, gerenti, impresari » o « industriali » (artt. 2 e 10 della l. 6 luglio 1912, n. 833); « imprenditori » (art. 1 della l. 7 luglio 1907, n. 489).

Il datore di lavoro
come creditore
di lavoro

La dottrina italiana ha peraltro nel frattempo importato dagli scrittori tedeschi l'espressione datore di lavoro (*Arbeitsgeber*) ed essa si afferma definitivamente, sul piano normativo, con la legislazione del periodo corporativo (v. ad es. l'art. 5, 2° co. del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 sull'impiego privato).

L'affinamento terminologico viene a coincidere con il contestuale approfondimento dello schema contrattuale di lavoro, risolvendosi la figura del datore in quella di *parte* del relativo contratto.

Dal punto di vista formale dunque la nozione di datore di lavoro coincide con quella del *creditore di lavoro*, che è il soggetto che trae dalla prestazione di lavoro una *utilitas*. Il che corrisponde alla nozione (ancora una volta formale) di prestazione, come oggetto dell'obbligazione, la quale deve essere suscettibile di « valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore » (art. 1174 cod. civ.).

Alla stregua di quest'ultima considerazione si usa sostenere che, in astratto, il concetto di datore di lavoro è unico ed immutabile e prescinde dalle condizioni soggettive o dalla qualificazione della persona o dell'ente che occupa tale posizione.

Il datore di lavoro
in termini di
effettività

Si tratta peraltro di un'affermazione — pure diffusa — che anzitutto non corrisponde, se non in parte, al diritto positivo, che come vedremo diversifica lo statuto giuridico, ad es., dell'imprenditore da quello del non imprenditore. Inoltre l'individuazione della (definizione *e*) nozione formale di datore costituisce un angolo visuale troppo ristretto e non restituisce un'immagine attenta ai profili di *effettività* della disciplina.

Basti considerare che, se la questione la si riguarda nell'ottica del lavoratore, per quest'ultimo non sono affatto irri-

levanti — proprio sul piano della disciplina applicabile al rapporto — tutta una serie di caratteristiche e requisiti del datore di lavoro.

Una prima serie di distinzioni accede alla *qualità* del soggetto datore: un ruolo essenziale ha anzitutto la distinzione fra datori di lavoro *imprenditori* e *non imprenditori*. Sempre sul piano qualitativo può anche essere rilevante, ai fini del trattamento giuridico, la *natura dell'attività espletata* (si pensi ad es. alle c.d. *organizzazioni di tendenza*).

Differenze qualitative fra datori di lavoro

Un esempio recente di diversificazione *qualitativa* del datore di lavoro, che comporta altresì rilevanti conseguenze sul trattamento dei lavoratori, è costituito dalle cc.dd. *start-up innovative*, che sono una *particolare categoria di imprese*, la cui complessa definizione è rinvenibile nell'art. 25 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv. nella l. 17 dicembre 2012, n. 221), nell'ambito delle misure messe in campo dal governo Monti per favorire la *crescita dell'economia*. Tali imprese sono caratterizzate, fra l'altro, dall'aver come *oggetto sociale esclusivo* lo *sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico*.

Rispetto a tali imprese il legislatore prevede anzitutto, per il periodo di 4 anni dalla loro costituzione (o per il più limitato periodo previsto per le società già costituite al momento di entrata in vigore della legge), notevoli agevolazioni nell'assunzione dei lavoratori con contratto di lavoro a tempo determinato o con somministrazione di lavoro a termine (v. *infra*: cap. IV, sez. II, § 9). Inoltre la legge fissa le linee essenziali del trattamento economico, indicando che la retribuzione deve essere costituita da una parte fissa e da una variabile, « consistente in trattamenti collegati all'efficienza o alla redditività dell'impresa, alla produttività del lavoratore o del gruppo di lavoro, o ad altri obiettivi o parametri di rendimento concordati tra le parti, incluse l'assegnazione di opzioni per l'acquisto di quote o azioni della società e la cessione gratuita delle medesime quote o azioni ». Infine la legge delega la contrattazione collettiva a definire « disposizioni fina-

lizzate all'adattamento delle regole di gestione del rapporto di lavoro alle esigenze delle start-up innovative, nella prospettiva di rafforzarne lo sviluppo e stabilizzarne la presenza nella realtà produttiva ». In sostanza vi è una delega a riscrivere il diritto del lavoro adattandolo alla specificità di tali imprese, che — a quanto è dato intendere — dovrebbero costituire, nella visione del legislatore, una sorta di laboratorio per l'elaborazione di un diritto del lavoro più adatto alla gestione delle imprese tecnologicamente avanzate, delle quali si auspica la diffusione.

Da qualche anno inoltre ferve la discussione sul ruolo delle *piattaforme informatiche* nella dinamica del contratto di lavoro. In sostanza ci si chiede se debbano essere considerate — sia pure idealmente — esse stesse come datori di lavoro o se siano solo lo strumento a disposizione del datore di lavoro per governare la prestazione. La questione, che è stata esaminata in precedenza (v. *retro*: II Parte — Cap. I — Sez. II - § 1.2) in relazione al rapporto di lavoro dei ciclo-fattorini, ha oggi una sua risposta legislativa nell'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 81 del 2015 (introdotto con il d.l. 101/2019, convertito nella legge n. 128 del 2019) che le definisce come « i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione ».

Differenze quantitative: la dimensione dell'impresa

Sussistono poi significative differenze di ordine *quantitativo* fra datori di lavoro, che mettono in luce la rilevanza della *dimensione* dell'impresa nel diritto del lavoro (valutata sulla base del numero dei dipendenti occupati). Essa infatti comporta l'applicazione di discipline differenziate, venendo qui in evidenza vari orientamenti di politica legislativa, diretti a favorire l'espansione della piccola impresa o dell'impresa artigiana o, al contrario, ad agevolare i processi di riconversio-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

IL CONTRATTO DI LAVORO

SEZIONE I

AUTONOMIA PRIVATA E RAPPORTO DI LAVORO

1. Inderogabilità della disciplina ed eterointegrazione del contratto. — 2. Contratto di lavoro e rapporto di lavoro. — 3. I caratteri fondamentali del contratto di lavoro. — 4. La struttura complessa del rapporto di lavoro. — 4.1. La personalità della prestazione ed il lavoro ripartito. — 5. La nullità del contratto di lavoro.

1. *Inderogabilità della disciplina ed eterointegrazione del contratto.*

Abbiamo già ricordato, nel descrivere le caratteristiche del « tipo negoziale », che, nella disciplina del rapporto di lavoro, vi è una forte *etero-integrazione* ad opera di fonti esterne. In sostanza l'ordinamento considera l'autonomia individuale del tutto insufficiente a regolare le obbligazioni che nascono dal rapporto di lavoro.

Il lavoratore
come contraen-
te debole

La ragione di tale disfavore è ben nota ed evidente. Il lavoratore è considerato un « contraente debole » e dunque l'integrazione del contratto dall'esterno, ad opera di discipline *inderogabili* di tutela, ha proprio la funzione di riequilibrare tale debolezza.

La storia della riflessione giuridica sul contratto di lavoro è costellata, fin dalle origini, da riferimenti al lavoratore come una sorta di possidente *sui generis*, titolare di « diritti personalissimi, indisponibili, inviolabili », un moderno *capite deminutus*, un soggetto sociale sottoprotetto. È dunque la storia di una singolare 'debolezza contrattuale' che pone in luce una sostanziale assenza di potere nella costruzione e nell'amministrazione del rapporto.

Per converso l'impresa — si ha cura di precisare in alcune ricostruzioni più moderne — è il luogo nel quale si esercita un'autorità *di fatto*, che radica la propria giustificazione nei rapporti economici di produzione, anche se si tratta di un potere giuridificato, dal momento che ad esso l'ordinamento fornisce supporto e giustificazione.

L'inderogabilità
della disciplina
di legge e di
quella negoziale
collettiva

Il complessivo assetto regolativo del rapporto è dunque solo in parte (minima) dettato dai contraenti, risultando dall'agire combinato, oltre che dell'autonomia individuale, altresì dell'intervento della *legge* e di quello della *contrattazione collettiva*.

La legge e la contrattazione collettiva stabiliscono dei minimi di trattamento (normativo ed economico), cui le parti non possono in alcun modo derogare *in pejus*. Così, ad es., è la legge che prevede inderogabilmente il punto di equilibrio nell'individuazione della prestazione pretendibile dal datore di lavoro (art. 2103 cod. civ.), ed è ancora la contrattazione collettiva che — a sua volta entro i limiti inderogabili posti dalla legge — determina l'estensione e la durata della giornata lavorativa o individua altri aspetti quantitativi del rapporto, sovente su delega della legge (durata del periodo di comporto, durata massima del patto di prova, etc.) o definisce l'entità della retribuzione.

Si tratta quindi di una inderogabilità *unidirezionale*, che è compatibile con trattamenti più favorevoli per il prestatore di lavoro previsti nel contratto individuale.

L'integrazione
delle varie fonti
all'interno del
contratto di
lavoro

Il meccanismo attraverso il quale le norme inderogabili agiscono sulla pattuizione privatistica è quello classico della *nullità parziale*, regolata dall'art. 1419 cod. civ., con il corollario della *sostituzione di diritto* delle clausole nulle con le norme imperative (e v. anche l'art. 1339 cod. civ., che regola l'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge).

In questo contesto si è a lungo ritenuto che vi fosse una sorta di inversione dei rapporti fra autonomia ed eteronomia nella costruzione del regolamento del rapporto di lavoro: l'inderogabilità sarebbe in qualche modo l'attributo *naturale* della norma lavoristica, assistita da una rigida presunzione.

L'affermazione è in gran parte ancora condivisibile, anche se — a partire dalla fine degli anni settanta e nell'ambito della legislazione dell'emergenza — la legge, in talune situazioni e per specifiche finalità

di ordine pubblico economico, ha mutato la direzione dell'inderogabilità, assumendo il ruolo di disciplina dei massimi (e non dei minimi) di trattamento, ed impedendo così sia all'autonomia individuale che a quella collettiva di prefigurare deroghe in senso più favorevole ai lavoratori (si v. no ad es. gli artt. 2 della l. n. 31 del 1977 e 4, pen. co. della l. n. 297 del 1982 sul TFR).

All'inderogabilità è poi connessa — come vedremo a suo tempo (v. cap. VI, § 3) — una parziale indisponibilità dei diritti del lavoratore, i cui atti dispositivi sono annullabili (art. 2113 cod. civ.).

2. *Contratto di lavoro e rapporto di lavoro.*

Nella nostra cultura giuridica è fortemente radicata l'idea dell'origine *contrattuale* del rapporto di lavoro. Il contratto, come fonte del rapporto, è il contenitore che meglio si presta a fornire la misura delle reciproche obbligazioni ed a riflettere l'immagine di uomini liberi che trovano, attraverso il reciproco impegno, il punto di equilibrio per il loro conflitto di interessi sostanziali.

L'origine contrattuale del rapporto

Certo la forte etero-integrazione dei contenuti del contratto di lavoro ad opera di fonti esterne ha sempre costituito un elemento perturbatore della limpidezza del presupposto contrattuale. Non a caso, proprio muovendo da tale considerazione, qualcuno (SCOGNAMIGLIO) — se pure su di un mero piano di ricostruzione sistematica della disciplina — ha preferito prescindere da tale fonte per affidare alla semplice struttura del *rapporto* il ruolo di fattispecie fondamentale, idonea, meglio del contratto o a prescindere da questo, a ricomprendere al suo interno la tutela imperativa di origine legale.

A parte la già rilevata funzione solo sistematica della scelta interpretativa, è evidente che tale ricostruzione (più a-contrattualista che anti-contrattualista) non tiene conto del fatto che non vi è incompatibilità, sul piano logico-giuridico, fra la rilevazione della sussistenza della fonte contrattuale e l'assegnazione di un ruolo ridotto o marginale all'autonomia individuale nella determinazione del contenuto del contrat-

Compatibilità dell'origine contrattuale con l'integrazione del suo contenuto

to. Le due constatazioni si collocano su piani diversi: nulla impedisce di ritenere che la fonte costitutiva del rapporto sia da fare risalire ad un contratto, pur se poi quest'ultimo — *successivamente* alla costituzione del rapporto — si faccia collettore di discipline inderogabili. La contrapposizione fra i due momenti (genetico e regolativo) è resa plasticamente dagli artt. 1321 e 1322 cod. civ. Al potere dell'autonomia privata di *costituire un rapporto giuridico* (art. 1321) si giustappone, su un diverso piano, quello di « liberamente *determinare il contenuto del contratto* nei limiti imposti dalla legge » (art. 1322).

Il problema è solo quello di verificare quale sia, la rilevanza e la dimensione del contratto, assunta, in un dato momento storico, nell'ambito di uno specifico ordinamento. E — per quel che ci riguarda — nessuno ritiene più, come i giuspositivisti, che il contratto costituisca terreno d'elezione della assoluta ed incontrastata « signoria del volere ». Il contratto, nelle società contemporanee, si è da tempo piegato ad una pluralità di impieghi ed il suo contenuto si trova alla confluenza di varie fonti, quali, oltre all'autonomia individuale, quella di origine legale e, nel nostro ambito, l'autonomia collettiva, senza con ciò snaturare la propria essenza.

D'altra parte questa come altre discussioni, per non restare nel limbo delle dissertazioni puramente accademiche, deve muovere dal e ricondursi al diritto positivo. E se ci si pone su questo piano è facile avvertire che — a parte la collocazione della disciplina del rapporto nel Libro V anziché nel libro IV e la predisposizione di un capo intitolato appunto al 'Rapporto di lavoro', che, come abbiamo ricordato (v. *retro* cap. I, § 3), ha un'impronta storica ben definita e riconoscibile ed in quanto tale del tutto indifferente ai nostri fini — è proprio lo stesso *diritto positivo* a fare esplicito riferimento al contratto di lavoro in molteplici circostanze

Termine estratto capitolo

CAPITOLO V

MERCATO DEL LAVORO E OCCUPAZIONE

SEZIONE I

INTRODUZIONE

1. *Diritto al lavoro, occupazione ed interventi pubblici sul mercato del lavoro.*

La nostra Carta Costituzionale annovera, come si sa, fra i diritti fondamentali il « diritto al lavoro » (art. 4).

Come spesso avviene per i principi costituzionali il diritto è predicato in *una duplice dimensione*.

Da una parte vi è un significato statico o passivo. Nell'art. 4, 2° co. infatti si vede lo Stato impegnato a non porre in essere discipline giuridiche che limitino le possibilità per i cittadini di svolgere attività conformi alle « proprie possibilità » ed alle proprie « scelte ». Nel contempo il lavoro vi è configurato come un 'dovere' di svolgere « un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società ».

In questa dimensione il diritto al lavoro acquisisce il significato di un *diritto di libertà da o contro* intrusioni dello Stato nella sfera dell'individuo. Vengono in considerazione — a titolo esemplificativo — quelle situazioni in cui lo Stato impone, per l'esercizio di talune attività, l'iscrizione del lavoratore in appositi albi o registri (ad es. i giornalisti, gli agenti di commercio, le guardie giurate, etc.).

La seconda parte del primo comma dell'art. 4 Cost. illustra invece il versante *sociale* del diritto al lavoro: esso impegna la Repubblica a *promuovere* « le condizioni che rendono

effettivo questo diritto ». Va da sé — che in tale diverso contesto — non si tratta di una situazione soggettiva piena, in quanto tale spendibile davanti al giudice, ma di un *programma* diretto ad orientare l'intervento statale nell'economia verso attività ad alto impiego del « lavoro » (MANCINI) o a garantire idonei strumenti di sostegno nelle fasi (transitorie) di non-lavoro. In quest'ultimo senso il diritto al lavoro si salda con l'indicazione di cui all'art. 38, 2° co. Cost., nella parte in cui si prevede la tutela contro la disoccupazione involontaria.

Nell'ambito della descritta garanzia del diritto al lavoro possono collocarsi quindi sia (anche se più discutibilmente) la tutela contro i licenziamenti (mantenimento del posto di lavoro acquisito) sia soprattutto tecniche di protezione dei lavoratori contro discriminazioni nell'accesso al lavoro.

Scendendo peraltro dall'empireo dei principi alle tecniche dirette alla loro concretizzazione è necessario operare ulteriori distinzioni, intuitive, ma pure indispensabili per dare un minimo di sistematicità al discorso.

Di disoccupazione e di intervento stabile nei confronti della disoccupazione si può parlare in diverse accezioni. Se è vero che il termine allude come è ovvio alla *mancanza di lavoro* e se è vero che è meritevole di sostegno solo quella *involontaria*, è altrettanto indiscutibile che esistono varie *species* dello stesso *genus*. Vi è infatti lo stato di disoccupazione di chi *non è mai entrato* nel mercato del lavoro (disoccupazione giovanile) e vi è la situazione di chi essendovi entrato *ne è stato espulso*. E, quanto a quest'ultima, è, in termini di effettività, relevantissimo differenziare il contesto nel quale è avvenuta la perdita del posto di lavoro, ben diversa essendo stata, nel periodo post-costituzionale, l'attenzione dello Stato nei confronti delle crisi di grandi gruppi economici che coinvolgono un numero rilevante di lavoratori.

Nelle due Sezioni che seguono verranno partitamente — anche se sinteticamente — esposti gli istituti riconducibili alle due forme di intervento contro la disoccupazione.

Da una parte, a fronte della inoccupazione giovanile, saranno oggetto di trattazione gli interventi in materia di

formazione, tradizionali (formazione professionale in senso stretto, apprendistato) e non (i vari modelli di contratti formativi, gli *stages*, etc.) nonché le tecniche di politica *attiva* per favorire l'occupazione giovanile.

Dall'altra si affronterà il tema degli strumenti propriamente diretti nei confronti della *disoccupazione*, anche qui da quelli più tradizionali (indennità di disoccupazione) a quelli pure datati, ma soggetti a robuste rivisitazioni e riadattamenti nel recente passato (cassa integrazione guadagni, indennità di mobilità) fino alle tecniche più moderne di intervento (contratti di solidarietà, lavori socialmente utili, etc.).

L'esposizione dell'esistente non può peraltro mancare di porre in luce le notevoli aporie delle strumentazioni predisposte per le due *species* di disoccupazione e le marcate disparità di trattamento dei lavoratori rispetto al medesimo bisogno — la mancanza di lavoro — risultante dall'intreccio fra le varie forme di intervento pubblico.

È sì vero che esiste nel sistema un rimedio generale assicurativo (appunto *l'indennità di disoccupazione*, cioè l'odierna NASpI: v. *infra*: sez. III, § 8), ma esso non solo è inapplicabile — per definizione — nei confronti di chi non sia mai stato occupato, dal momento che titolari ne sono i soli *lavoratori*, ma è erogato in misura tale da non soddisfare compiutamente le esigenze di vita del destinatario sia pure per periodi limitati nel tempo.

Il che denuncia il preciso disegno legislativo di orientare il sostegno al reddito del lavoratore come 'coda' dei trattamenti di cassa integrazione o delle procedure di licenziamento collettivo (si v. l'indennità di mobilità) più o meno occasionalmente goduti dall'impresa in occasione di crisi momentanee o definitive piuttosto che in chiave di interventi strutturali e tendenzialmente generali.

Né occorre dimenticare che la materia di cui si discute è fortemente condizionata dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Il nostro Paese infatti non può più decidere liberamente in quale direzione orientare il sostegno pubblico alle imprese per garantire (il mantenimento del)l'occu-

pazione. Ne viene così fortemente ridimensionata la politica industriale diretta a sostenere con il finanziamento statale imprese improduttive (come è avvenuto in relazione a taluni settori o aree del Paese: si pensi al Mezzogiorno), che rischia di porsi in contrasto con il divieto comunitario di assicurare *specifici vantaggi* ingiustificati e “differenziali” a talune categorie imprenditoriali. Di qui l’indispensabilità di un *coordinamento* fra le politiche nazionali e quelle dell’U.E., senza che peraltro venga meno l’impegno prefigurato dall’art. 4, 1° co. Cost., che semmai « lo Stato italiano dovrà esercitare, *uti socius* nel contesto comunitario, anziché *uti singulus* », entro il proprio ambito territoriale (D’ANTONA).

È per l’insieme delle descritte ragioni che quella dell’intervento statuale sul *mercato del lavoro* costituisce una materia cruciale del diritto del lavoro che si affaccia al nuovo secolo.

Le caratteristiche della “nuova economia”, con le modificazioni dei sistemi produttivi, il tramonto della c.d. impresa “fordista” (caratterizzata da stabilità, continuità e durata nel tempo) ed il correlativo mutamento della figura e della posizione del lavoratore dipendente, impongono al diritto del lavoro di *spostare il baricentro* della tradizionale rete protettiva a favore del lavoratore proprio *sul terreno del mercato del lavoro*. In sostanza sembra indispensabile che il diritto del lavoro debba orientarsi più che a garantire al lavoratore un’occupazione stabile ed a tempo indeterminato, a rafforzarne la protezione *nel* mercato, dandogli maggiori opportunità di informazione e di scelta delle occupazioni cui potrebbe potenzialmente aspirare.

In tema vedremo come, a partire dal 2012, i governi si siano impegnati con l’obiettivo di costruire una forma di provvidenza unica, sostitutiva sia dell’indennità di disoccupazione che, in prospettiva, della stessa cassa integrazione, proprio nel contesto di una più generale protezione del lavoratore *nel mercato più che nel rapporto di lavoro*. Il tutto in un contesto nel quale si vorrebbe limitare al minimo la condizio-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VI

LE GARANZIE DEI DIRITTI

1. Introduzione. — 2. La disciplina giuridica delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore: premesse storico-sistematiche. — 3. I contenuti dell'art. 2113 cod. civ. — 4. La prescrizione dei diritti del lavoratore. — 5. La decadenza. — 6. La disciplina delle garanzie del credito di lavoro. — 7. La tutela giurisdizionale: distinzioni generali. — 8. La conciliazione. — 9. Gli arbitrati. — 10. Il processo del lavoro. — 11. La tutela amministrativa e penale.

1. *Introduzione.*

L'ordinamento lavoristico — per le ragioni abbondantemente illustrate nel corso della trattazione — ha sviluppato una fitta trama di *garanzie* a vantaggio del lavoratore dipendente, che ne caratterizzano ulteriormente la posizione a fronte degli altri contraenti. Si tratta di garanzie che riguardano le situazioni soggettive di vantaggio riconosciute a favore del lavoratore e che si radicano sulla particolare rilevanza sociale degli interessi tutelati.

Di alcune di esse ci siamo già occupati: basti pensare alla stessa struttura *inderogabile* della norma lavoristica (v. *retro* cap. IV, § 1) o alle speciali garanzie del rapporto e del credito in caso di *trasferimento d'azienda* e nell'ambito delle *procedure concorsuali* (v. *retro* cap. III, §§ 15 e 16).

Di ulteriori, peculiari tecniche di rafforzamento dei diritti dei lavoratori ci occuperemo nel presente capitolo.

Muovendo dal piano delle garanzie di *diritto sostanziale* dobbiamo anzitutto segnalare la regola della parziale *indisponibilità* dei diritti, previsto dall'art. 2113 cod. civ. Come ve-

dremo gli atti (rinunce o transazioni) con cui il lavoratore dispone di propri diritti previsti da norme inderogabili sono soggetti ad un regime di annullabilità e sono, per così dire, neutralizzati per tutta la durata del rapporto.

In secondo luogo occorrerà dar conto del peculiare regime della *prescrizione* dei diritti dei lavoratori, che, almeno in taluni contesti, sulla base di una innovativa giurisprudenza costituzionale, riceve una regolamentazione tutt'affatto diversa a fronte degli altri diritti.

Infine andrà illustrato come si atteggia, nel diritto del lavoro, il sistema delle garanzie del credito di lavoro sia con riferimento alla problematica generale della responsabilità patrimoniale del debitore (cause legittime di prelazione) sia avendo riguardo agli strumenti assicurativi predisposti per tenere il lavoratore almeno parzialmente al riparo dai rischi di insolvenza del datore di lavoro.

Il sistema delle garanzie si svolge poi attraverso la predisposizione di una *tutela giurisdizionale differenziata*, caratterizzata da un rito funzionale alla realizzazione *effettiva* dei diritti del lavoratore (allargamento dei poteri officiosi del giudice, oralità e concentrazione del processo, immediata esecutività della sentenza di primo grado, rivalutazione dei crediti, etc.). Alla tutela propriamente giudiziale si affianca poi uno specifico apparato diretto alla composizione *stragiudiziale* delle controversie (attraverso la *conciliazione* e l'*arbitrato*).

Nel quadro delle garanzie va infine ricordato il complesso sistema dei *controlli* predisposto dall'*amministrazione statale*, allo scopo di verificare l'attuazione della legislazione protettiva e segnatamente l'adempimento dell'obbligo contributivo da parte del datore di lavoro nonché l'apparato sanzionatorio penale ed amministrativo.

2. *La disciplina giuridica delle rinunzie e delle transazioni del lavoratore: premesse storico-sistematiche.*

L'art. 2113 cod. civ. introduce una disciplina speciale delle *rinunce* e *transazioni* del lavoratore su diritti previsti da

norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, riassumibile nei seguenti capisaldi: a) *annullabilità* degli atti dispositivi, impugnabili entro termini di decadenza; b) *neutralizzazione* dei termini di impugnazione in costanza di rapporto; c) piena *validità* delle rinunce e transazioni che hanno luogo in talune *sedi privilegiate* (conciliazioni in sede amministrativa, sindacale o davanti al giudice).

Se la *ratio* della previsione normativa appare evidente, in quanto è riconducibile alla qualificazione del lavoratore come contraente ‘debole’ ed ha lo scopo di proteggerlo da possibili dismissioni di diritti in costanza di rapporto, pur di mantenere l’occupazione, meno semplice è districare i nessi che la norma propone fra le categorie giuridiche dell’*inderogabilità* e dell’*indisponibilità*.

Come abbiamo già ricordato l’inderogabilità è un tratto della *norma*, che per l’appunto contiene diritti non derogabili dalle parti, mentre l’indisponibilità è una caratteristica dei *diritti*.

Fra le due categorie non vi è alcuna connessione di carattere puramente logico, potendo sussistere l’una senza l’altra (SANTORO PASSARELLI F). La vicenda lavoristica culminata nella formulazione dell’art. 2113 (novellato significativamente nel 1973) ci dimostra che fra i due termini esiste solo una connessione *storica*, che consente di modulare la reazione dell’ordinamento all’una ed all’altra secondo tecniche che si discostano dai principi generali, proponendo una regolamentazione che ha significativi tratti di *specialità*.

Il problema prende le mosse dall’introduzione nell’ordinamento lavoristico di *discipline inderogabili*, rispetto alle quali cioè l’autonomia privata risultava limitata dal divieto di *patti contrari* (paradigmatico è quanto disponeva l’art. 17 del r.d.l. n. 1825 del 1924 sull’impiego privato, secondo cui le disposizioni del decreto avrebbero dovuto essere osservate « malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di convenzioni od usi più favorevoli all’impiegato e salvo il caso che il presente decreto ne consenta la deroga consensuale »). A

I rapporti fra
inderogabilità
ed
indisponibilità

rigore all'inderogabilità della disciplina avrebbe dovuto seguire, sulla base dei principi generali civilistici, la nullità di atti di disposizione di diritti derivanti dalle norme inderogabili. Viceversa la giurisprudenza dell'epoca ritenne di utilizzare la categoria giuridica dell'*annullabilità*, equiparando la posizione del lavoratore che dismette diritti in costanza di rapporto a quella di chi sia temporaneamente incapace o di chi agisce sotto le suggestioni di una sorta di violenza morale ed il cui consenso ne risulti quindi giuridicamente viziato (v. ad es.: Cass., 11 gennaio 1939; Cass., 17 marzo 1931).

La soluzione
compromissoria
dell'art. 2113
cod. civ.

La spaccatura verticale apertasi fra l'orientamento giurisprudenziale richiamato e la prevalente opinione dottrinaria che invece prospettava la radicale nullità dei negozi dispositivi del lavoratore venne risolta con la soluzione di compromesso prevista dall'art. 2113. La norma, da una parte, semplificava i problemi connessi con la dimostrazione dell'esistenza della posizione soggettiva di soggezione psicologica (anche se, usualmente, ancorata a vere e proprie presunzioni giurisprudenziali), in particolare se gli atti di dismissione erano intervenuti *successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro*, nella stessa misura in cui, dall'altra, sottoponeva la loro impugnazione ad un breve termine di decadenza (all'epoca: tre mesi).

Siffatta posizione di compromesso è rimasta immutata anche all'esito della riscrittura della norma codicistica ad opera della l. n. 533 del 1973. Le principali innovazioni introdotte (attribuzione anche alle norme previste dagli *attuali* contratti collettivi dei tratti dell'inderogabilità, allungamento dei termini di decadenza dall'impugnazione, etc.) non hanno infatti sciolto il nodo di fondo dei rapporti fra inderogabilità ed indisponibilità. Le discussioni teoriche si sono pertanto riprodotte anche in tempi recenti.

Le varie posizio-
ni teoriche

Volendo sintetizzare il dibattito, si può dire che il dibattito assai articolato si è svolto in due fasi: la prima, che ha riguardato il dibattito sul principio di inderogabilità, e la seconda, che ha riguardato il dibattito sul principio di indisponibilità.

Termine estratto capitolo