

# ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

\*

CONTRATTO DI LAVORO

\*



Sezione non inclusa

## PRESENTAZIONE

Il Volume della collana *I Tematici* dell'*Enciclopedia del diritto*, che qui presentiamo, ha una storia particolare della quale si deve dar conto. Esso fu originariamente affidato alla direzione del prof. Riccardo Del Punta, che volle però essere affiancato dagli autori di questa Presentazione, cui era legato da una lunga consuetudine professionale e di amicizia.

Nel novembre 2022 il prof. Del Punta è venuto improvvisamente a mancare, per la rapida e tragica evoluzione di una lunga malattia: non solo per motivi personali, ma anche per il naturale riconoscimento della statura e non sostituibilità dell'Amico e Collega, il dubbio sull'opportunità di procedere comunque nel lavoro è stato forte, e fonte di reale tormento e incertezza, emotiva e scientifica.

Il piano dell'opera era però già stato impostato, frutto di un percorso iniziato molto prima, che ci aveva visti lungamente impegnati nella definizione del taglio da adottare — in un confronto che ha finito per portarci ad una riflessione sugli assetti teorici della materia — e poi nella scelta dei temi e degli Autori. Il Volume rappresenta dunque l'esito di un lavoro comune, di un comune modo di intendere la materia e, se è consentita una notazione personale, è anche l'ultimo frutto di una lunga e preziosa amicizia. Esso contiene l'ultima fatica scientifica di Riccardo Del Punta, la voce *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)* che, per le ragioni che il lettore troverà in nota alla stessa, si è ritenuto di inserire nonostante fosse ancora incompleta.

La scelta di dedicare un Volume dell'*Enciclopedia del diritto* al contratto di lavoro è sicuramente significativa, per più di un motivo.

Innanzitutto, testimonia di come il diritto del lavoro — materia almeno nell'assetto attuale assai giovane, se confrontata con altri rami del diritto che vantano natali più antichi — si sia ormai emancipato dalla posizione, si sarebbe detto un tempo, di “diritto secondo”, a conferma della rilevanza che nella società attuale assume il fenomeno del lavoro in tutte le sue sfaccettature.

Il diritto del lavoro nasce, come noto, almeno nella sua configurazione attuale, molto recentemente, cioè con la Costituzione del 1948, ma in realtà con le elaborazioni della fine degli anni '50 e dei primi anni '60 dello scorso secolo, che gettarono le basi dogmatiche della materia, ancora oggi, peraltro, ben lungi dall'essere completate. Una materia certamente figlia del diritto civile, data la natura privata degli interessi che venivano in considerazione, e che da queste origini si allontanò rapidamente, proprio negli stessi anni, quando i valori della

Carta costituzionale — con la loro carica emancipatoria del lavoratore subordinato — iniziarono a fare il loro ingresso nella riflessione dei privatisti, in particolare dei lavoristi.

Il diritto del lavoro si è evoluto secondo questa chiave, formandosi a misura di una relazione contrattuale fortemente intrisa di concretezza e condizionata dal proprio referente sociologico che era il rapporto di lavoro tendenzialmente a tempo pieno e indeterminato (1).

A queste radici il diritto del lavoro ha continuato ad essere fedele mentre la realtà effettuale iniziava lentamente a modificarsi: l'ingresso delle nuove tecnologie informatiche, la più recente digitalizzazione (2), gli effetti della globalizzazione hanno determinato profondi mutamenti nel mercato del lavoro — che ha assunto una struttura sempre più complessa — e nella sua organizzazione, investita da profonde trasformazioni che non hanno mancato di avere effetti anche sul piano legislativo.

Tutto ciò ha comportato la necessità di un ripensamento dei fondamenti valoriali della materia (3), una rinnovata attenzione al contesto istituzionale di contorno (4) oltre che ad aspetti, come la formazione, che hanno assunto una importanza centrale (5).

Il riflesso più immediato — sin dai primi anni del nuovo secolo — è stato quello della moltiplicazione delle tipologie di contratto di lavoro. Al di là delle letture, diverse e a volte contrapposte, che si possono dare di questo fenomeno, rimane il fatto che esso costituisce un dato di non trascurabile importanza.

In questo contesto, di forte e continua evoluzione, il problema centrale è stato quello della scelta dell'oggetto dell'indagine che, fin dai primi confronti, i curatori hanno indirizzato al contratto di lavoro, inteso in senso specifico e non quale termine riassuntivo dell'intero assetto dei rapporti giuridici tra le parti di un rapporto di lavoro. Si è trattato, è opportuno sottolinearlo, di una scelta quasi intuitiva ma intenzionalmente caratterizzante, l'opzione per una messa al centro della riflessione teorica, e applicativa, proprio della dimensione contrattuale.

Non sfugge ai curatori che il diritto del lavoro si è rivolto soprattutto al rapporto di lavoro, obliterando invece la sua fonte e cioè il contratto. Anche chi — ed è questa l'opinione largamente maggioritaria — ha sempre ritenuto che i poteri del datore di lavoro in particolare, ma anche la stessa subordinazione, rinvenissero nel contratto la loro fonte e dunque anche la misura della loro estensione (6), ha poi rivolto l'attenzione alle modalità concrete di attuazione e di

---

(1) G. CAZZETTA, *Contratto di lavoro (storia)*.

(2) A. INGRAO, *Contratto di lavoro e digitalizzazione*.

(3) R. DEL PUNTA, *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)*.

(4) M. CINELLI, *Contratto di lavoro e rapporto previdenziale*; L. VALENTE, *Mercato del lavoro*; S. CIUCCIOVINO, *Certificazione dei contratti di lavoro*.

(5) D. GAROFALO, *Formazione nel contratto di lavoro*.

(6) O. MAZZOTTA, *Contratto di lavoro (teoria generale)*.

manifestazione dei diritti e degli obblighi delle parti, e cioè alla fase esecutiva del contratto, dunque al rapporto di lavoro.

La scelta invece, come oggetto di un Volume tematico dell'*Enciclopedia del diritto*, del contratto di lavoro, è figlia prima di tutto della progressiva rilevanza che quest'ultimo ha assunto all'interno della materia, nella riflessione teorica e nella pratica. Essa si è manifestata, come si è detto, nelle forme di una diversificazione tipologica del contratto stesso, ma anche, se chi legge ci passerà il termine, di una soggettivizzazione e quindi di un arricchimento del suo contenuto modellato, in misura più accentuata che in passato, secondo le esigenze delle parti (7).

È nell'esperienza di qualsiasi operatore, e degli studiosi, il progressivo incremento — almeno per una parte significativa del mercato del lavoro, collegata alle attività implicanti professionali medie ed elevate — della rilevanza della dimensione contrattuale (individuale), l'arricchimento dei suoi stessi contenuti in dialogo costante con le altre fonti del regolamento contrattuale dei rapporti di lavoro. Assumere quella dimensione come primo oggetto di riflessione significa anche, nell'intenzione dei curatori, proporre un punto di vista sulla materia, sulle sue evoluzioni e le sue problematiche, certamente non esaustivo ma più significativo che in passato.

Ma la rinnovata centralità del contratto di lavoro è a sua volta espressione di un fenomeno più ampio: la prestazione di lavoro si estende verso territori fino a qualche anno fa non immaginabili, mentre si rompe l'unità di luogo, di tempo e di persona, tipica della fabbrica novecentesca.

E dunque, accanto a una prospettiva più tradizionale (ma sempre indispensabile per un approccio scientificamente solido), lungo la quale si collocano alcune voci come quelle sulle fonti del contratto (8), sulla forma (9), sulle cause di invalidità (10), sull'oggetto (11), sul patto di prova (12), sugli obblighi delle parti (13), è di questa diversificazione che occorre dare conto: non solo con riferimento ad una delle forme più diffuse di contratto di lavoro, come il contratto a termine, oggetto di una continua opera di revisione da parte del legislatore (14), ma anche a quei tipi di contratto che realizzano una rottura della caratteristica relazione biunivoca tra datore e prestatore di lavoro, come il contratto di lavoro in somministrazione (15), che insieme al contratto di lavoro a termine più di altre è stata investita, ed a più riprese, dal vento riformatore; o che, come il lavoro intermittente (16), incidono sulla continuità della prestazione, connotato tipico di

(7) G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Clausole accessorie al contratto di lavoro*.

(8) R. VOZA, *Fonti di regolazione del contratto di lavoro*.

(9) M. D'ONGHIA, *Forma del contratto di lavoro*.

(10) M.C. CATAUDELLA, *Invalità del contratto di lavoro e rimedi*.

(11) C. CESTER, *Oggetto del contratto di lavoro*.

(12) L. TEBANO, *Patto di prova*.

(13) L. ZAPPALÀ, *Contratto di lavoro (obblighi del lavoratore)*; E. GRAGNOLI, *Contratto di lavoro e retribuzione*.

(14) M. AIMO, *Durata del contratto di lavoro*.

(15) M. PALLINI, *Lavoro somministrato (contratto di)*.

(16) E. GRAMANO, *Lavoro intermittente (contratto di)*.

un contratto di durata come il contratto di lavoro subordinato; o che, ancora, alterano una delle modalità tipiche della prestazione di lavoro subordinato, e cioè l'essere svolta nei locali del datore di lavoro, come accade nel contratto di lavoro agile (17).

Accanto a queste hanno trovato spazio tipologie più trascurate dagli studiosi, ma di notevole rilevanza nella realtà, spesso cariche di significative problematiche tecniche o sociali (18).

Invero, i mutamenti cui si accennava sono stati più profondi di quanto non possa apparire da un elenco, certo già di per sé significativo, delle nuove vesti assunte dal contratto di lavoro (e delle voci presenti nel Volume): il fatto è che la forma “lavoro subordinato” ha ormai smarrito, e definitivamente, una sua configurazione unitaria, e la declinazione al singolare che connota il sintagma “diritto del lavoro” dovrebbe più propriamente declinarsi al plurale, e cioè come “diritto dei lavori”, tanto ormai il lavoro è soggetto a discipline e a tensioni tra loro diverse.

Ne costituisce una lampante riprova il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che, ad onta del processo di contrattualizzazione iniziato oltre trenta anni addietro, è in realtà soggetto ad una disciplina largamente divergente da quelle del lavoro privato, a motivo delle particolarità proprie di una delle parti del contratto e cioè la parte pubblica (19). Per non parlare del tema centrale della professionalità, profondamente inciso dalle modifiche dei modelli di organizzazione del lavoro e dei contenuti del lavoro stesso (20). Ma un ulteriore effetto di spiazzamento di assetti più tradizionali, culturali prima ancora che giuridici, deriva dal confronto del contratto con i temi legati alle differenziazioni di genere (21), fino al terreno più estremo — ed eticamente delicato e controverso — del rapporto col corpo stesso della persona, prima di tutto della donna (22).

È un processo che ha investito lo stesso concetto di “parte” del contratto di lavoro, che infatti ha subito una differenziazione, scomponendosi in diverse nozioni. Così è per la definizione di “datore di lavoro”, nozione che ha ormai perso la sua originaria struttura monolitica, e che, anche nel campo del lavoro privato, si sfaccetta da un settore ad un altro: come accade nel caso del rapporto di lavoro con le società pubbliche, fenomeno questo che ha assunto dimensioni imponenti e che ormai rappresenta una parte importante del diritto del lavoro attuale (23), o del lavoro nel terzo settore (24). In realtà il fenomeno è ancora più

(17) V. MAIO, *Lavoro agile*.

(18) C. FALERI, *Lavoro agricolo (contratto di)*; L. GIASANTI, *Lavoro nautico (contratto di)*; S. BRUN, *Lavoro artistico (contratto di)*; F. MARINELLI, *Lavoro occasionale (contratto di)*; S. VISONÀ, *Lavoro carcerario*; S. BORELLI, *Lavoro domestico e di cura*.

(19) L. ZOPPOLI, *Datore di lavoro pubblico*.

(20) V. PINTO, *Contratto di lavoro*.

(21) M. L. VALLINI, *Contratto di lavoro*.

Sezione non inclusa

## SIGLE E ABBREVIAZIONI DEL SESTO VOLUME

## I. - FONTI E VOCI ATTINENTI

ABGB	= <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>
abr.	= abrogato
AGBG	= <i>Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen</i>
all.	= allegato
art.	= articolo e articoli
Atti parl. Sen.	= Atti parlamentari del Senato
Atti parl. Cam.	= Atti parlamentari della Camera dei deputati
BGB	= <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BVerfGG	= <i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i>
BW	= <i>Burgerlijk Wetboek</i>
c. amm. digit.	= codice dell'amministrazione digitale (d. lg. 7 marzo 2005, n. 82)
c.c.	= codice civile
<i>c.c. fr.</i>	= <i>code civil</i> (Napoléon)
c. comm.	= codice di commercio
c. cons.	= codice del consumo (d. lg. 6 settembre 2005, n. 206)
c. conti	= Corte dei conti
c. contr. pubbl. 2016	= codice dei contratti pubblici 2016 (d. lg. 18 aprile 2016, n. 50)
c. contr. pubbl. 2023	= codice dei contratti pubblici 2023 (d. lg. 31 marzo 2023, n. 36)
CEDU	= Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma 4 novembre 1950)
c. nav.	= codice della navigazione
cost.	= Costituzione della Repubblica italiana
c.p.	= codice penale
c.p.c.	= codice di procedura civile
c.p.p.	= codice di procedura penale
c. propr. ind.	= codice della proprietà industriale (d. lg. 10 febbraio 2005, n. 30)
cpv.	= capoverso
d.C.p.S.	= decreto del Capo provvisorio dello Stato
d. interm.	= decreto interministeriale
disp. att.	= disposizioni di attuazione e transitorie
disp. prel.	= disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
d.l.	= decreto-legge
d. lg.	= decreto legislativo
d. lg. C.p.S.	= decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d. lg. lt.	= decreto legislativo luogotenenziale
d.l. lt.	= decreto-legge luogotenenziale
d. lt.	= decreto luogotenenziale
d.m.	= decreto ministeriale
d.P.C.	= decreto del Presidente del Consiglio dei ministri
d.P.R.	= decreto del Presidente della Repubblica
GG	= <i>Grundgesetz</i>
G.U.	= Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
G.U.C.E. / G.U.U.E.	= Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee / dell'Unione Europea
GVG	= <i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
HGB	= <i>Handelsgesetzbuch</i>
l.	= legge
lb.	= libro

l. cost.	= legge costituzionale
lett.	= lettera
l. fall.	= legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267)
l. rg.	= legge regionale
ord. penit.	= ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354)
r.d.	= regio decreto
r.d.l.	= regio decreto-legge
r.d. lg.	= regio decreto legislativo
reg.	= regolamento
reg. c. nav.	= regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (navigazione marittima) (d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328)
reg. ord. penit.	= regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230)
<i>StGB</i>	= <i>Strafgesetzbuch</i>
<i>StPO</i>	= <i>Strafprozessordnung</i>
TFUE	= Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
tit.	= titolo
Trattato CE	= Trattato che istituisce la Comunità europea
Trattato CEE	= Trattato che istituisce la Comunità economica europea
Trattato UE	= Trattato sull'Unione europea
t.u.	= testo unico
t.u. immigr.	= testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d. lg. 25 luglio 1998, n. 286)
t.u. imp. dr. 1986	= testo unico delle imposte sui redditi (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917)
t.u. inf. lav.	= testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124)
t.u. soc. pubbl.	= testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d. lg. 19 agosto 2016, n. 175)
<i>ZGB</i>	= <i>Zivilgesetzbuch</i>
<i>ZPO</i>	= <i>Zivilprozessordnung</i>

## II. - ORGANI GIUDICANTI

App.	= Corte di appello
BGH	= Bundesgerichtshof
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
Cass.	= Corte di cassazione
Cass., sez. un.	= Corte di cassazione, sezioni unite
C. cost.	= Corte costituzionale
C. eur. dir. uomo	= Corte europea dei diritti dell'uomo
C. giust. CE / UE	= Corte di giustizia delle Comunità europee / dell'Unione europea
Comm. tribut. prov.	= Commissione tributaria provinciale
Cons. St.	= Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen.	= Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St., ad. plen.	= Consiglio di Stato, adunanza plenaria
OGH	= Oberster Gerichtshof
Pret.	= Pretura
RG	= Reichsgericht

TAR	= Tribunale amministrativo regionale [per le abbreviazioni dei nomi delle Regioni v. quelle utilizzate per gli statuti regionali]
Trib.	= Tribunale
Trib. CE / UE	= Tribunale di I grado delle Comunità europee / dell'Unione europea

### III. - ENCICLOPEDIA E DIZIONARI

<i>D. disc. priv., sez. civ.</i>	= <i>Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile</i> , Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000
<i>D. disc. priv., sez. comm.</i>	= <i>Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione commerciale</i> , Torino, Utet, 1987-1999, Aggiornamento dal 2000
<i>Enc. giur.</i>	= <i>Enciclopedia giuridica</i> , Treccani, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988-2010
<i>Enc. giur. it.</i>	= <i>Enciclopedia giuridica italiana</i> diretta da P.S. MANCINI, Milano, Vallardi (poi Società Editrice Libreria), 1884-1937 (edizione in volumi)
<i>Libro dir.</i>	= <i>Libro dell'anno del diritto (II)</i> , Treccani, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, dal 2012
Nss. D.I.	= <i>Novissimo digesto italiano</i> diretto da A. AZARA e E. EULA, Torino, Utet, 1957-1975, Appendice 1980-1987

### IV. - RIVISTE E PUBBLICAZIONI PERIODICHE

<i>An. giur. econ.</i>	= Analisi giuridica dell'economia
<i>Ann. Bari</i>	= Annali dell'università di Bari
<i>Annales HSS</i>	= Annales. Histoire, Sciences Sociales
<i>Anr. dir. comp.</i>	= Annuario di diritto comparato e studi legislativi
<i>Arch. civ.</i>	= Archivio civile (nel 1958 Archivio della responsabilità civile; dal 1959 al 1974 Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno)
<i>Arch. dir. pubbl.</i>	= Archivio di diritto pubblico
<i>Arch. giur.</i>	= Archivio giuridico « Filippo Serafini »
<i>Arg. dir. lav.</i>	= ADL. Argomenti di diritto del lavoro
<i>Banca borsa</i>	= Banca, borsa e titoli di credito
<i>Boll. tribut.</i>	= Bollettino tributario d'informazioni
<i>BVerfGE</i>	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>Cahiers de l'IRT</i>	= Cahiers de l'Institut Régional du Travail
<i>Cass. pen.</i>	= Cassazione penale
<i>Circ. giur.</i>	= Circolo giuridico « L. Sampolo » (II)
<i>Comp. Lab. Law &amp; Pol. Journ.</i>	= Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>Cons. St.</i>	= Consiglio di Stato (II) (già: Raccolta completa della giurisprudenza del Consiglio di Stato)
<i>Contr.</i>	= Contratti (I)
<i>Contr. impr.</i>	= Contratto e impresa
<i>Contr. impr. Eur.</i>	= Contratto e impresa - Europa
<i>Corr. giur.</i>	= Corriere giuridico (II)
<i>Corr. merito</i>	= Corriere del Merito (II)
<i>DeJure</i>	= DeJure. Banche dati Giuffrè Francis Lefebvre (dejure.it)
<i>Dir. aut.</i>	= Diritto di autore (II)
<i>Dir. com. scambi intern.</i>	= Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>Dir. cost.</i>	= Diritto costituzionale

<i>Dir. econ.</i>	= Diritto dell'economia (II)
<i>Dir. giur. agr. amb.</i>	= Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente (nel 1992: Diritto e giurisprudenza agraria; dal 1993 al 2005: Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente)
<i>Dir. giust.</i>	= Diritto e giustizia (quotidiano <i>on-line</i> : <a href="http://dirittoegiustizia.it">dirittoegiustizia.it</a> ) e D&G diritto e giustizia (supplemento settimanale al quotidiano)
<i>Dir. inform.</i>	= Diritto dell'informazione e dell'informatica (II)
<i>Dir. immigr. citt.</i>	= Diritto, immigrazione e cittadinanza
<i>Dir. intern.</i>	= Diritto internazionale (II)
<i>Dir. lav.</i>	= Diritto del lavoro (II)
<i>Dir. lav. merc.</i>	= Diritti Lavori Mercati
<i>Dir. lav. merc. intern.</i>	= Diritti Lavori Mercati international
<i>Dir. merc. lav.</i>	= Diritto del mercato del lavoro (II)
<i>Dir. prat. lav.</i>	= Diritto e pratica del lavoro
<i>Dir. pubbl.</i>	= Diritto pubblico
<i>Dir. pubbl. comp. eur.</i>	= Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>Dir. rel. ind.</i>	= Diritto delle relazioni industriali
<i>Dir. sic. lav.</i>	= Diritto della sicurezza sul lavoro
<i>Dir. soc.</i>	= Diritto e società
<i>Dr. soc.</i>	= Droit et société
<i>Eur. dir. priv.</i>	= Europa e diritto privato
<i>Fil.</i>	= Filangieri (II)
<i>Foro it.</i>	= Foro italiano (II)
<i>Foro Lomb.</i>	= Foro della Lombardia (II)
<i>Foro pad.</i>	= Foro padano (II)
<i>Foro tosc.</i>	= Foro toscano (II)
<i>Forum Quad. cost.</i>	= Forum di Quaderni costituzionali - Rassegna (fino al 2011: Forum di Quaderni costituzionali) ( <a href="http://www.forumcostituzionale.it">www.forumcostituzionale.it</a> )
<i>Giorn. dir. amm.</i>	= Giornale di diritto amministrativo
<i>Giorn. dir. lav.</i>	= Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>Giur. comm.</i>	= Giurisprudenza commerciale
<i>Giur. cost.</i>	= Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	= Giurisprudenza italiana (dal 1913 al 1964: Giurisprudenza italiana e la legge)
<i>Giur. it. Rep.</i>	= Repertorio generale della giurisprudenza italiana
<i>Giur. lav.</i>	= Giurisprudenza del lavoro
<i>Giur. merito</i>	= Giurisprudenza di merito
<i>Giust. civ.</i>	= Giustizia civile
<i>Giust. civ. Mass.</i>	= Giustizia civile - Massimario annotato della Cassazione
<i>Giustiziacivile.com</i>	= Giustizia civile ( <a href="http://www.giustiziacivile.com">www.giustiziacivile.com</a> )
<i>Guida dir.</i>	= Guida al diritto
<i>Inform. dir.</i>	= Informatica e diritto
<i>Intern. Journ. Comp. Lab. Law</i>	= International Journal of Comparative and Labour Law and Industrial Relations (The)
<i>Intern. Law Quart.</i>	= International and Comparative Law Quarterly (The)
<i>Ist. fed.</i>	= Istituzioni del federalismo (Le)
<i>Lav. dir.</i>	= Lavoro e Diritto
<i>Lav. dir. eur.</i>	

Termine estratto capitolo

## C

## CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO

SOMMARIO: 1. L'ispirazione originaria della certificazione nel Libro Bianco e la traduzione legislativa nel d. lg. 10 settembre 2003, n. 276. — 2. Finalità e oggetto della certificazione. — 3. Poteri e funzioni delle Commissioni: accertamento della volontà negoziale, autonomia negoziale assistita, derogabilità assistita. — 4. Gli organismi di certificazione e il procedimento di certificazione. — 5. Gli effetti della certificazione e le azioni giudiziali esperibili. — 6. Le ulteriori funzioni delle Commissioni di certificazione: disposizione di diritti, conciliazione delle controversie di lavoro e deposito degli accordi di negoziazione assistita.

1. *L'ispirazione originaria della certificazione nel Libro Bianco e la traduzione legislativa nel d. lg. 10 settembre 2003, n. 276.* — La certificazione dei contratti di lavoro ha fatto la sua prima comparsa nel “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia” dell'ottobre 2001, come uno strumento di flessibilizzazione delle discipline lavoristiche, orientato a ricavare a livello individuale uno spazio di adattamento regolativo della normativa legale lavoristica inderogabile.

L'idea di Marco Biagi, a cui va riconosciuta la paternità della proposta (1), si inseriva in uno scenario di revisione complessiva del rapporto tra le fonti di determinazione della disciplina lavoristica nell'ottica del decentramento e della rivalutazione dell'autonomia privata individuale rispetto alla fonte eteronoma, in una cornice protetta di cui gli enti di certificazione dovevano appunto costituire principale espressione (2). L'istituto della certificazione mirava a contrastare, anticipandole,

(1) M. BIAGI e M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, in *Lav. dir.*, 1999, 571 ss. Già prima, per l'idea della volontà assistita, si v. A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992, 479 ss.

(2) M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 257 ss.

pratiche fraudolente di fuga dal lavoro subordinato attraverso una validazione *ex ante* degli schemi contrattuali flessibili, anziché in chiave “meramente repressivo-sanzionatoria” per mezzo della qualificazione giudiziale *ex post* (3).

Questo impianto ideale, tuttavia, è rimasto incompiuto. Già nella scarna legge-delega per la riforma del mercato del lavoro (art. 5 l. 14 febbraio 2003, n. 30) la certificazione si poneva il ben più limitato fine di prevenire il contenzioso in materia di qualificazione giuridica del rapporto di lavoro e l'effetto della certificazione era quello di creare una stabilità di tale qualificazione tra le parti e verso i terzi, dotando il contratto certificato di una speciale resistenza in giudizio, salvo l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra programma negoziale certificato ed effettivamente realizzato dalle parti. La disciplina attuativa della legge-delega adottata con gli art. 75 ss. d. lg. 10 settembre 2003, n. 276, di conseguenza, ha conferito alla certificazione dei contratti un assetto ben diverso dall'ispirazione originaria del Libro Bianco; certamente lasciando inattuata l'idea della derogabilità assistita in sede protetta o anche soltanto della flessibilizzazione regolativa ad opera del contratto individuale, di cui non si trova traccia nel d. lg. n. 276 del 2003 (4).

Nel Libro Bianco la certificazione era concepita come sede dove operare, in ambiti ben definiti (le collaborazioni coordinate e continuative a progetto, quindi al di fuori del perimetro della subordinazione), una regolazione assistita all'interno di una cornice legislativa leggera (*soft law*). Il processo di soggettivazione delle discipline si sarebbe

(3) M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 101 ss.

(4) Per una critica circostanziata del distacco della legge-delega rispetto alla impostazione del Libro Bianco, si v. di nuovo TIRABOSCHI, *op. cit.*, 113 ss.

## Certificazione dei contratti di lavoro

dovuto realizzare in una sede terza, appunto davanti agli enti di certificazione, preferibilmente in sede sindacale (5), con una protezione del lavoratore che avrebbe consentito l'esercizio dell'autonomia individuale nel rispetto della libertà e consapevolezza della parte debole. L'assistenza del certificatore era concepita in funzione di riequilibrio del rapporto di forza delle parti, comunque all'interno di un'ipotesi di standardizzazione di clausole e modellistica contrattuale e anche di espansione delle tutele oltre l'ambito del lavoro subordinato. Non a caso le prime ipotesi di certificazione sono state avanzate, su impulso dell'allora ministro del Lavoro Tiziano Treu, con la proposta di predisposizione di uno "Statuto dei lavori" elaborato in sede ministeriale nel 1997 (6) in un contesto riformatore che condusse all'approvazione della l. 24 giugno 1997, n. 196 (7) favorito dallo sviluppo del dibattito dottrinale e di politica del diritto sulla codificazione di un *tertium genus* e sull'articolazione e graduazione delle tutele lavoristiche oltre i margini della subordinazione.

Il disegno del Libro Bianco, che si inscriveva all'interno di un progetto più ampio di revisione delle tecniche di normazione lavoristica, con sperimentazione di nuove forme di *soft law*, non ha trovato una piena attuazione con il d. lg. n. 276 del 2003. La certificazione — lungi dal configurare una ipotesi di derogabilità assistita (8) — è stata concepita dal legislatore delegato come strumento di asseverazione della volontà negoziale per l'esatta qualificazione dei contratti di lavoro, previa verifica da parte della Commissione della conformità del contratto al quadro legislativo dato. Va ricordato che il contesto in cui l'istituto è stato calato era all'epoca quello di una accentuata articolazione tipologica dei contratti di lavoro inaugurata dallo stesso d. lg. n. 276 del 2003, rispetto

alla quale la certificazione veniva configurata come strumento per accompagnare l'applicazione delle nuove forme contrattuali, con l'esplicita finalità « di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile » (art. 75 comma 1 d. lg. n. 276 del 2003). Solo successivamente, con le modifiche apportate dal d. lg. 6 ottobre 2004, n. 251 e dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, si è avuta un'espansione del campo di applicazione della certificazione a tutti i contratti in cui sia dedotta una prestazione di lavoro.

La funzione della certificazione è rimasta comunque quella deflattiva del contenzioso lavoristico (9), come risultato della messa in trasparenza e vaglio preventivo della corretta qualificazione del contratto, operata dall'ente di certificazione in base alla effettiva e consapevole volontà espressa dalle parti del rapporto. Ciò anche in ottica di prevenzione del contenzioso qualificatorio e di contrasto della "fuga" dal lavoro subordinato.

Così nel diritto vivente, distaccandosi dalla matrice ideale del Libro Bianco, la certificazione si è venuta configurando essenzialmente come strumento di produzione di certezze pubbliche mediante l'atto di certificazione e come sede di formazione di un consenso informato e di una volontà consapevole e coerente con il tipo legale scelto dalle parti del rapporto. Il certificato infatti rappresenta un atto di certazione della conformità dell'espressione dell'autonomia privata rispetto alla norma di legge applicabile (10), affidato alla Commissione da cui promana l'atto certificatorio.

Nonostante l'evidente distacco dell'istituto dall'idea originaria del Libro Bianco, la dottrina giuslavoristica, almeno nella prima fase, ha avuto una vera e propria crisi di rigetto per la certificazione, nella quale ha intravisto il rischio di una destrutturazione delle tutele lavoristiche (11),

(5) E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 83 ss.

(6) Cfr., *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* a cura di M. BIAGI e M. TIRABOSCHI (redatto su incarico del Ministero del lavoro Treu 1997-1998), in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), settembre 1998.

(7) Per una dettagliata ricostruzione dei precedenti e degli itinerari progettuali sottostanti, si rinvia a TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, cit.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav.*, 2004, 2, 203 ss.; A. TURSÌ, *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, II, 247.

(8) Sulle originarie ambiguità del testo legislativo (poi in parte emendate con il d. lg. n. 251 del 2004 e con la l. n. 183 del 2010) riguardo alla derogabilità assistita e alla previsione da parte della legge-delega n. 30 del 2003 e del d. lg. n. 276 del 2003 di modelli di certificazione "non qualificatoria", ma "dispositiva" o "derogatoria", si v. TURSÌ, *op. cit.*, 251 ss.

(9) La funzione deflattiva del contenzioso, pure presente sin dalle prime proposte, in realtà non esauriva l'originaria configurazione della finalità della certificazione che era ben più articolata e comprendeva, come accennato, l'"inderogabilità relativa" assistita delle norme lavoristiche, sia da parte dell'autonomia individuale sia da parte della contrattazione collettiva rispetto alle norme legali.

(10) E. GHERA, *Certificazione dei contratti di lavoro e giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, II, Torino, Giappichelli, 2008.

(11) Tra gli altri, AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Roma, Ediesse, 2002; M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema* a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO

preoccupazioni destinate a ridimensionarsi alla luce della portata effettiva del dato legislativo immesso nel diritto positivo e della reale incidenza dell'istituto sulla garanzia delle tutele lavoristiche.

2. *Finalità e oggetto della certificazione.* — La certificazione dei contratti è una procedura volontaria finalizzata a ridurre il contenzioso in materia di lavoro (art. 76 comma 1 d. lg. n. 276 del 2003). Tale effetto deflattivo, come già detto, deriva dal controllo preventivo di regolarità dei contratti e dal conseguente accertamento della corretta qualificazione giuridica effettuato dalle Commissioni di certificazione, ai fini civili, amministrativi, fiscali e previdenziali (art. 78 comma 1 lett. d). L'atto di certificazione è dunque un atto amministrativo (12) di certazione (13) (l'art. 79 richiama gli effetti giuridici dell'« accertamento » (14) svolto dalla Commissione), produttivo di certezza della qualificazione dei rapporti interpretati nei confronti delle pubbliche autorità destinatarie degli

e L. ZOPPOLI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004, 376; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 110 ss.; L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002* a cura di F. CARINCI e M. MISCIONE, Milano, Ipsoa, 2002, 98; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione, tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, 543.

(12) Il certificato ha le caratteristiche tipiche del provvedimento amministrativo, in particolare la motivazione è un elemento necessario per la validità del certificato (art. 78 comma 2 lett. c d. lg. n. 276 del 2003) e "l'atto certificatorio" può essere impugnato dinanzi al TAR « per violazione del procedimento o per eccesso di potere » (art. 80 comma 5).

(13) Secondo E. GHERA, *Contratto di lavoro (certificazione)*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, V, Torino, Utet, 2009, 741, si tratta di un « provvedimento di certazione e cioè produttivo di certezza legale sul piano dell'ordinamento generale e, in specie, della qualificazione dei rapporti inter privati nei confronti delle autorità pubbliche destinatarie degli effetti dell'atto amministrativo (cosiddetta certezza pubblica o certezza privilegiata) ».

(14) NOGLER, *Il nuovo istituto della « certificazione » dei contratti di lavoro*, cit., 120, parla di « accertamento » nel senso « che la certificata rilevanza giuridica del programma negoziale prescelto dalle parti prescinde dall'apprezzamento svolto dall'organo di certificazione. Almeno formalmente, la rilevanza stessa non è, insomma, stabilita dall'organo ma discende direttamente dalle disposizioni normative che devono essere poste alla base della qualificazione del programma stesso sebbene essa presupponga sempre un giudizio che consiste nel leggere quest'ultimo *sub specie iuris* ». Sul punto, si v. GHERA, *lc. ult. cit.*, che sottolinea come « l'esercizio del potere di certazione-qualificazione avviene sul presupposto non di una semplice ricognizione e cioè della constatazione o acclamazione della sussistenza o meno di un fatto ma della valutazione di una fattispecie contrattuale voluta dalle parti, a sua volta nell'esercizio di un potere (quale è l'autonomia negoziale dei privati: cfr. art. 1322 c.c.) ».

effetti del certificato e di tutti i terzi interessati. Ciò determina una presunzione di conformità del contratto alle norme di legge applicabili, ed infatti il provvedimento di certificazione è vincolante per le parti e per i terzi e controvertibile soltanto da parte del giudice (art. 79 comma 1, e 80), con conseguente inibizione dei poteri tipici di accertamento e sanzione delle autorità ispettive e di vigilanza degli enti nei confronti dei quali il certificato è destinato a produrre gli effetti richiesti.

L'atto di certificazione è frutto della discrezionalità valutativa tecnico-giuridica dell'organo certificatore che qualifica il contratto con provvedimento motivato, dotando tale qualificazione di una forza giuridica rafforzata. In effetti la vincolatività del certificato, o meglio della qualificazione giuridica da esso risultante, costituisce l'effetto tipico della certificazione, coerente con l'ispirazione finalistica della disciplina legale, che è quella di prevenire il contenzioso giudiziario e di accrescere il grado di certezza, di evidenza pubblica e affidamento di tutte le parti interessate, anche a correzione dell'asimmetria informativa tipica del contratto di lavoro, rispetto all'atto di autonomia privata individuale sottoposto al vaglio della Commissione. Vero è che l'operazione qualificatoria compete naturalmente al giudice, ed infatti la qualificazione della Commissione è controvertibile giudizialmente (15) per errore dell'ente di certificazione (16), oltre che per scostamento tra qualificazione ed esecuzione e vizi del consenso, ma fino a quando ciò non avvenga la qualificazione giuridica operata dalla Commissione prevale sulla diversa pretesa qualificatoria delle stesse parti contrattuali e degli enti pubblici e autorità destinatarie dell'atto.

L'attività di certificazione poggia sulla ricognizione della volontà negoziale espressa dalle parti e, sotto questo profilo, l'atto di certificazione assume

(15) La struttura dell'atto di certificazione è analoga a quella di una sentenza, ma non ha chiaramente e non potrebbe avere la forza della cosa giudicata. Per la posizione della sostanziale inutilità della certificazione in ragione della sua controvertibilità giudiziale, nel contesto di una visione fortemente critica dell'istituto, v. SPEZIALE, *Sub art. 75*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276* a cura di P. BELLOCCHI, F. LUNARDON e V. SPEZIALE, Milano, Giuffrè, 2004, IV, 140 ss.; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, 359.

(16) Da questo punto di vista appaiono infondate le preoccupazioni espresse da più parti circa la presunta blindatura del contratto certificato in sede giudiziale. Su questi temi si v. M. NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 2-3, 347, anche per i necessari riferimenti dottrinali.

## Certificazione dei contratti di lavoro

anche un significato probatorio (17) e confermativo di tale volontà, che nel procedimento di certificazione potrà trovare piena e trasparente esternazione. Il comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione costituisce un elemento di giudizio per il giudice ai sensi degli articoli 9, 92 e 96 del codice di procedura civile nel caso di impugnazione del certificato (art. 80 comma 3 d. lg. n. 276 del 2003), inoltre alla volontà espressa dalle parti in tale sede l'ordinamento ricollega una forza vincolante anche nei confronti del giudice. In particolare l'art. 30 comma 2 l. n. 183 del 2010 stabilisce che « nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro [...] salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione ». Sembra corretto ritenere che la portata, invero controversa (18), di tale previsione non sia quella di consentire forme di derogabilità assistita a livello individuale, né di certificare singole clausole avulsamente dalla qualificazione del contratto che le contiene, né quella di sovvertire i criteri di interpretazione del contratto da parte del giudice, quanto quella di conferire forza probatoria in sede giudiziale alla volontà delle parti (vincolando il giudice a valutarla quale criterio necessario di interpretazione e qualificazione del contratto) così come comprovata dagli atti certificatori ed endoprocedimentali prodotti (verbali di audizione, dichiarazioni delle parti) nell'ambito del procedimento di certificazione.

A ben vedere la ricognizione della volontà

(17) Sul valore probatorio rafforzato della certificazione, si v. specialmente GHERA, *Contratto di lavoro (certificazione)*, cit. Per considerazioni critiche volte a sminuire la rilevanza probatoria della certificazione, v. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 210.

(18) Tra gli altri, M.T. CARINCI, *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/2010*, in *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183* a cura di L. NOGLER e M. MARINELLI, Torino, Utet, 2012, 216 ss.; A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 900 ss.; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2004, I, 543 ss.; M. MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 61 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 203 ss.; NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro*, cit., 111 ss.

negoziale non costituisce lo scopo in sé della certificazione, bensì uno dei mezzi attraverso i quali la Commissione addivene al suo convincimento in merito alla certificazione del contratto che concorre alla motivazione del provvedimento emesso. La volontà delle parti, in tale contesto, costituisce un presupposto per la qualificazione della fattispecie in quanto consente di accertare la rispondenza in concreto del singolo contratto voluto e stipulato alla tipologia astratta prevista dal legislatore (cosiddetto "tipo legale").

Che l'esatta qualificazione del contratto sia il principale scopo della certificazione si ricava in modo agevole, benché indiretto, dai possibili motivi di impugnazione di quanto certificato di fronte al giudice del lavoro (art. 80 d. lg. n. 276 del 2003) che riguardano appunto ed esclusivamente l'« erronea qualificazione del contratto », il « vizio del consenso » e la « difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ». Se ne deduce, specularmente, che la certificazione è valida ed efficace in quanto fornisce una qualificazione corretta (non erronea) del contratto, basandosi sul consenso consapevole (non viziato) espresso delle parti e alla condizione che il programma negoziale successivamente si realizzi realmente in conformità a quanto certificato (effettività della qualificazione).

Un ulteriore chiaro riferimento all'« esatta qualificazione dei contratti di lavoro » quale compito proprio della Commissione si rinviene nell'art. 81 d. lg. n. 276 del 2003 dove si menziona l'attività di « consulenza » ed « effettiva assistenza » prestata alle parti in sede di stipulazione del contratto e in fase di sua successiva modifica con riferimento alla « esatta qualificazione dei contratti di lavoro ».

In effetti, l'attività di assistenza e consulenza è coesistente all'attività di certificazione ed è probabilmente uno degli aspetti più rilevanti dell'istituto, benché si tenda a sottovalutarne la portata. La Commissione assiste le parti affinché l'autonomia negoziale privata, come trova espressione nel contratto sottoposto a certificazione, sia compatibile con i limiti che l'ordinamento giuridico impone inderogabilmente (alle parti e alla stessa Commissione), per la tipologia contrattuale prescelta, potendo fornire supporto eventuale nella riformulazione del contratto o nella selezione del

## D

## DATORE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. La nozione di datore di lavoro e le ragioni di una Voce per l'Enciclopedia. — 2. Datore di lavoro persona fisica e persona giuridica privata (imprenditore e non imprenditore) o pubblica. — 3. Il datore di lavoro organizzazione di tendenza. — 4. Rilevanza della dimensione del datore di lavoro. — 5. Il datore di lavoro ai fini della sicurezza. — 6. Il datore di lavoro nel distacco. — 7. Il datore di lavoro nella somministrazione di lavoro. — 8. Dal divieto di interposizione alla definizione di datore di lavoro ricavabile dall'art. 29 d. lg. 10 settembre 2003, n. 276. — 9. Le tesi sulla codatorialità nelle organizzazioni complesse. — 10. Il contratto di lavoro con pluralità di datori di lavoro. — 11. *Segue*: l'accordo di codatorialità e la disciplina del rapporto di lavoro pluridatoriale.

1. *La nozione di datore di lavoro e le ragioni di una Voce per l'Enciclopedia.* — L'espressione "datore di lavoro" — a differenza di quella di "prestatore di lavoro subordinato" — non è definita in termini generali dalle norme vigenti (1). Essa non è presente all'interno del codice civile (2), mentre è ampiamente e diffusamente utilizzata nella legislazione ordinaria.

In specifici ambiti — come, ad esempio, quello delle regole a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (3) — sono reperibili defini-

(1) Per una ricostruzione delle origini storiche di tale espressione, v. L. NOGLER, *Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 639, qui 643, il quale osserva che una delle prime apparizioni di tale espressione è reperibile all'interno dell'edizione del 1900 de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* di Ludovico Barassi, che ne criticava l'impiego preferendovi l'espressione di "creditore del lavoro".

(2) Ricorda ancora NOGLER, *Mono e multi-datorialità*, cit., 644, che il legislatore del codice civile aveva preferito l'impiego del termine "imprenditore", perché maggiormente adatto a rendere la considerazione che la dottrina corporativa aveva del creditore di lavoro come lavoratore a sua volta, mentre l'espressione "datore di lavoro" rimandava allo scambio tra capitale e lavoro.

(3) V. art. 2 lett. b) d. lg. 9 aprile 2008, n. 81, ove viene chiarito che — ai soli fini del decreto — per datore di lavoro si intende il « soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e

zioni che adattano i confini di tale figura in considerazione della materia e degli interessi oggetto della disciplina (4).

Salvo tornare più avanti sulla specifica accezione attribuita all'espressione qui in esame all'interno del d. lg. 9 aprile 2008, n. 81, in via di prima approssimazione, muovendo dalla definizione di prestatore di lavoro subordinato dettata dall'art. 2094 c.c. ed ancorché questa faccia riferimento solo all'imprenditore, si può affermare che il datore di lavoro è una delle due parti del contratto di lavoro subordinato, ossia, più nel dettaglio, quella alle cui dipendenze e sotto la cui direzione si pone il lavoratore subordinato e che assume nei confronti di quest'ultimo, prima tra tutte, l'obbligazione retributiva.

Con questo significato l'espressione "datore di lavoro" è normalmente utilizzata nelle disposizioni di legge, anche recenti (5). In questa accezione,

l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa ».

(4) Si consideri anche quanto previsto dall'art. 2 d. lg. 6 febbraio 2007, n. 25 secondo cui — ai soli fini del decreto — per datore di lavoro si intende « la persona, fisica o giuridica, che esercita un'attività economica organizzata in forma di impresa, anche non a fine di lucro, conformemente alle leggi ed ai contratti collettivi di lavoro ».

(5) A titolo esemplificativo è sufficiente ricordare quanto previsto dall'art. 1 comma 1 lett. a) d. lg. 26 maggio 1997, n. 152, come da ultimo modificato dall'art. 4 d. lg. 27 giugno 2022, n. 104, che espressamente qualifica il datore di lavoro come parte del contratto nel mentre lo obbliga a

## Datore di lavoro

essa va tenuta distinta da quella di “committente”, utilizzata per designare la parte di un contratto di lavoro autonomo (6).

È noto come la scelta del legislatore storico di definire il lavoratore subordinato, anziché dettare la nozione di contratto di lavoro, al contempo ritenendo di non dover definire la figura di datore di lavoro, abbia generato un iniziale dubbio sulla natura giuridica del vincolo di dipendenza da altri nell'attività lavorativa (7). Dubbio collegato anche alla previsione dell'art. 2086 c.c., il quale qualifica l'imprenditore come capo dell'impresa, da cui dipendono gerarchicamente i collaboratori (8). Dubbio, infine, sciolto, per opinione ampiamente consolidata, anche se non unanime, tramite il riconoscimento del fondamento negoziale della relazione datore di lavoro-lavoratore subordinato (9).

Oltre a non essere definita dal legislatore, l'espressione “datore di lavoro” ha peraltro avuto, per lungo tempo, una rilevanza marginale nel dibattito dottrinale e nell'applicazione giurisprudenziale, ciò poiché « il prestatore rappresenta il soggetto tipico e qualificante, caratterizzandosi il rapporto di lavoro per la implicazione della sua persona, legata dal vincolo di dipendenza al servizio della azienda datoriale » (10).

A conferma di ciò è sufficiente riscontrare, per un verso, l'assenza, sino ad oggi, di una Voce sul “datore di lavoro” nell'*Enciclopedia del Diritto*, così come in altre opere analoghe. Per altro verso, nell'ambito delle voci sul “lavoro subordinato” (11),

comunicarne l'identità al lavoratore. Che il datore di lavoro sia la parte del rapporto di lavoro subordinato è confermato dal medesimo d. lg. n. 104, cit. che all'art. 10 distingue le figure del datore di lavoro e del committente (parte del contratto di lavoro autonomo).

(6) Il termine “committente” è utilizzato innanzitutto nell'art. 2222 c.c., secondo il quale si ha un contratto d'opera « quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente ». È utilizzato in questo significato anche con riferimento alla parte del contratto di collaborazione coordinata e continuativa (art. 409 n. 3 c.p.c.) e a quella della collaborazione etero-organizzata (art. 2 d. lg. 15 giugno 2015, n. 81).

(7) Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato (diritto del lavoro)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990.

(8) Per una ricostruzione del dibattito sulla natura contrattuale della relazione di lavoro a partire dalla previsione dell'art. 2086 c.c., v. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2012.

(9) V. ancora SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, per una sintetica ricostruzione degli orientamenti dottrinali.

(10) Così SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 9.

(11) Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*

sul “rapporto di lavoro” (12) o sul “contratto individuale di lavoro” (13), la figura del datore di lavoro è approfondita al solo scopo di precisare che le regole applicabili al rapporto di lavoro possono mutare in ragione di particolari caratteristiche da questi possedute: persona fisica o giuridica, e in quest'ultimo caso, privata o pubblica; dimensione dell'impresa, valutata tenendo conto del numero dei dipendenti impiegati; natura degli obiettivi perseguiti (ad esempio cooperative, organizzazioni di tendenza); natura familiare dell'impresa esercitata (14); rilevanza o meno per il lavoratore dell'identità del datore di lavoro nei fenomeni di successione nella titolarità del contratto di lavoro (cessione del

(12) Cfr. M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in questa *Enciclopedia*, XXXVIII, 1987, 313 nonché G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro subordinato*, in *Diritto on line*, www.treccani.it, 2015.

(13) Cfr. S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in questa *Enciclopedia*, XXIII, 1973, 369, qui 392 ss.

(14) L'esistenza di un vincolo familiare (ai sensi dell'art. 230-bis comma 3 c.c. è inteso come « familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo ») o la natura familiare dell'impresa esercitata (che l'art. 230-bis c.c. individua in « quella in cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo ») comporta l'applicazione di un regime normativo specifico (dettato dagli art. 230-bis e 230-ter c.c.) ai rapporti di lavoro che si svolgono all'interno della comunità familiare come sopra identificata, storicamente volta ad assicurare una tutela minima e inderogabile in un contesto in cui i vincoli affettivi potrebbero pregiudicare il riconoscimento dell'apporto fornito dal lavoro di ciascuno. Tale regime normativo ha carattere residuale (Cass. 15 giugno 2020, n. 11533; Cass. 22 settembre 2014, n. 19925) ed opera, quindi, salvo che i familiari non abbiano dato luogo ad un rapporto di natura diversa (societaria, di lavoro autonomo o di lavoro subordinato). L'esistenza di legami di natura familiare non è, dunque, incompatibile con la possibilità di stipulare un contratto di lavoro subordinato tra familiari e, quindi, con la configurabilità della figura soggettiva del datore di lavoro, ma è principio pacifico in giurisprudenza quello per cui è onere della parte ricorrente dimostrare che la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato nel periodo in cui l'attività lavorativa era stata formalmente prestata in termini di impresa familiare (Cass. 14 marzo 2018, n. 6158). Prova che deve essere peraltro fornita in maniera rigorosa nel caso in cui la prestazione lavorativa sia resa in un contesto contrassegnato dal regime di convivenza o nell'ambito del *ménage* familiare, allo scopo di vincere le altrimenti prevalente presunzioni di gratuità del rapporto (Cass. 30 settembre 2020, n. 20904; Cass. 29 novembre 2018, n. 30899). Onere della prova che grava sul ricorrente anche nel caso in cui sia assente l'elemento della convivenza tra familiari, nel quale caso non opera “*ipso iure*” una presunzione di esistenza di un rapporto di lavoro subordinato (Cass. 26 novembre 2021, n. 37019). Per approfondimenti sulla disciplina del lavoro nella famiglia e nell'impresa familiare, v. G. RICCI, *Le prestazioni di lavoro nei contratti associativi e nelle società cooperative*, in *Il lavoro privato* a cura di G. AMOROSO, V. DI CERBO e A. MARESCA, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 676, qui 687 ss.

contratto e continuità dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda) (15).

La necessità di riflettere in termini problematici sulla figura del datore di lavoro ha cominciato a manifestarsi in concomitanza con i mutamenti che hanno interessato i processi produttivi a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso (16).

Provando a delinearne le direttrici principali di tali cambiamenti al fine specifico di illustrare, in termini sintetici, gli effetti indotti sulla definizione dei contorni della figura del datore di lavoro, si può affermare che i mutamenti più significativi hanno riguardato sia l'oggetto dell'attività produttiva, sia le modalità di organizzazione delle imprese (17).

Sotto il primo versante, l'economia dei paesi occidentali, e del nostro Paese in particolare, si è mossa sulla strada della terziarizzazione, con un ruolo crescente svolto dai servizi. Ciò ha indotto una forte crescita delle attività produttive cosiddette *labour intensive*, nelle quali l'organizzazione produttiva è in larga parte realizzata tramite l'impiego di un gruppo di lavoratori, con una rilevanza non prevalente e in alcuni casi marginale dell'impiego di capitali materiali.

(15) Per un'analisi dei riflessi sul rapporto di lavoro del trasferimento di azienda o di un suo ramo v. R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*. Art. 2112, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021 e ivi riferimenti agli orientamenti giurisprudenziali e al complesso dibattito dottrinale. Parte della dottrina ha osservato che l'interesse del lavoratore a contestare il trasferimento potrebbe configurarsi nell'ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto alle dipendenze del nuovo datore di lavoro dia luogo all'applicazione di regole meno vantaggiose di quelle applicate alle dipendenze del cedente: cfr. F. SCARPELLI, *Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, VI, Padova, Cedam, 2012, 1421.

(16) Cfr. P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. lav.*, 1999, 203; L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 2004; M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *Giorn. dir. lav.*, 2010, 203. Le trasformazioni subite dalla figura del datore di lavoro hanno costituito oggetto di un ampio dibattito anche all'estero. A titolo esemplificativo, si può ricordare come in Inghilterra si sia discusso sulla possibilità di ricostruire la figura del datore di lavoro in termini funzionalistici, ammettendo la condivisione di tale posizione tra più soggetti: al riguardo v. la ricostruzione di tale dibattito in G. GAUDIO, *Organizzazioni complesse e tutela della persona che lavora. Verso un diritto del lavoro a geometria variabile*, Torino, Giappichelli, 2021, 158 ss.

(17) D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle giornate di studio AIDLASS (Cassino, 18-19 maggio 2017), Milano, Giuffrè, 2017, 17 ss.

La terziarizzazione dell'economia è andata poi di pari passo con la diffusione delle tecnologie informatiche che hanno consentito la creazione di attività produttive nuove, la scomparsa di attività e di mansioni sostituite dalla "macchine" e la "smaterializzazione" dell'organizzazione necessaria a realizzare molte opere o servizi.

La concomitanza di tali complessi ed articolati processi di cambiamento ha inciso sui contenuti e le modalità di organizzazione dell'attività produttiva favorendo la frammentazione dei processi produttivi (18) e la loro riorganizzazione in una logica di filiera (in alcuni casi di dimensione globale) (19) e di collaborazione stabile tra soggetti imprenditoriali differenti (20).

Da un lato, in molti ambiti, le imprese hanno avviato un processo di concentrazione della propria iniziativa sulle attività *core*, esternalizzando le restanti ad imprese terze (21); dall'altro lato, l'impresa integrata verticalmente è stata prevalentemente sostituita da processi produttivi disarticolati tra una pluralità di imprenditori, legati da rapporti contrattuali o di collegamento societario (22).

Il consolidarsi di tali cambiamenti ha posto in evidenza come l'attività imprenditoriale e le scelte assunte dall'imprenditore possano subire condizionamenti più o meno significativi derivanti dai rapporti intercorrenti con altre imprese. Analogamente, è emerso come la singola impresa possa trarre un vantaggio indiretto dalla prestazione resa da dipendenti delle imprese terze alle quali il committente abbia affidato la realizzazione di un'opera o di un servizio di cui lo stesso necessita all'interno del proprio processo produttivo. E ancora, è stato messo in rilievo come la stessa attività imprenditoriale sia, in molti casi, il risultato della

(18) Cfr. R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 49.

(19) Cfr. al riguardo, per tutti, V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Torino, Giappichelli, 2020.

(20) Cfr. V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav.*, 2010, n. 1, 1.

(21) Cfr., per tutti, sulla nozione di esternalizzazione e sui suoi effetti sui rapporti di lavoro *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* a cura di R. DE LUCA TAMAJO, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002; *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di M. AIMO e D. IZZI, Torino, Utet, 2014.

(22) Cfr. G. DE SIMONE, *I gruppi di imprese*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e F. CARINCI, cit., 1509; SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, cit.; I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 2014.

## Datore di lavoro

collaborazione tra imprenditori distinti e autonomi (23).

Le trasformazioni appena richiamate hanno quindi sollecitato la dottrina giuslavoristica a riflettere sulla possibilità di estendere le responsabilità e le obbligazioni proprie del datore di lavoro a soggetti estranei al contratto di lavoro, aggiornando, quindi, la nozione di datore di lavoro o valutando la possibilità di ammettere che il medesimo rapporto di lavoro possa essere contestualmente imputato anche a due o più datori di lavoro (24).

Per riflettere sulla nozione di datore di lavoro, nel tentativo di darne una definizione, è dunque necessario chiedersi se il datore di lavoro sia solo il soggetto con il quale il lavoratore abbia sottoscritto il contratto di lavoro (e dal quale, come vedremo, sia stato concretamente diretto), ovvero se sia possibile includere all'interno di tale nozione soggetti estranei alla relazione formale o, ancora, se sia possibile ammettere un rapporto di lavoro con pluralità di datori di lavoro.

L'unitarietà della figura del datore di lavoro (25), e, quindi, la possibilità di ritenere che la stessa debba necessariamente coincidere con la parte del contratto di lavoro subordinato, è stata però sollecitata e posta in crisi non solo dalle trasformazioni che hanno interessato l'economia e i processi produttivi, ma anche dall'evoluzione normativa, tanto dell'ordinamento nazionale quanto di quello euro-unitario.

Ciò è avvenuto per effetto della introduzione di istituti che hanno di fatto reso possibile una scissione della figura datoriale, consentendo l'esercizio di alcuni poteri datoriali da parte di soggetti diversi dal datore di lavoro con il quale il lavoratore abbia formalmente stipulato il contratto di lavoro.

Il riferimento è agli istituti del distacco e della

somministrazione di lavoro, i quali rendono possibile, per periodi più o meno lunghi e a determinate condizioni, l'esecuzione della prestazione lavorativa alle dipendenze e sotto la direzione di un soggetto diverso (rispettivamente, il distaccatario e l'utilizzatore) dal datore di lavoro formale (rispettivamente, il distaccante e l'agenzia di somministrazione o agenzia per il lavoro).

Da ultimo, il quadro è stato ulteriormente complicato dall'introduzione in via legislativa della possibilità di assumere lavoratori in regime di codatorialità da parte degli imprenditori che abbiano sottoscritto un contratto di rete (26).

**2. Datore di lavoro persona fisica e persona giuridica privata (imprenditore e non imprenditore) o pubblica.** — Come anticipato, l'espressione "datore di lavoro" designa il soggetto alle cui dipendenze e sotto la cui direzione il lavoratore presta la propria attività intellettuale o manuale. In questa accezione, il datore di lavoro può essere una persona fisica oppure una persona giuridica, senza che ciò incida sulla disciplina del rapporto di lavoro.

Nel caso in cui il datore di lavoro sia una persona giuridica, l'ordinamento prevede una disciplina in parte differenziata a seconda che la persona giuridica abbia natura privata o pubblica. Ed invero, se pure l'art. 2 comma 2 d. lg. 30 marzo 2001, n. 165 afferma che « i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni [...] del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa », lo stesso decreto prevede numerose disposizioni di carattere speciale che ne differenziano il regime normativo. Tra queste, a titolo esemplificativo, si possono ricordare le regole in materia di selezione del personale, in ossequio al principio costituzionale che impone l'assunzione a seguito di concorso, o quelle in materia di mansioni o di esercizio del potere disciplinare (v. DATORE DI LAVORO PUBBLICO).

Nel caso della persona giuridica privata, la disciplina del rapporto di lavoro è la medesima, sia che il datore di lavoro assuma la veste di imprenditore, sia nel caso in cui ne sia privo. In questo secondo caso, l'ordinamento prevede un trattamento parzialmente differenziato nel caso in cui il datore non imprenditore svolga senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto (v. § 3).

(23) Cfr. C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. Sia inoltre consentito rinviare ad ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, cit.

(24) BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro*, cit.; T. TREU, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Merc. conc.*, 2012, 8.

(25) L'enunciazione del principio della unicità del datore di lavoro come principio generale dell'ordinamento viene normalmente riferita a Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1011, con nota di M.T. CARINCI, nella quale si legge che « la struttura del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.) è bilaterale e non può essere scissa in parti che in altri rapporti ».

## F

## FONTI DI REGOLAZIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il contratto di lavoro nel vuoto delle origini. — 3. La costruzione extra-legislativa del diritto del lavoro nel periodo liberale. — 4. Dalla legge sul contratto di impiego privato al codice civile: il sistema delle fonti nel periodo corporativo. — 5. La rilevanza costituzionale del (contratto di) lavoro. — 6. Le fonti di diritto internazionale. — 7. Le fonti di diritto dell'Unione europea. — 8. La legislazione ordinaria. — 9. Il contratto collettivo di diritto comune. — 10. Usi e regolamenti aziendali. — 11. L'autonomia individuale.

1. *Premessa.* — Come è scritto in un noto manuale, « la storia del diritto del lavoro si identifica con quella delle sue fonti » (1). L'affermazione può essere riportata su un piano più generale, volto a ricostruire l'intera storia del diritto « come *storia delle fonti* o meglio come *storia della lotta tra le fonti del diritto* » (2).

Appare evidente come solo un approccio storico-evolutivo al nostro tema possa aiutare a « governare l'eccesso di complessità » (3) dovuto ai notevoli aspetti di originalità del diritto del lavoro, nel quale la questione delle fonti « tende a coincidere con quella della identità della materia, che cerca un proprio spazio vitale fra diritto privato e diritto pubblico, fra legge e autonomia, fra Stato e corpi sociali » (4).

Sin dalle origini, infatti, si assiste alla contaminazione tra molteplici fattori di produzione di regole giuridiche, non sempre considerabili come fonti in senso tecnico. A ciò si aggiunge un inces-

sante (spesso frenetico) susseguirsi di interventi regolativi, riconducibili ad una pluralità di modelli segnati da visioni ideologiche a volte confliggenti tra loro: un fenomeno che Gino Giugni racchiuse nella nota formula della « formazione alluvionale » (5) delle discipline lavoristiche, le quali « non si sono mai rinnovate integralmente, nei diversi passaggi storici, ma piuttosto sovrapposte e stratificate » (6), fino ad assumere un aspetto disorganico e ipertrofico, non certo utile a dispensare razionalità.

Se si intende tenere adeguatamente in conto tali peculiarità, qualunque discorso sull'intreccio delle fonti regolanti il contratto/rapporto di lavoro, finora assente tra le voci delle grandi enciclopedie giuridiche, non può esaurirsi nella mera osservazione — per così dire — “statica” dell'attuale struttura del sistema.

Nella logica del presente contributo, la “storicità” del discorso esprime solo un punto di vista, un profilo utile alla comprensione del tema, senza alcuna pretesa di completezza e di analiticità, né tantomeno di sovrapposizione all'organica Voce CONTRATTO DI LAVORO (STORIA), presente in questo volume.

Per di più, l'orizzonte temporale di riferimento è segnato dalla considerazione unanimemente condivisa (ma — giova ricordarlo — frutto di una mera convenzione, anzi di « una semplificazione scolastica ») (7), che assume il diritto del (contratto di) lavoro come una creatura giuridica della modernità industriale e — quindi — come « uno dei tanti “diritti del lavoro” che si sono succeduti

(1) E. GHERA, A. GARILLI e D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2023, 2.

(2) E. PARESCHE, *Fonti del diritto* a) *Filosofia del diritto*, in questa *Enciclopedia*, XVII, 1968, 895, nt. 15.

(3) P. TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in *Le fonti del diritto del lavoro* a cura di M. PERSIANI, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. I, Padova, Cedam, 2010, 456.

(4) O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 220.

(5) G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Giorn. dir. lav.*, 1982, 383.

(6) L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1988, 16.

(7) U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (storia del)*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, IV, 1989, 478.

## Fonti di regolazione del contratto di lavoro

nei secoli » (8), distinguibile perché caratterizzato — per la prima volta — dalla centralità del contraente-lavoratore in quanto persona, ormai affrancato dai preesistenti vincoli di *status*.

Un simile approccio corrobora la scelta di escludere dal presente contributo qualunque riferimento al lavoro prestato alle dipendenze della pubblica amministrazione. Quella del contratto di lavoro pubblico è, indubbiamente, “un'altra storia”, in cui la produzione delle regole continua a manifestarsi attraverso un assetto delle fonti, dotato — anche all'esito della contrattualizzazione del rapporto — di specificità troppo rilevanti per essere affrontate ai margini di una trattazione dedicata al contratto di lavoro in generale.

2. *Il contratto di lavoro nel vuoto delle origini.* — «L'autore si è spesse volte domandato per quale motivo e legislazione e dottrina sembrano gareggiare di laconismo su questo dimenticato contratto della locazione *operarum*. Come è potuto succedere che si sia tanto scarseggiato di disposti legislativi e di interpretazioni dottrinali intorno ad un contratto frequente appunto e quotidiano come frequenti e quotidiani sono i bisogni ond'esso trae nascimento?» (9).

Con queste parole risalenti al 1876, Marco Vita Levi evidenziava lo scarto tra la (allora già rilevante) diffusione pratica del contratto di lavoro e la sua considerazione da parte del nostro legislatore.

Infatti, sancire che «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa» (art. 1628 c.c.) serviva unicamente a ratificare il superamento della perpetuità coatta del lavoro, senza interferire sulle condizioni dello scambio negoziale.

Solo un frammento del variegato mondo del lavoro trovò posto nella codificazione ottocentesca e, precisamente, nel codice di commercio. Si trattava della gente di mare imbarcata sulle navi a vapore in qualità di equipaggio attraverso il contratto di arruolamento, a cui gli articoli da 521 a 546 di tale codice accordavano tutele «inimmaginabili» per il lavoro in fabbrica, dovute ad «un consolidato meccanismo consuetudinario» sviluppatosi nell'ambito del lavoro marittimo (10).

(8) L. GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Torino, Giappichelli, 2020, 4.

(9) M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1876, XX-XXI.

(10) P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, 72. Ad esempio, al marinaio

A protezione del ben più ampio fronte della forza-lavoro coinvolto nel processo di industrializzazione, si manifestarono, invece, quei provvedimenti che presero il nome di legislazione sociale e si rivolsero al lavoro operaio, ormai non più riducibile alla tradizionale dimensione artigianale, familiare, domestica e rurale.

In verità, ogni sforzo di individuare quale sia stato l'ambito di applicazione della prima disciplina in materia di lavoro non porta ad una risposta univoca: «almeno per un lungo periodo iniziale, la legislazione sociale appare assai poco preoccupata di delimitare il proprio campo di azione in relazione a precise qualifiche giuridico-formali dei soggetti o dei rapporti che tali soggetti collocavano nell'attività produttiva» (11).

Benché si trattasse di «leggi grezze, fumose, coperte di scorie», mal digerite da una scienza giuridica ancora «imperturbabilmente borghese» (12), esse contribuirono a sgretolare il mito illuministico della onnivalenza del codice civile, al quale la borghesia fondiaria, artefice del Risorgimento politico, aveva consegnato «la fede laica e moderna nella libertà del singolo» (13).

Assieme alla loro collocazione extra-codificistica, le leggi sociali portavano un “marchio” che le accomunava. Era la cogenza delle loro norme, «figura scomoda in un contesto teorico, come quello di inizio secolo, ancorato al dogma dell'autonomia contrattuale» (14), e in un ordinamento giuridico che, pur menzionando l'illiceità della causa per contrarietà alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico (art. 1122 c.c. previgente), non conosceva ancora una norma dedicata più genericamente al contratto posto in violazione di norme imperative (come l'attuale art. 1418 c.c.).

Norme come quelle che vietavano il lavoro notturno ai maschi di età inferiore ai 15 anni compiuti (art. 5 l. 19 giugno 1902, n. 242) o imponevano agli imprenditori di riconoscere un

ammalato o ferito durante il viaggio era riconosciuto il diritto al salario e alle cure mediche a spese della nave (art. 537 comma 1 c. comm.). Faceva ingresso pure una sanzione indennitaria *ante litteram* contro il licenziamento «senza giusto motivo» (art. 542 comma 2 c. comm.).

(11) G.G. BALANDI, *Il punto di vista della sicurezza sociale*, in *Lavoro subordinato e dintorni* a cura di M. PEDRAZZOLI, Bologna, Il Mulino, 1989, 161.

(12) F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, Athenaeum, 1913, XII.

(13) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, 7.

(14) R. DE LUCA TAMAJO, L. BARASSI e la norma inderogabile, in *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent'anni dopo* a cura di M. NAPOLI, Milano, Vita e Pensiero, 2003, 547.

periodo di riposo non inferiore a 24 ore consecutive per ogni settimana (art. 1 l. 7 luglio 1907, n. 489), non avevano neppure bisogno di essere accompagnate da un'espressa clausola di inderogabilità. La sanzione penale o amministrativa che solitamente le accompagnava, nonché l'attribuzione (in verità, rimasta inizialmente sulla carta) (15) del compito di garantirne l'osservanza a servizi amministrativi ispettivi, rendevano del tutto visibili le finalità di ordine pubblico perseguite dal legislatore.

Per quanto timida e frammentaria, quella legislazione cominciava ad inoculare nell'ordinamento i germi del « conflitto tra il principio di libertà (astratta) ed eguaglianza (formale), proprio della tradizione privatistica e quello di autorità (in nome di un interesse generale, altrettanto astratto e formale), della tradizione pubblicistica » (16).

L'elemento perturbatore, che rendeva evanescente quella linea di confine, era rappresentato dalla natura inderogabile di provvedimenti legislativi, dettati sì da ragioni di ordine pubblico, ma — al contempo — gravidi di riflessi all'interno della dinamica contrattuale fra privati. Insomma, se nel liberalismo classico il regno del comando eteronomo è rappresentato dal diritto pubblico, in contrapposizione all'area del mercato, consegnata alla capacità (auto)normativa dei privati, il gioco si spargia quando l'ordinamento pretende, in nome di interessi super-individuali, di regolare la sfera dei rapporti inter-privati, al fine di conseguire un dato assetto del mercato: entrava in crisi, così, la visione di « una società civile separata distintamente dallo Stato e chiusa intorno alla dimensione "privata" dell'economia » (17).

Sul piano della cultura giuridica, la mediazione che si cercò di raggiungere fu quella di espungere ciò che il diritto privato non poteva in sé contenere (se non al prezzo di rinunciare alla sua preclusa immutabilità) e di ricacciarlo nell'orbita del diritto pubblico, il quale cresceva a spese del primo, perché investito del compito di innovare l'ordinamento. La migliore traduzione normativa di quella operazione di politica del diritto fu rappresentata dall'intervento in tema di infortuni sul lavoro (l. 17 marzo 1898, n. 80), una questione che si presentò in termini dirompenti e ignoti alla

quiete della società agraria. Si trattò di un episodio significativo nella gestazione del nascente diritto del lavoro, perché tirò in ballo l'intera costruzione teorica della responsabilità civile fondata sulla colpa (18), in quel momento aggredita dall'idea che l'imprenditore potesse essere chiamato a rispondere dell'infortunio sulla base del semplice rischio professionale: uno spauracchio esorcizzato dal legislatore, attraverso una pacificazione di stampo pubblicistico, in grado di attutire « la conflittualità sottesa al diritto privato » (19) e, soprattutto di confermare la liceità dell'agire industriale.

Anche quando la legislazione inderogabile penetrò la relazione negoziale tra imprenditore e lavoratore (si pensi alle prime limitazioni in tema di orario di lavoro), attendendo alla sovranità dell'autonomia individuale, lasciata libera di apporre solo trattamenti migliorativi per il lavoratore, la cultura giuridica seppe confinare le leggi sociali nell'angusto concetto di *ius singulare*, in modo da utilizzarle come « strumento di sostegno della immodificabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico » (20). Come è noto, nel nostro Paese, il principale artefice di questa costruzione fu Lodovico Barassi; nell'affermare che « le leggi sociali hanno per caratteristica di non toccare menomamente l'essenza degli istituti giuridici », egli cominciava l'opera di sistemazione della nostra materia, costruendola sulla separazione tra il « lato sociale del contratto di lavoro », di cui ammetteva la necessità di regole *ad hoc*, ed « il lato proprio solo dello stretto diritto privato », per il quale respingeva « ogni ingerenza coattiva dello Stato » (21). Tale orientamento contribuì e supplì alla mancata realizzazione di un intervento legislativo complessivo « per organare nel *Diritto contrattuale il contratto di lavoro* » (viceversa, auspicato dal cosiddetto socialismo della cattedra) (22), lasciando che le leggi sociali si disponessero —

(18) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 25-26.

(19) L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1987, 15.

(20) G. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 1988, n. 17, 164.

(21) L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in *Fil.*, 1899, n. 5, III e XI.

(22) Un fronte variegato, ma accomunato dalla propensione verso « una nuova codificazione privato-sociale tutta calibrata sulla considerazione degli interessi e delle esigenze derivanti dalla situazione di debolezza economica delle classi proletarie » (L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994, 222). La citazione nel testo è di G. VADALA PAPALE, *Il contratto di lavoro*, Napoli, Stabilimento tipografico Cav. A. Tocco, 1897, 6.

(15) Istituito con l. 22 dicembre 1912, n. 1361, il corpo di ispettori dell'industria e del lavoro rimase pressoché inerte fino al secondo dopoguerra.

(16) M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, Cacucci, 1999, 456.

(17) A. SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, Laterza, 1984, 65.

## Fonti di regolazione del contratto di lavoro

rispetto al codice civile — come « pianeti attorno al Sole » (23).

3. *La costruzione extra-legislativa del diritto del lavoro nel periodo liberale.* — All'ombra dei tanti silenzi del legislatore vi era una ampia "zona franca", che fu luogo di incontro fra le tradizioni del lavoro premoderno e i nuovi bisogni generati dalla civiltà industriale.

Certamente, all'epoca non si poteva neanche ipotizzare un sistema delle fonti di regolazione del contratto/rapporto di lavoro. Piuttosto, all'insegna della ibridazione tra fatto e diritto, si cominciava ad intravedere un groviglio inestricabile (che nominiamo qui in maniera necessariamente generica) di consuetudini e usi, prassi aziendali, regolamenti di fabbrica, ecc., progressivamente accompagnati (o sostituiti) dalla negoziazione delle condizioni di lavoro con le organizzazioni dei lavoratori nei primi concordati di tariffa, poi divenuti contratti collettivi di lavoro.

Un inconsapevole manifesto della radice extra-legislativa del diritto del lavoro affiora in un passo della *Raccolta di tutti gli usi di piazza riconosciuti dalle Camere di Commercio ed arti d'Italia*, in cui si legge che « gli usi e le consuetudini per tutte le forme di locazione di opere e di contratti di lavoro, non sono consacrati in nessun codice o regolamento, ma sono applicati e messi in pratica da tutte le aziende per tradizione avuta » (24).

Le pulsioni provenienti dalla realtà dei traffici finirono per influenzare la giurisprudenza, la quale si ritrovò a popolare — come fonte materiale di regole — il deserto di una materia a quel tempo senza nome né volto.

In particolare, nella costruzione delle regole del contratto di lavoro a segnare una tappa importante fu l'istituzione dei probiviri industriali (l. 5 giugno 1893, n. 295). Inizialmente concepiti (25) come strumento di conciliazione delle liti (e, quindi, di pacificazione sociale), questi giudici-pionieri si mossero come veri e propri « elaboratori-sollecitatori di nuove frontiere del diritto civile » (26).

Una volta fallito il tentativo di componimento

conciliativo, l'art. 38 della legge istitutiva chiamava le giurie probivirali a tener conto delle « consuetudini locali ». Fu quello il pertugio attraverso il quale « una serie di decisioni conformi » (27) fece spazio alle prime regole sul contratto di lavoro, suppendo al « comune diritto sostantivo, che è muto, o insufficiente rispetto al contratto di lavoro industriale, o contiene principi affatto contrarii all'interesse dei lavoratori » (28).

Anche l'istituzione dei probiviri (come, in genere, i provvedimenti di legislazione sociale: *supra*, § 2) si prestò ad essere letta attraverso il binomio innovazione/continuità.

Sul primo versante, si volle credere che i probiviri fossero investiti del compito di forgiare le regole del contratto di lavoro, di scrivere il diritto originato dai "fatti nuovi" dell'età industriale: quel « futuro ordinamento sociale », che « sbalza dal suo trono il vecchio Diritto romano » (29).

Di contro, i fautori della continuità riconobbero ai probiviri una funzione, non di sovvertimento, ma di integrazione del diritto scritto, attraverso uno spiraglio che lo stesso codice del 1865 aveva lasciato aperto, mentre sbarrava la porta agli « usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca » (art. 48 comma 1 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del c.c. 1865). Era l'art. 1124, il quale prevedeva che i contratti obbligassero « non solo a quanto è nei medesimi espressi, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano ».

Il richiamo ad un principio codicistico, con il quale magnificare la capacità di adattamento del diritto vigente, serviva a confermare l'insossidabile sagesza del sistema giuridico paleo-liberale, a sua volta considerato figlio dell'imperituro diritto delle pandette. In questa prospettiva può leggersi l'esaltazione della funzione di integrazione del diritto contrattuale svolta dalla magistratura probivirale, definita come organo dell'equità; di un'equità — si badi — la cui « forza creatrice » doveva muoversi « sempre nei limiti del sistema legislativo, senza mai forzarlo » (30).

voro: il contratto collettivo e i probiviri, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1201.

(27) P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Cedam, 1930, 43.

(28) C. LESSONA, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, 229.

(23) V. POLACCO, *La funzione dell'odierna legislazione civile*, Camerino, Tipografia Savini, 1885, 24.

(24) G. TRESPOLI, *Gli usi mercantili. Raccolta di tutti gli usi di piazza riconosciuti dalle Camere di Commercio ed arti d'Italia*, Milano, Hoepli, 1907 (Camera di Commercio di Sassari, 508, n. 1).

(25) Già nei lavori della Commissione per la riforma del diritto

## I

## IMMIGRAZIONE E CONTRATTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa. — Sez. I. *L'accesso al lavoro dello straniero e la formazione del contratto di lavoro*: 2. La programmazione dei flussi migratori in ingresso per motivi di lavoro. — 3. La procedura di assunzione del lavoratore subordinato straniero. — 4. I principali aspetti critici della procedura di assunzione. — 5. Cenni sul lavoro stagionale. — Sez. II. *Le peculiarità e le anomalie del contratto di soggiorno per lavoro subordinato*: 6. Il contratto di soggiorno per lavoro subordinato: inquadramento e natura giuridica. — 7. Le parti del contratto. — 8. La forma e il contenuto del contratto. — 9. Nullità e annullabilità del contratto.

1. *Premessa*. — La disciplina del rapporto di lavoro con un prestatore straniero — vale a dire con un lavoratore cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea o apolide — non presenta, almeno in linea teorica, distintivi profili di specialità.

In particolare, anche nei confronti di costui trova applicazione, nello svolgimento del rapporto, il principio di non discriminazione in relazione agli altri lavoratori, italiani ed europei, e ciò anzitutto in virtù dell'art. 10 comma 2 cost., per cui « la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali » (1). La Costituzione introduce, quindi, una riserva di legge rinforzata e relativa nella definizione del contenuto di tale condizione giuridica — che, peraltro, nell'ordinamento italiano risulta particolarmente frammentata tanto in relazione al tipo di permesso posseduto e/o allo *status* personale, quanto con riferimento all'articolazione territoriale delle competenze (2) — prescrivendo al legislatore il rispetto

delle norme e dei trattati internazionali (3). Tale riserva incontra evidentemente un limite nel dovere di non discriminare lo straniero nella titolarità e nella fruizione dei diritti sociali connessi al lavoro (4). Nello stesso senso si esprimono pure l'art. 8 comma 2 della Convenzione OIL sui lavoro

CORTESE, *La difficile « classificazione » dei migranti*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea* a cura di M. SAVINO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 144; V. FEDERICO e P. PANNIA, *Migrants' legal statutes in contemporary Italy. First attempts of conceptualization*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 17 ss.

(3) BIONDI DAL MONTE e ROSSI, *op. cit.*, 24-25; sul tema cfr. pure P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Dir. cost.*, 2020, 13 ss.

(4) Il legislatore italiano si è conformato all'obbligo di regolare con legge la condizione giuridica dello straniero principalmente attraverso il d. lg. 25 luglio 1998, n. 286, cosiddetto "testo unico sull'immigrazione": M. McBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci, 2017, 90. Tale disciplina è stata ulteriormente specificata per mezzo del regolamento di attuazione (d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), cui espressamente rinvia l'art. 1 comma 6 t.u. immigr. Per quel che attiene ai contenuti, si tratta di un provvedimento che rappresenta, anche sul piano formale, il passaggio da una logica d'interventi di tipo emergenziale (A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato. Tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991) — come quelli che si sono succeduti a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, quando l'Italia da terra di emigrazione ha iniziato a divenire terra d'immigrazione (M. COLUCCI, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia*, Roma, Carocci, 2018, 29; ID., *Immigrazione e lavoro in Italia: uno sguardo storico*, in *Migranti e lavoro* a cura di W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA e M. RANIERI, Bologna, Il Mulino, 2020, 11 ss.) — alla prima disciplina organica e complessiva volta a regolare non più solo, come la normativa previgente, alcune sfaccettature del fenomeno migratorio, bensì l'insieme degli aspetti concernenti l'ingresso, il trattamento (ivi compresa la disciplina del lavoro) e l'allontanamento dello straniero (AA.VV., *Il lavoro degli immigrati* a cura di G. DONDI, Milano, Ipsoa, 2003; ID., *Lavoro e immigrazione* a cura di A. TURSI, Torino, Giappichelli, 2005; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013, 116 ss.).

(1) P. COSTA, *Costituzione italiana: articolo 10*, Roma, Carocci, 2018.

(2) F. BIONDI DAL MONTE e E. ROSSI, *Diritto e immigrazioni. Percorsi di diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2022, 169-170; sui diversi stati soggettivi del migrante cfr. F.

## Immigrazione e contratto di lavoro

tori migranti n. 143 del 24 giugno 1975 (ratificata dall'Italia) e l'art. 15 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ne consegue che, dal momento in cui lo straniero è ammesso sul territorio nazionale e autorizzato a lavorare in Italia, operano la tutela del lavoro « in tutte le sue forme e applicazioni » (art. 35 comma 1 cost.), come pure le altre garanzie — costituzionali, in specie gli art. 35-40, e legislative — disposte in favore del lavoratore in quanto tale (fatte salve le differenze sostanziali che portano ad attribuire rilievo alla condizione di straniero), indipendentemente dalla sua nazionalità, in ossequio al principio di parità di trattamento in materia di lavoro rispetto ai lavoratori nazionali; secondo tale principio, al lavoratore in possesso di permesso di soggiorno deve essere riconosciuta una condizione di piena uguaglianza e parità di trattamento rispetto ai lavoratori italiani ed europei (5). Il principio è ribadito anche dall'art. 2 comma 3 del testo unico sull'immigrazione (d. lg. 25 luglio 1998, n. 286, t.u. immigr.), che alla condizione di lavoratore straniero dedica un'attenzione particolare (6).

L'eccezione più rilevante rispetto all'affermazione di cui sopra, per cui la disciplina del rapporto di lavoro con un lavoratore straniero non presenta particolari aspetti di specialità, è rappresentata dall'accesso di quest'ultimo al mercato del lavoro nazionale, in relazione al quale esso può vedersi applicato un regime differente, sempre nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, e in conformità a quanto previsto dalle norme e dai trattati internazionali. L'accesso al lavoro dello straniero è sempre stato, ed è tutt'ora, oggetto di una specifica regolazione. È, difatti, pacificamente riconosciuta dalla dottrina internazionalistica la libertà degli Stati di decidere in materia di ingresso e soggiorno dello straniero sul proprio territorio (7), e in particolare la facoltà di subordinarne l'ingresso, anche per ragioni di lavoro, a determinate autorizzazioni (ferma restando, principalmente, la normativa internazio-

nale ed europea di diritto umanitario) (8). L'art. 79 comma 5 TFUE, fra l'altro, riserva agli Stati membri la competenza di determinare il volume di ingressi dei cittadini di Paesi terzi per motivi di lavoro.

Ne deriva la possibilità di trattare in maniera differente lo straniero con riferimento all'accesso al lavoro — diversamente da quel che accade, ad esempio, per i cittadini dei Paesi membri dell'Unione europea (9) —, dal momento che, come affermato dalla Corte costituzionale, è indubbio che nel campo dell'assunzione esistano fra il cittadino e lo straniero differenze sostanziali, fermo restando che, come si ricordava, sotto il profilo delle condizioni lavorative, una volta che il lavoratore straniero è entrato regolarmente nel territorio dello Stato, non è ammissibile alcuna differenziazione tra cittadini e stranieri (10).

Contrariamente a quel che è previsto per gli autoctoni, per gli stranieri non è dunque possibile configurare un vero e proprio diritto al lavoro (11). L'art. 4 cost., difatti, ponendo espressamente il cittadino in una condizione privilegiata rispetto allo straniero, costituisce la base giuridica delle restrizioni all'ingresso in Italia di lavoratori stranieri previste a tutela del mercato del lavoro

(8) Così anche C. cost. 23 luglio 1974, n. 244; ma v. anche C. cost. 24 febbraio 1994, n. 62.

(9) La questione della libera circolazione dei lavoratori cittadini dell'Unione europea non sarà affrontata in questa sede; sul tema, per tutti, v. S.P. EMILIANI e S. GIUBBONI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea* a cura di R. COSIO, F. CURCURIUTO, V. DI CERBO e G. MAMMONE, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2023, 137 ss.

(10) C. cost. 30 dicembre 1998, n. 454. Sulla discussione in merito all'opportunità di utilizzare il termine « diritto » in relazione all'art. 4 cost. cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2011, 492. Sulla distinzione fra diritto al lavoro e diritto del lavoro dello straniero cfr. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato*, cit., 220 ss. In relazione all'accesso degli stranieri al pubblico impiego, questione che non sarà affrontata in questa sede, cfr. W. CHIAROMONTE, *L'accesso degli stranieri al pubblico impiego*, in *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi* a cura di A. BOSCATI, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021, 281 ss. Sui rapporti fra Corte costituzionale e fenomeno migratorio cfr. M. SAVINO, *La Corte costituzionale e l'immigrazione: quale paradigma?*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale* (Atti del Convegno scientifico, Roma, 19-20 maggio 2016), Milano, Giuffrè, 2017, 165 ss.

(11) B. VENEZIANI, *Il "popolo" degli immigrati ed il diritto al lavoro: una partitura incompiuta*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, Cacucci, 2007, 385, secondo il quale il diritto del lavoro « sembra arrestarsi alle soglie della cittadinanza e non si configura come diritto fondamentale che accompagna la persona indipendentemente dal luogo ove essa mette a disposizione la sua professionalità e il suo mestiere ».

(5) Così anche C. cost. 26 maggio 2006, n. 206.

(6) Il principio di parità di trattamento si affianca al riconoscimento dei diritti in materia civile e della partecipazione alla vita pubblica, riservati allo straniero regolarmente soggiornante (art. 2 commi 2 e 4), mentre si specifica che i diritti fondamentali della persona umana, previsti dalla normativa nazionale o sovranazionale, devono essere riconosciuti allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio italiano, e quindi a prescindere dalla regolarità del suo soggiorno (art. 2 comma 1).

(7) Per tutti cfr. B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, Giuffrè, 1984, 237.

degli autoctoni e del regolare funzionamento del mercato del lavoro nazionale, sempre che le barriere poste dal legislatore siano proporzionate allo scopo di contrastare l'irregolarità e di consentire condizioni dignitose di vita e di lavoro agli stranieri (12). Si ritiene quindi che sia legittimo, ad esempio, come confermato dalla Corte costituzionale, subordinare l'accesso al lavoro dello straniero alla previa verifica dell'indisponibilità di manodopera nazionale (13) o, come previsto dalla normativa vigente, dell'indisponibilità di un lavoratore già presente sul territorio nazionale a occupare il posto di lavoro per il quale è stata avanzata una richiesta di assunzione (art. 22 comma 2 t.u. immigr.; su questo aspetto si tornerà *infra*, § 4).

È chiaro, quindi, che le norme che disciplinano l'accesso al lavoro e la regolarità del soggiorno — e che in particolare, come si vedrà, viciolano la presenza regolare dello straniero in Italia prevalentemente all'esercizio di un'attività lavorativa, e quindi prima ancora alla stipulazione di un valido contratto di lavoro — rappresentano uno snodo cruciale in termini di riconoscimento della parità di trattamento fra lavoratori stranieri e lavoratori autoctoni.

In questa sede non si presterà tanto attenzione alla disciplina del rapporto di lavoro instaurato con uno straniero (14), bensì — allo scopo di porre in luce le principali connessioni fra il fenomeno migratorio e il contratto di lavoro (15) — ci

si soffermerà anzitutto sulla fase di formazione del contratto.

A tal fine, nella Sez. I si metteranno in luce le molteplici difficoltà che l'attuale assetto normativo frappone alla stipulazione del contratto di lavoro con uno straniero: il sistema della programmazione dei flussi migratori in ingresso, da un lato; e la — lunga e complicata — procedura di assunzione del lavoratore ancora residente all'estero, dall'altro. Quest'ultima prevede la necessaria intermediazione dello Stato, non operando in tale ambito il principio dell'assunzione diretta del lavoratore, secondo cui il contratto individuale di lavoro subordinato può essere liberamente stipulato fra le parti senza dover passare per il Centro per l'impiego o un'agenzia per il lavoro (16), e si conclude con la stipulazione del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, condizione necessaria per la successiva concessione allo straniero del permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Nella Sez. II si esamineranno, invece, le peculiarità e le criticità del contratto di soggiorno per lavoro subordinato, con particolare riferimento alle parti, alla forma, al contenuto e alle ipotesi di nullità e annullabilità dello stesso.

#### Sez. I. – L'ACCESSO AL LAVORO DELLO STRANIERO E LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO.

**2. La programmazione dei flussi migratori in ingresso per motivi di lavoro.** — All'interno della categoria dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea si possono individuare differenti *status* dipendenti dalle ragioni che fondano la scelta di migrare. Per quel che più interessa in questa sede, rileva in particolare la distinzione fra migrazioni economiche, vale a dire migrazioni volontarie, spinte principalmente dalla ricerca di un'occupazione o dallo svolgimento di un'attività lavorativa, disciplinate in maniera prevalente a livello nazionale, e migrazioni forzate, che invece non sono volontarie e sono motivate da persecuzioni — politiche o di altra natura — che fondano

*grant Labour and the Reshaping of Employment Law* a cura di B. RYAN e R. ZAHN, Oxford, Hart, 2023.

(16) Come è noto, la l. 28 novembre 1966, n. 608 ha abolito il meccanismo della richiesta preventiva (sia numerica, sia nominativa) a quelli che allora si chiamavano uffici di collocamento, introducendo la regola dell'assunzione diretta del lavoratore, oggetto di una mera comunicazione agli uffici competenti; tale regola, tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, continua a non trovare applicazione in relazione all'assunzione di lavoratori stranieri ancora residenti all'estero, la quale presenta significative divergenze rispetto al sistema ordinario di collocamento della manodopera nazionale.

(12) M. McBRITTON, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 551.

(13) C. cost. 16 luglio 1970, n. 144; C. cost. 21 giugno 1979, n. 54.

(14) Su tali aspetti v. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, cit., 183 ss.; L. CALAFÀ, *Lavoro subordinato*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri* a cura di C. PANZERA e A. RAUTI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 380 ss.; F. MARTELLONI, *L'accesso al mercato del lavoro dello straniero*, in *I migranti sui sentieri del diritto* a cura di F. CURI, M. MARTELLONI, A. SBRECCIA e E. VALENTINI, Torino, Giappichelli, 2021, spec. 84 ss. Più in generale, cfr. D. GOTTARDI, *Lavoratori stranieri*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2002; L. CALAFÀ, *Lavoro degli stranieri*, in questa *Enciclopedia*, Annali, VIII, 2015, 595 ss. Con particolare riferimento alla tutela della salute e della sicurezza cfr. M. PERUZZI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori migranti*, in *Migranti e lavoro*, cit., 135 ss.; AA.VV., *Lavoro insicuro. Salute, sicurezza e tutele sociali dei lavoratori immigrati in agricoltura* a cura di L. CALAFÀ, S. IAVICOLI e B. PERSECHINO, Bologna, Il Mulino, 2020. In relazione alla tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro v. M. MILITELLO, *La tutela contro le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in *Migranti e lavoro*, cit., 151 ss.

(15) Sulle intersezioni fra il diritto dell'immigrazione e il diritto del lavoro cfr., per tutti, *Migrants at Work. Immigration & Vulnerability in Labour Law* a cura di C. COSTELLO e M. FREEDLAND, Oxford, Oxford University Press, 2014; *Mi-*

## Immigrazione e contratto di lavoro

la richiesta di protezione internazionale, e che sono invece principalmente interessate da una regolazione di carattere internazionale ed europeo (17).

Tale dicotomia classificatoria si riscontra nell'ambito dei *migration studies* e, prima ancora, nell'assetto regolativo, ivi compreso quello italiano. Pur non essendo questa la sede per affrontare compiutamente la questione, vale la pena chiarire preliminarmente che tale distinzione è spesso assai difficoltosa da verificare nella pratica (18) e che, come è stato correttamente messo in luce, oggi essa riguarda non più le diverse manifestazioni del fenomeno migratorio, bensì unicamente il modo in cui esso è regolamentato (19). È chiaro che ipotizzare il possibile superamento di tale distinzione, anzitutto da un punto di vista giuridico, comporterebbe non pochi aspetti problematici, e non solo perché su di essa poggia l'intero assetto normativo. Non si può, tuttavia, non ribadire quanto sia complesso a livello empirico individuare «dove passa oggi la linea di demarcazione fra il fenomeno delle migrazioni economiche e il fenomeno delle migrazioni forzate», e ciò a causa di una «sempre più evidente antinomia fra le caratteristiche che il fenomeno sta assumendo e la rigidità delle regolamentazioni giuridiche» (20). Non sempre, infatti, le ragioni per le quali si decide di migrare sono chiaramente inquadrabili nell'una o nell'altra categoria: si pensi, ad esempio, alle migrazioni indotte dai cambiamenti climatici o ambientali (21).

(17) La *International Organization for Migration* definisce la *labour migration* come «*movement of persons from one State to another, or within their own country of residence, for the purpose of employment*», e la *forced migration* come «*a migratory movement which, although the drivers can be diverse, involves force, compulsion, or coercion*»: IOM, *Glossary on Migration*, Geneva, IOM, 2019, rispettivamente 123 e 77.

(18) D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, 122; cfr. pure G. CATALDI, *La distinzione tra rifugiato e migrante economico: una dicotomia da superare?*, in *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* a cura di G. NESI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 585 e, nello stesso senso, S. ALLIEVI, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Roma-Bari, Laterza, 2018, 46; W. CHIAROMONTE e M.D. FERRARA, *L'integrazione dei migranti attraverso il lavoro, fra luci e ombre. Riflessioni su regolarizzazione e ruolo del sindacato*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2022, spec. 316 ss.

(19) M. D'ONGHIA, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro. Spunti per una discussione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 465.

(20) MCBRITTON, *Migrazioni e diritto internazionale*, in *Dir. Eur.*

Peraltro, la moltiplicazione, sul versante giuridico, delle fattispecie di tutela rappresenta un ostacolo all'integrazione dei migranti nei mercati del lavoro (22).

Premessi tali dubbi definitivi, specie in relazione all'attualità e all'utilità della bipartizione di cui sopra, in questo contributo si prenderanno in considerazione esclusivamente le migrazioni economiche, che senza dubbio rappresentano una delle declinazioni di maggior rilievo del fenomeno migratorio (23). Prima di approfondire le questioni connesse al contratto di lavoro stipulato con uno straniero è, difatti, necessario muovere dall'assetto normativo nazionale che regola l'accesso al lavoro del migrante (24), il quale — per poter giungere alla stipulazione di un regolare contratto di lavoro — è tenuto a ottenere da un lato un visto d'ingresso e un titolo che ne legittimi il soggiorno per motivi di lavoro nel territorio dello Stato, e dall'altro un'autorizzazione che gli consenta di prestarvi un'attività lavorativa. Come si vedrà, la gestione delle migrazioni economiche in Italia è tutt'ora affidata a un inadeguato strumentario concepito alla fine degli anni Novanta, assimilabile a una di quelle che l'economista Paul Krugman definirebbe «*zombie policy*», dal momento che esso continua a resistere anche se sarebbe dovuto soccombere da tempo di fronte all'evidenza di fatti che ne minano le premesse fondamentali (25).

Schematicamente, le politiche migratorie na-

internazionale e inclusione lavorativa: la prospettiva nazionale, in *Lav. dir.*, 2022, 53 ss.

(22) *Migrants, Refugees and Asylum Seekers' Integration in European Labour Markets. A Comparative Approach on Legal Barriers and Enablers* a cura di V. FEDERICO e S. BAGLIONI, Cham, Springer, 2021.

(23) Sull'accesso al lavoro di richiedenti e titolari di protezione internazionale si rinvia a F. MARTELLONI, *L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale*, in *Migranti e lavoro*, cit., 111 ss.

(24) Sarà inevitabile fare riferimento, in questa Voce, sia pure in modo sommario, anche al diritto dell'Unione europea, che ha influenzato in maniera significativa la vigente disciplina in materia di lavoro degli stranieri: si pensi soprattutto, in relazione al lavoro subordinato, alla direttiva n. 2009/52/CE, sulla sanzionabilità anche penale del lavoro irregolare dei soli lavoratori stranieri, recepita dal d. lg. 16 luglio 2012, n. 109; alla direttiva n. 2011/98/UE, che lega il permesso di soggiorno e il diritto alla parità di trattamento nel rapporto di lavoro, recepita dal d. lg. 4 marzo 2014, n. 40; alla direttiva n. 2014/36/UE, in materia di lavoro temporaneo, recepita dal d. lg. 29 ottobre 2016, n. 203. Cfr. CALAFÀ, *Lavoro subordinato*, cit., 380. Sulle politiche europee in materia di migrazioni per motivi di lavoro v., di recente,

... i criteri della migrazione per lavoro nel Legal

## L

## LAVORATORE

SOMMARIO: 1. Introduzione: i profili soggettivi del contratto di lavoro. Il lavoratore. — 2. La disciplina della soggettività giuridica nel codice civile: la capacità giuridica intesa come qualità generale contrapposta agli *status*. — 3. La disciplina dei profili della soggettività giuridica: la capacità d'agire e la capacità di lavoro nella originaria formulazione del codice. — 4. Capacità giuridica, capacità d'agire e legittimazione al contratto di lavoro. — 5. I presupposti per l'ammissione al lavoro: il superamento del concetto di "capacità" di lavoro. — 6. I limiti d'età minima e massima in materia di lavoro e il diritto antidiscriminatorio. — 7. Dalla capacità naturale all'inclusione delle persone disabili nella società e nel lavoro. — 8. L'accesso al lavoro degli stranieri. — 9. Diritto al lavoro e *status civitatis*.

1. *Introduzione: i profili soggettivi del contratto di lavoro. Il lavoratore.* — Nell'articolo 2094 del codice civile, rubricato « Prestatore di lavoro subordinato », non vi sono indicazioni circa i requisiti soggettivi che un individuo dovrebbe necessariamente possedere per stipulare validamente un contratto di lavoro. L'articolo 2094 sembra inteso a definire la figura del lavoratore, in quanto parte, mentre in realtà riguarda la causa (1) di quel contratto, cioè la funzione e la ragione del contratto di lavoro subordinato (2). L'articolo 2094,

(1) Sulla causa del contratto si rinvia a M. GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, VI, 1960, 547. L'autore assegna alla causa un ruolo autonomo e diverso rispetto a quello di determinare il « tipo negoziale », ragione per cui nel caso in cui una prestazione illecita venga effettuata, per ottenere in cambio retribuzione, ritiene si tratti di contratto a causa illecita (p. 573, nt. 126). A sostegno dell'interpretazione l'autore cita un caso realmente accaduto: quello di una prestazione effettuata al fine di iniziare o continuare un'illegitima relazione carnale (Cass. 28 aprile 1944, n. 301).

(2) Secondo P. LAMBERTUCCI, *Conclusione del contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, IV. *Contratto di lavoro e organizzazione* a cura di M. MARTONE, t. I. *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2012, 147, ss., la prova inconfutabile dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro si troverebbe nella lettera dell'art. 35 comma 1 d. lg. 30 marzo 2001, n. 165, in materia di lavoro nelle pubbliche amministrazioni

in buona sostanza, nulla dice delle caratteristiche soggettive che le parti devono avere per stipulare un accordo valido. Che sia necessaria una qualche forma di soggettività giuridica perché un individuo stipuli un contratto di lavoro produttivo di effetti si deduce comunque e con certezza dalla riconducibilità di quest'ultimo alla fattispecie generale di cui all'art. 1321 c.c. (3), dall'art. 1325, che menziona le parti, e dall'art. 1326 c.c., che descrive il processo di formazione della volontà comune. L'attività dovuta dal lavoratore ha però sempre anche carattere personale e comporta quindi il coinvolgimento psico-fisico di quest'ultimo. Le situazioni in cui un lavoratore può eseguire la prestazione con l'aiuto di altri sono infatti marginali. Comunque, anche in quel caso, la legge non consente la sostituzione di una persona a un'altra (4) nella titolarità del contratto ma con-

nonché nella previsione di diverse tipologie di lavoro subordinato, in particolare a seguito del d. lg. 10 settembre 2003, n. 276.

(3) O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2008, 304.

(4) La fattispecie è quella del lavoro a domicilio regolata dalla l. 18 dicembre 1973, n. 877, che all'art. 1 definisce lavoratore a domicilio « chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue, nel proprio domicilio o in locale di cui abbia la disponibilità, anche con l'aiuto di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito [...] ». Sul lavoro a domicilio, L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2000; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di Diritto civile e Commerciale* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da PIERO SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2000, 329, con riferimenti giurisprudenziali sull'importanza, ai fini della qualificazione della fattispecie, dell'attività personale del lavoratore, rispetto agli altri fattori della produzione, e dell'apporto personale dei familiari. La fattispecie del lavoro ripartito tra due persone, regolata dall'art. 41 comma 1 d. lg. n. 276 del 2003, è stata abrogata dall'art. 55 comma 1 lett. d d. lg. n. 81 del 2015. Anche in quel caso, peraltro, la prestazione di lavoro era di carattere personale.

## Lavoratore

sente una collaborazione tra individui sul presupposto che, in contesti di convivenza tra familiari, episodi di collaborazione siano inevitabili e il datore di lavoro non possa facilmente limitarli. Peraltro, la presenza attiva di familiari che supportano il lavoratore a domicilio non toglie che anch'essi debbano svolgere l'attività personalmente, in ciò trovando ulteriore conferma il fatto che una delle caratteristiche essenziali della prestazione di lavoro dipendente è il suo carattere personale (5).

In relazione al fatto per cui la prestazione del dipendente è personale, circostanze in particolare riferibili alla sfera psico-fisica dell'individuo possono incidere sull'effettiva possibilità del contratto di realizzare in concreto la causa (6). Può risultare complesso inquadrare sul piano giuridico tali situazioni che risultano dall'intreccio di caratteristiche soggettive con elementi oggettivi strettamente connessi alla prestazione lavorativa, ragione per cui, in tali casi, non è chiaro se si debba discutere di profili soggettivi, cioè di capacità del lavoratore, oppure dell'oggetto, impossibile, della attività dovuta dal lavoratore. Gli esempi ai quali fare riferimento non mancano: il contratto d'autista stipulato da chi non sappia effettivamente guidare il mezzo o sia privo delle qualità psico-fisiche necessarie benché munito di patente per la conduzione del veicolo; il contratto di apprendistato stipulato da chi non abbia ancora raggiunto l'età minima per essere ammesso al lavoro, anche se ha adempiuto l'obbligo scolastico, oppure la stipulazione dello stesso contratto da parte di chi abbia superato un certo limite d'età. Ulteriori circostanze possono limitare l'accesso di un individuo a un certo lavoro. In questi casi si tratta di limiti che non riguardano le caratteristiche psico-fisiche della persona e che derivano invece da disposi-

zioni normative che precludono a categorie di soggetti di accedere ad alcune attività o ad alcuni mercati del lavoro.

Situazioni impeditive, quali la perdita della licenza per svolgere l'attività di guardia particolare giurata prevista dagli art. 133 e 134 del r.d. 16 giugno 1931, n. 773, possono peraltro sopravvenire nel corso del rapporto di lavoro e rendere inutilizzabile la prestazione pattuita e condurre all'estinzione del rapporto. In tali casi, però, l'applicazione delle regole sul licenziamento, che stabiliscono il punto d'equilibrio tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e la libertà di iniziativa economica privata, consente, tramite il fondamentale contributo interpretativo della giurisprudenza, di stabilire entro quali limiti il datore può legittimamente recedere da un contratto che perde l'originaria ragione d'essere ma che, come dimostra la dottrina del *repêchage* (7) sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, può comunque soddisfare gli interessi delle parti. Nel caso d'assenza di presupposti o di condizioni soggettive necessarie per la stipulazione del contratto, invece, non entra in gioco il limite al potere di recesso del datore di lavoro che rappresenta uno strumento di tutela per il lavoratore. Ciò non toglie però che diritti fondamentali della persona siano comunque a rischio anche nella fase prodromica alla stipulazione del contratto, cioè nella fase di selezione che debba avvenire sulla base o meno di regole per la scelta del lavoratore. In particolare, è in gioco il diritto al lavoro, sancito dall'articolo 4 della Costituzione, un diritto che disposizioni limitative dell'accesso ad alcune attività in ragione dell'assenza di condizioni soggettive in capo al potenziale contraente possono violare, qualora la limitazione non sia giuridicamente ragionevole (8). Le disposizioni limitative dell'accesso al lavoro possono d'altro canto violare libertà di matrice eurocomunitaria, quali la libera circolazione nello spazio europeo, libertà che, per essere effettiva, presuppone il riconoscimento delle qualifiche professionali e dei titoli di studio.

In generale, per indicare l'esistenza di limiti

(5) Il carattere necessariamente personale della prestazione di lavoro comporta la « rilevanza della persona del lavoratore nel contratto di lavoro » e condiziona lo schema causale del contratto conferendogli rigidità, limitando la facoltà delle parti di articolare in modo diverso la composizione degli interessi individuali tratteggiata da norme indelebili. Così S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in questa *Enciclopedia*, XXIII, 1973, 369. Le parole tra virgolette sono alla nota 100, nella quale viene citata la dottrina che ha sviluppato tale principio fondante del diritto del lavoro; principio oggi indiscusso, meno scontato quando Philipp Lotmar, nel 1902, lo introduceva nella letteratura specialistica.

(6) Sulla progressiva personalizzazione del contratto di lavoro, che deriva dalla rimozione, sul piano concettuale, dell'attività materiale o intellettuale, cioè dell'oggetto, dal centro dello scambio, così da paradossalmente ampliare la responsabilità del prestatore di lavoro, si rinvia alle riflessioni di V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di lavoro fra merce e persona*, in *Lav. dir.*, 2021, n. 1, 53.

(7) Da ultimo, Cass., sez. lav., 14 dicembre 2022, n. 36657. Sul *repêchage*, di recente, C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le « riforme » della Corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 95, e M.T. CARINCI, *L'obbligo di « ripescaggio » nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 203.

(8) Un caso relativo all'accesso alla professione di guardia giurata in modalità di lavoro autonomo è quello giudicato da TAR Roma, Lazio, sez. I, 20 aprile 2022, n. 4697.

che precludono a un soggetto di stipulare un contratto di lavoro, viene applicata una terminologia che ad essi si riferisce indicandoli come presupposti o condizioni (9) soggettivi. Queste espressioni non forniscono però una cornice giuridica univoca entro la quale collocare le norme che limitano l'accesso di un individuo al contratto di lavoro e, in definitiva, non spiegano le conseguenze dell'assenza di quei requisiti a meno che non sia la legge a regolare anche la fattispecie degli effetti. Il vuoto, che riguarda tale dimensione, deve essere pertanto colmato dall'interprete che ha la necessità di individuare il più ragionevole inquadramento per le situazioni oggetto d'applicazione.

Il ragionamento diretto a chiarire i profili soggettivi del contratto di lavoro non ha rilevanza puramente teorica: è infatti diverso interpretare un contratto come nullo o invece inefficace in ragione del mancato verificarsi delle condizioni soggettive previste dalla legge. La nullità non può essere sanata (10) e, se la tutela apprestata dall'art. 2126 c.c. consente di parificare per il periodo in cui il lavoro è stato eseguito la situazione del lavoratore che ha stipulato un contratto nullo a quella di chi ne ha stipulato uno valido, la specifica disposizione del codice non assicura la continuità del rapporto per il periodo successivo al momento in cui la nullità viene accertata. Un contratto di lavoro inefficace, perché stipulato da parte di un soggetto che non ha le caratteristiche soggettive previste dalla norma di legge, non comporta invece necessariamente la perdita del posto di lavoro se i presupposti per l'acquisto dell'efficacia del contratto vengono a maturare prima dell'accertamento del vizio.

Questa Voce è dedicata alla trattazione dei presupposti soggettivi del contratto di lavoro, attraverso un'analisi che, sul piano del metodo, procede dalla discussione sviluppatasi in seno agli studi di teoria generale del diritto, gli esiti della quale vengono applicati ai fini dell'interpretazione di alcune situazioni frequenti nella realtà del lavoro, senza la pretesa di fornire al lettore il commento di tutte le norme che subordinano a particolari presupposti o condizioni soggettivi l'accesso a un particolare contratto di lavoro.

## 2. La disciplina della soggettività giuridica nel codice civile: la capacità giuridica intesa come qualità generale contrapposta agli status. — L'art. 2094

(9) "Condizione" non nel significato tecnico di cui all'art. 1353 c.c.

(10) Sulla nullità, v. R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in questa *Enciclopedia*, XXVIII, 1978.

c.c. si colloca all'interno del Libro V del codice dedicato al lavoro nell'impresa, cioè nel cuore della disciplina dei rapporti giuridici ad essa funzionali. Nell'interpretazione dinamica data all'impresa, il codice in quella sede privilegia la dimensione del rapporto rispetto a quella del contratto (11). Il contratto, esplorato dalla prospettiva del rapporto, ha infatti soprattutto la funzione di attivare la collaborazione tra le parti, una collaborazione che si estende nel tempo, ragione per cui sono le vicende del rapporto ad assurgere a materia centrale nell'ottica adottata dai redattori del codice.

La metafora del "rapporto fondamentale" (12), sul quale si innestano le posizioni giuridiche soggettive attive e passive dei contraenti, che funge da sostegno al ripetuto scambio tra prestazione e controprestazione, rappresenta in modo icastico il carattere strumentale del vincolo principale che il contratto di lavoro crea tra le parti: un vincolo nel quale la volontà comune delle parti non trova definitiva soddisfazione, dato che il rapporto fondamentale giustifica una serie di vincoli giuridici alcuni dei quali ancora in fase embrionale.

In tale modo interpretato, il contratto, oltre ovviamente ad avviare la collaborazione tra le parti, traccia il necessario confine tra la volontaria assunzione dell'impegno a svolgere un'attività alle dipendenze di altri e la situazione, respinta dalla coscienza civile e dal diritto, della schiavitù, situazione in cui il lavoratore è oggetto di diritti e non titolare di posizioni giuridiche soggettive.

L'assenza di norme sui profili soggettivi del contratto nella sede in cui il codice colloca la disciplina del rapporto di lavoro non esclude che nel sistema vi siano disposizioni che riguardano l'attitudine di un individuo a essere titolare di un contratto di lavoro.

Tali presupposti sono regolati nel Libro I del codice, nel quale sono definite le capacità dell'individuo che danno corpo alla soggettività giuridica, la qualità senza la quale, cioè, non c'è vita nell'universo astratto del diritto.

Sebbene lo studio forse più autorevole di teoria generale in materia di soggettività giuridica (13) evidenzia che il tema è vittima di commistioni

(11) Un'ampia trattazione delle ragioni storiche e culturali che spiegano la struttura del codice civile nella parte in cui privilegia la dimensione del rapporto rispetto al contratto di lavoro si trova in M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in questa *Enciclopedia*, XXXVIII, 1987, 313, 316.

(12) G. SUPPIEI, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, Cedam, 1982, 67.

(13) A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in questa *Enciclopedia*, VI, 1960, 8, del quale deve essere menzionato

## Lavoratore

terminologiche che conducono a interpretazioni sostanzialmente eterogenee sulle categorie utili a spiegare i diversi profili della soggettività, la scelta del codice civile, all'interno dei primi articoli del Libro I, si articola su due dimensioni, quella della capacità giuridica e quella della capacità d'agire, alle quali originariamente si sommava la capacità "di lavoro", speciale declinazione delle due modalità precedenti perché applicate al contratto di lavoro. Per discutere del lavoratore come parte del contratto di lavoro è pertanto necessario partire dai tradizionali concetti di capacità, giuridica e d'agire, individuati nei primi articoli del codice.

Il primo e fondamentale requisito perché un individuo possa essere considerato soggetto di diritto è la titolarità di "capacità giuridica" strettamente legata all'acquisto della "personalità giuridica" (art. 1 c.c.) (14), circostanza che viene sintetizzata nel brocardo *hominum causa omne ius constitutum est*.

Giova ricordare che nel passato, e fino a non molto tempo fa, la capacità giuridica trovava limitazioni anche molto estese legate alla titolarità di *status* (15) connessi a condizioni genetiche dell'individuo (il genere, la "razza") o a situazioni esterne all'individuo (la cittadinanza, l'appartenenza a un ordine sociale) circostanze che comportavano la non applicazione di interi ambiti normativi ai non titolari di *status*. Il concetto di capacità giuridica generale è invece il derivato storico del superamento della divisione della società in categorie di individui appartenenti a *status* differenziati (16) e di conseguenza dotati di attitudini giuridiche di diversa ampiezza, suddivisi proprio in relazione alla possibilità di godere di diritti in misura diversa sul piano quantitativo ma anche qualitativamente differenti (17). Come uno studio sottolinea, una

anche: ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, Giuffrè, 1939.

(14) « Non è concepibile un sistema di norme di condotta che non si richiami a un soggetto come a un suo punto necessario di riferimento [...]. Consistendo ogni condotta regolata dalla norma in un determinato tipo di attività e dovendo ogni attività essere compiuta da un agente — ossia da un soggetto umano — è chiaramente contraddittorio, per la necessità almeno empirica e pratica del rapporto agente, parlare di norme e sistemi normativi non collegati ad un soggetto ». Così FALZEA, *Capacità*, cit., 10.

(15) Sul confronto tra diritti innati e diritti derivati dallo stato e sul concetto di *status* in epoca moderna, v. G. D'AMELIO, *Capacità e « status » delle persone*, in *Il diritto privato nella società moderna* a cura di S. RODOTÀ, Bologna, Il Mulino, 1971, 133.

(16) A. ABBONDANDOLO, G. ABBONDANDOLO,

volta cadute queste limitazioni, negli ordinamenti improntati al principio di eguaglianza « il soggetto fisico è considerato, in astratto, punto di collegamento di tutte le norme del sistema: nessun campo di diritti e obblighi gli è precluso in anticipo per la mancanza di qualità costanti o di *status* » (18). Come si è scritto, l'articolo 1 del codice deve essere interpretato come una « regola che comporta il riconoscimento reciproco tra i soggetti dell'ordinamento » (19).

Da questa lettura del concetto di capacità giuridica, fondata sul principio di eguaglianza, che individua in essa il fondamentale strumento che consente alla personalità umana di esprimersi, deriva un corollario significativo per valutare la titolarità in capo a un soggetto della capacità in materia di lavoro. Per un verso, infatti, la capacità giuridica sopporta limiti che devono essere rigorose eccezioni e, d'altro canto, ha l'attitudine a

Nss. D.I., II, 1968, 873, dopo avere definito la capacità giuridica come « l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici » specifica che secondo l'articolo 1 comma 1 del codice civile la capacità si acquista con la nascita, e afferma che « questa circostanza ha indotto talvolta la dottrina a qualificare la capacità giuridica come un diritto originario o innato che l'ordinamento si limiterebbe a riconoscere ». Rescigno respinge tale interpretazione — che descrive come "giusnaturalista" — sostenuta in particolare da D. BARBERO, *Il sistema istituzionale del diritto privato italiano*<sup>3</sup>, I, Torino, UTET, 1950, 140, affermando che la capacità giuridica è concessione dell'ordinamento. A difesa della propria tesi, Rescigno porta il confronto tra il regime attuale in materia di riconoscimenti dei diritti agli stranieri (art. 10 cost.) e il regime dettato dall'art. 1 comma 3 del codice civile del 1865, secondo il quale: « Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ». La contrapposizione tra le due norme dimostrerebbe, secondo lo studioso, che la capacità giuridica è un attributo di diritto positivo e non una qualità innata. A tale argomento si può contrapporre l'affermazione di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 144, che, citando E. RESTA, *Poteri e diritti*, Torino, Giappichelli, 1996, 91, riporta il dibattito sul piano del diritto positivo per sottolineare che il nascere e rimanere liberi e uguali è all'apertura della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che apre al costituzionalismo americano e alla quale seguono le Carte internazionali sui diritti dell'uomo. Con tale obiezione Rodotà respinge la critica di Rescigno che individua nel generale riconoscimento della capacità giuridica un nuovo giusnaturalismo e la mera « registrazione » di un dato di natura.

(18) FALZEA, *Capacità*, cit., 12, il quale a p. 15, tornando al diverso concetto di *status*, sulla distinzione tra soggettività giuridica e personalità giuridica, avverte: « [...] risponde a un precetto fondamentale che ispira gli odierni ordinamenti dei popoli civili, qualunque sia la concezione alla quale si ispirano, la esclusione di differenziazioni di principio tra i soggetti giuridici e la solenne affermazione della loro egua-

alla legge (art. 3 cost.) ».

(19) C. GONZALEZ, *Compendio di diritto privato*, cit.,

## Termine estratto capitolo