

CAPITOLO 1

LE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO

Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. Dalle origini alla modernità del Diritto del lavoro. – 1.1. Primi passi del diritto del lavoro. – 1.2. La stagione corporativa. – 1.3. La Costituzione e la stagione normativa post-costituzionale. – 1.4. Gli ultimi decenni del novecento. – 1.5. Il nuovo contesto ed i cambiamenti della materia. – 1.6. La dimensione internazionale: il diritto del lavoro nelle dinamiche europee e mondiali. – 2. Le fonti del diritto del lavoro privato. – 2.1. La normativa internazionale e comunitaria. – 2.2. Le fonti interne: fonti primarie, fonti secondarie e ruolo della Corte costituzionale. – 2.3. Le fonti contrattuali. – 3. Le fonti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato. – 3.1. L'impiego pubblico ed il sistema delle fonti: il passaggio dal diritto pubblico a quello privato. La rilettura dell'art. 97 Cost. – 3.2. Il modello normativo. Il rapporto tra legge e contratto collettivo e gli spazi della fonte pattizia. – 3.3. Continua: l'efficacia del contratto collettivo ed il ruolo di quello individuale.

1. Dalle origini alla modernità del Diritto del lavoro

1.1. Primi passi del diritto del lavoro

Lo studio della materia non può prescindere da un'indagine avente ad oggetto l'evoluzione che ha interessato, negli anni, il sistema delle fonti di produzione della disciplina regolatrice del lavoro.

La nascita del diritto del lavoro si fa risalire, convenzionalmente, al periodo storico che ha visto lo svolgersi della rivoluzione industriale, quando, con l'avvento del capitalismo, sorge la classe sociale operaia.

Epoca, quella, segnata dalla transizione dal sistema produttivo di tipo artigianale – sistema che era stato delle epoche più antiche, caratterizzato da un'organizzazione semplice che vedeva l'artigiano, affiancato da pochi lavoratori (apprendisti), mettere a frutto le proprie competenze per il mercato ristretto di una corte o di una piccola comunità cittadina – al sistema produttivo capitalista, nel quale una pluralità di operai prestano la propria attività lavorativa al servizio del padrone (imprenditore) ai fini della produzione di serie.

Ma, in principio, manca, invero, una disciplina normativa del lavoro e,

pure, in occasione della compilazione del codice civile del 1865 se ne omette la previsione, sebbene si affidi a due norme della raccolta, gli artt. 1627 e 1628, un primigenio, ed embrionale, fondamento legislativo della materia giuslavorista.

La prima delle norme definisce le “tre principali specie di locazione di opere e d’industria”. La seconda chiarisce che “nessuno può obbligare la propria opera all’altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa”.

Ad ogni modo, l’avvento del processo di industrializzazione, cui s’erano affiancati, oltretutto, gli ulteriori fattori economici, sociali e politici concomitanti della rivoluzione in atto, aveva determinato un radicale cambiamento delle condizioni di lavoro ed esposto gli attori del processo produttivo a nuovi rischi ed incertezze.

Le modalità di espletamento del lavoro della nuova classe operaia si palesano, in effetti, insostenibili.

Ad affliggere i lavoratori è, tra l’altro, la totale mancanza di garanzie assistenziali, cui si aggiunge la corresponsione di salari del tutto insufficienti a garantire la minima sussistenza.

Cosicché, ben presto, si sarebbero generati forti contrasti e, in conseguenza di ciò, sarebbe sorta la c.d. questione sociale.

Al cospetto di una tale emergenza, i lavoratori cominciano ad organizzarsi in leghe di resistenza e inaugurano forme di lotta (i primi esempi di sciopero) nei confronti dei datori di lavoro.

L’obiettivo del neonato sindacalismo operaio si concreta nella volontà di ovviare alla “dittatura contrattuale” dell’imprenditore. Dittatura, questa, che vede il lavoratore “isolato” e costretto a cedere innanzi alle imposizioni del datore di lavoro (Pera).

Ed è, proprio, sulla scia di tali proteste che s’inaugura il primo ed effettivo fondamento legislativo del diritto del lavoro, posto con l’adozione della legislazione sociale, concepita allo scopo di predisporre la regolazione di taluni aspetti specifici delle condizioni di lavoro.

Appartengono al novero della legislazione anzidetta, tra le altre, la legge 11 febbraio 1886, n. 3657 e la legge 19 giugno 1902, n. 242, che dispongono in materia di lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge 17 marzo 1898, n. 80, in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e la legge 7 luglio 1907, n. 489 sul riposo settimanale e festivo.

Ma la legislazione sociale, tanto innovativa quanto settoriale, sarebbe risultata, ben presto, inidonea, non soltanto alla regolazione del rapporto, ma anche a risolvere tutti quei conflitti giuridici sorti tra le parti.

Tant’è che, per farvi fronte, prendono corpo da un lato i concordati di tariffa, primi tentativi di quelli che poi sarebbero diventati i contratti collettivi, che si occupano esclusivamente del trattamento economico minimo da corrispondere ai lavoratori e, dall’altro, viene istituita una speciale magistratura, con la creazione dei collegi dei probiviri.

I concordati di tariffa sono frutto dell’attività dell’incipiente sindacali-

smo operaio che, così, interviene a sostegno del prestatore di lavoro nel rapporto tra le parti, nel quale il datore di lavoro aveva avuto, fino a quel momento, un dominio esclusivo.

I collegi dei probiviri, istituiti con la legge 15 giugno 1893, n. 295, e composti, ciascuno, di un ufficio di conciliazione e di una giuria, alla quale è affidata la risoluzione delle controversie, rappresentano la prima forma di magistratura del lavoro.

Ma i probiviri, mancando un completo corpo normativo regolatore della materia, decidono secondo equità, facendo applicazione dei precetti desumibili dalle prassi in atto.

Decisioni, quelle prese dai collegi, che sarebbero state raccolte, massimate e pubblicate ad opera dell'Ufficio del Lavoro, creato nel 1902, per favorire la promozione sociale e stimolare la soluzione delle questioni inerenti ai contratti di lavoro.

In quegli anni, insomma, il diritto del lavoro, con i primi esempi di autonomia collettiva e con l'attività dei probiviri, mostra, chiaramente, l'intenzione di optare per una "formazione extra-legislativa" della sua disciplina. Scelta che, poi, sarebbe stata abbandonata con il prevalere della giuridificazione e con il valore inderogabile riconosciuto alle norme di legge (Mazzotta).

1.2. La stagione corporativa

Con l'affermarsi dello Stato corporativo si apre la strada ad una nuova stagione del diritto del lavoro, caratterizzata dalla messa in atto di più interventi significativi.

Interventi, che, invero, seguono direzioni differenti, giacché, se da un lato, sul piano sindacale, rappresentano il segnale di un aperto ridimensionamento del ruolo e degli spazi di operatività del sindacato, dall'altro, su quello della legislazione del lavoro, danno luogo ad importanti balzi in avanti verso l'implementazione di una sistemazione della materia che offra ai lavoratori un più elevato livello di tutela.

Anzitutto, sul piano dell'ideologia di sistema, stabilite le garanzie per la proprietà e l'iniziativa privata, si riconoscono le ragioni dell'organizzazione e la necessità della rappresentanza degli interessi contrapposti di operai e datori di lavoro, ma se ne afferma il doveroso temperamento con l'interesse superiore dello Stato (Pera).

Il modello corporativo garantisce, in via formale, la libertà sindacale, ma sottopone la legittimazione giuridica del sindacato, necessaria affinché quest'ultimo possa svolgere la propria opera, ad un penetrante controllo esterno.

La legge 3 aprile 1926, n. 563, infatti, sebbene consentisse, in via di principio, la costituzione di una pluralità di sindacati, legittimava l'Esecutivo a riconoscere la personalità giuridica di diritto pubblico, alle condizioni pre-

viste dallo stesso ordinamento, ad un solo sindacato per ciascuna categoria di riferimento, quest'ultima, pure, determinata dal Governo.

A conseguirne è, quindi, la sostanziale compressione della libertà di costituire associazioni sindacali e l'istituzione di un unico sindacato fascista, per categoria, cui è attribuita la rappresentanza di tutti i lavoratori appartenenti alla stessa.

A tale tipo di sindacato, in ragione di quanto appena ricostruito, è conferito il potere di stipulare contratti con efficacia per l'intera categoria produttiva di riferimento e che assurgono a fonte di diritto positivo per la disciplina del lavoro.

Tant'è che nell'elenco delle fonti che sarebbe stato affidato, con la codificazione del 1942, all'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. preleggi), emanate con il r.d. 16 marzo 1942, n. 262, sarebbero state inserite le norme corporative, nelle quali si annoverano, anche, i contratti collettivi corporativi.

Vengono istituite, pure, la magistratura del lavoro presso le Corti d'appello, e le corporazioni, organi costituiti al fine di provvedere alla regolamentazione, sotto la guida ed il controllo dello Stato, dell'attività economica nei vari settori di mercato.

Diverso, invece, il segno che contraddistingue gli interventi sul piano della legislazione del lavoro, con i quali s'è determinato un consistente avanzamento del livello di tutela offerto al lavoro.

A ben vedere, si assiste, in materia, all'incremento della rilevanza giuridica del lavoro dipendente e, pertanto, ad una sua progressiva regolamentazione ad opera del legislatore.

A riguardo, vanno rammentati, tra gli altri, il r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692 con il quale si regola, per la prima volta, l'orario di lavoro ed il r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito dalla legge 18 marzo 1926, n. 562, recante la disciplina del rapporto di lavoro degli impiegati.

Provvedimento, quest'ultimo, che, regolando molteplici aspetti del lavoro impiegatizio e ponendo il principio dell'inderogabilità delle norme del decreto, rappresenta il prologo della codificazione che sarebbe stata emanata successivamente.

Invero, nel 1942, con la compilazione del codice civile, s'è dato luogo all'incorporazione della materia giuslavorista nel sistema del diritto dei privati, prevedendone l'inclusione nella legislazione codificata, ridimensionando le funzioni della legislazione speciale ad un ruolo meramente integrativo che, com'è stato osservato, dà l'avvio ad un "latente conflitto" tra la disciplina contenuta nelle disposizioni del codice e quella posta con le previsioni speciali (Mazzotta).

Si può concordare, poi, con chi ha sostenuto che, comunque, si sia trattato di un'incorporazione più formale che sostanziale, giacché ha riguardato solo l'aspetto della tecnica legislativa, confermando l'autonomia dei principi fondamentali della materia giuslavorista, su tutti, le istanze di tutela del lavoratore che discendono dalla sua qualificazione, negli equili-

bri interni al rapporto di lavoro, come contraente debole (Ghera, Garilli, Garofalo).

Nell'architettura del codice, la disciplina del lavoro è affidata al Libro quinto, le cui disposizioni conservano, ancora oggi, grande rilevanza. Si pensi, ad esempio, all'art. 2094, recante la definizione di prestatore di lavoro subordinato, da cui si ricava l'essenza dell'obbligazione contrattuale, e la nozione stessa di subordinazione.

Ma l'importanza dell'operazione condotta con la codificazione si ravvisa a livello di sistema. Il codice civile rappresenta, infatti, com'è stato efficacemente osservato, l'unificazione dello statuto giuridico del lavoro subordinato, per aver destinato agli operai le garanzie ed i diritti sino ad allora riconosciuti solamente agli impiegati (Del Punta).

1.3. La Costituzione e la stagione normativa post-costituzionale

Caduto il regime fascista, con l'entrata in vigore, nel 1948, della Costituzione, si pongono le basi per un'ulteriore sviluppo della materia.

Al diritto del lavoro è attribuito un ruolo centrale rispetto alle altre componenti del diritto dei privati, anche grazie alla rilevanza che la stessa Carta costituzionale assegna al lavoro, considerato, dall'art. 1, come base fondante della Repubblica.

A questo proposito, sin da subito è opportuno rilevare la circostanza per cui la Costituzione mostra, chiaramente, di volersi frapporre nei rapporti tra privati e che, in tale ambito, dà rilevanza al rapporto di lavoro, più che ad ogni altro rapporto interpretato, in ragione della condizione peculiare di scarsa protezione che caratterizza il lavoratore.

(...)

Il periodo post-costituzionale è caratterizzato, infatti, da un massiccio intervento del legislatore volto a confermare le garanzie sancite dalla Costituzione ed a rafforzare il passaggio da un'economia agricola ad una industriale di tipo moderno.

Tant'è vero che i primi interventi, che hanno avuto luogo negli anni '50 e '60 del Novecento, sono orientati a garantire protezioni minime per i lavoratori. In tal senso operano la legge 26 agosto 1950, n. 860 sulla tutela delle lavoratrici madri, il d.p.r. 27 aprile 1955, n. 547 sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e la legge 9 gennaio 1963, n. 7 sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio.

Altri provvedimenti mirano, in quegli anni, alla previsione di sistemi per la repressione di forme illecite di impiego.

In questo senso, vale rammentare la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, recante il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina in materia di impiego di mano d'opera negli appalti, con la quale s'è inteso regolamentare i fenomeni di decentramento produttivo e porre rimedio al fatto che le pratiche di utilizzazione indiretta

dei lavoratori fossero finite, nei fatti, per realizzare condizioni di enorme svantaggio per questi ultimi.

Si segnala anche la legge 18 aprile 1962, n. 230 sul rapporto di lavoro a tempo determinato, diretta ad elevare a regola comune il rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a limitare il ricorso all'assunzione a termine, con l'individuazione di ipotesi tassative ricorrendo le quali, soltanto, era consentita l'apposizione di un termine finale alla durata del contratto di lavoro.

Sempre in quegli anni, vede la luce la legge 15 luglio 1966, n. 604, che, almeno per le imprese di certe dimensioni, introduce la regola generale che vincola il recesso da parte del datore di lavoro, condizionandolo alle sole ipotesi della presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, sia imputabile al lavoratore che per ragioni attinenti all'organizzazione dell'azienda, con l'unico *deficit* di una tecnica di protezione in caso di licenziamento illegittimo di natura esclusivamente risarcitoria, che sarà poi, a breve, colmato con la legislazione degli anni '70.

In questo contesto, caratterizzato dall'obiettivo di costruire un apparato minimo di tutela generalizzata del lavoro, si iscrive la legge 14 luglio 1959, n. 741, c.d. legge Vigorelli.

L'intervento normativo riveste una fondamentale importanza sul fronte della tutela retributiva essenziale, conferendo efficacia di legge ai contratti collettivi all'epoca esistenti, che, in ragione della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. (v. *infra*, par. 2.3), non avevano efficacia vincolante per l'intera categoria produttiva di riferimento e rispetto ai quali la materia non si era ancora dotata di strumenti che consentissero, anche indirettamente, una loro generalizzata applicazione di fatto.

La legge anzidetta pone in essere un meccanismo idoneo a produrre, comunque, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. E l'ha fatto delegando il Governo "ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria" (art. 1, legge n. 741/1959), precisando, a proposito, che, nella emanazione delle norme, il Governo avrebbe dovuto uniformarsi a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della legge.

Delega, questa, cui l'Esecutivo dà attuazione recependo in decreti legislativi i contratti collettivi all'epoca vigenti.

Sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, il meccanismo congegnato dalla legge Vigorelli è stato ritenuto, di per sé, illegittimo in quanto non rispettoso di quello previsto dall'art. 39 Cost. per conferire efficacia di "legge" al contratto collettivo. Ciononostante, la Consulta, considerato il carattere transitorio, provvisorio ed eccezionale della legge, ha concluso col dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge n. 741/1959 e, quindi, salvato la prima tornata di decreti legislativi. Ciò non è avvenuto, invece, per la legge n. 1027/1960 che aveva esteso il campo di ap-

plicazione della delega originaria, includendovi anche i contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore della stessa. In questo caso la Consulta ha ritenuto che l'intervento legislativo togliesse alla delega i caratteri di transitorietà ed eccezionalità e finisse col sostituire al sistema costituzionale un altro arbitrariamente costruito dal legislatore.

A tanto la Consulta è pervenuta valorizzando la sostanziale finalità della prima legge in quanto rivolta soprattutto a tutelare i precetti costituzionali sulla giusta retribuzione (art. 36) e sulla parità di trattamento valevole per tutti i lavoratori che si trovano in identiche situazioni oggettive (art. 3).

Un vero e proprio salto di qualità nella costruzione del modello giuslavoristico si ha negli anni '70, che si caratterizzano per la presenza di interventi normativi che determinano il distacco del diritto del lavoro dal suo originario alveo di natura civilistica.

A questa fase risale la legge 20 maggio 1970, n. 300 recante lo Statuto dei diritti dei lavoratori, con il quale il legislatore consente ai principi sanciti dalla Costituzione di fare effettivo ingresso all'interno dei luoghi di lavoro, agendo su di un duplice fronte. Da un lato, quello della promozione della diretta presenza del sindacato in azienda e, più in generale, dell'attività sindacale, sia in capo alle organizzazioni che al singolo lavoratore. Dall'altro, quello di un irrobustimento dell'apparato protettivo dei diritti e delle prerogative del prestatore di lavoro, rivolto alla tutela della sua dignità e del suo sostanziale affrancamento dalla sudditanza dal datore di lavoro.

D'altronde, lo Statuto, come avrebbe dimostrato la successiva evoluzione della legislazione, rappresenta un cambiamento epocale per il diritto del lavoro italiano.

Solo per averne una dimensione, si pensi, per un istante, al suo articolo 18, norma che ha costituito, per oltre quarant'anni, il più solido baluardo della disciplina protettiva in caso di licenziamento illegittimo, apprestando un modello di effettiva tutela del posto di lavoro non suscettibile di essere sostituita da *escamotage* di tipo indennitario, salvo che ciò non dipenda dalla volontà del prestatore di lavoro. E, ancora, all'articolo 28 che consente all'organizzazione sindacale di agire per proprio conto nei confronti del datore di lavoro che ponga in essere all'interno della sua azienda un comportamento lesivo dell'esercizio dell'attività sindacale e del diritto di sciopero.

Da ultimo, si rammenta la legge 30 dicembre 1971, n. 1204 recante la tutela delle lavoratrici madri e la legge 11 agosto 1973, n. 533 che ha introdotto una disciplina innovativa per le controversie individuali di lavoro, improntata all'oralità, alla concentrazione ed alla rapidità del processo con l'attribuzione al giudice di incisivi poteri istruttori.

1.4. *Gli ultimi decenni del novecento*

A partire dal 1975, dapprima la crisi petrolifera, poi la disoccupazione ed il processo inflazionistico modificano gli orizzonti del mercato del lavo-

ro e, conseguentemente, le strategie d'intervento legislativo.

Sugli assetti regolativi del lavoro pesano, in quegli anni, pure, i mutamenti dell'organizzazione produttiva, sviluppatasi in ragione delle trasformazioni del contesto economico e, segnatamente, dello sviluppo del settore dei servizi.

In tale situazione, come è stato lucidamente messo in evidenza, il legislatore è stato indotto, contando anche sul responsabile consenso dei sindacati, ad emanare provvedimenti di contenimento dei trattamenti retributivi e di riduzione dei vincoli che si intrecciano nella disciplina del lavoro (Scognamiglio).

Inizia, così, una nuova stagione della materia, che va sotto il nome di "diritto del lavoro dell'emergenza", locuzione con cui si indica un complesso di interventi per mezzo dei quali si è inteso fare fronte alle criticità emerse nella congiuntura in atto.

Provvedimenti che, invero, hanno più piani d'intervento, a partire da quello della retribuzione e dei meccanismi di adeguamento automatico della stessa.

S'interviene, a quest'ultimo riguardo, in materia di scala mobile, ritenuta responsabile dell'aumento dei tassi di inflazione, con un graduale rimaneggiamento dell'istituto, diretto al contenimento della operatività del meccanismo di adeguamento automatico delle retribuzioni. Processo, poi, sfociato nell'abolizione dell'istituto stesso, avvenuta nel 1992.

Si annoverano, d'altro canto, gli interventi in materia di ammortizzatori sociali, finalizzati a fare fronte alle conseguenze prodotte sul lavoro dalle importanti operazioni di ristrutturazione aziendali in atto. Tant'è che, com'è stato osservato, talvolta, è accaduto che ci si spingesse fino a "piegare" il ricorso agli ammortizzatori stessi, e, tra questi, segnatamente, alla cassa integrazione guadagni, ad un "uso mirato" alla risoluzione delle difficoltà di gruppi imprenditoriali determinati (Mazzotta).

Su un ulteriore piano, si collocano, poi, quei provvedimenti che, pur mantenendo l'obiettivo della conservazione dell'occupazione e del reddito per i lavoratori, mirano allo sviluppo dei livelli di occupazione, contemplando, tra l'altro, l'allargamento delle maglie della disciplina regolatrice del lavoro flessibile. Provvedimenti, questi, che si caratterizzano per il fatto di inverare una "crescente tendenza" alla deregolamentazione del mercato del lavoro e, dunque, all'espansione dell'autonomia negoziale privata (Ghera, Garilli, Garofalo).

È così che s'introducono nuove forme di contratti flessibili, s'interviene sulla disciplina di quelle già esistenti e si aprono spazi volti all'eliminazione dei vincoli e delle limitazioni posti alla libertà d'impresa.

Si rammentano, a questo riguardo, l'intervento operato sulla disciplina dell'assunzione a tempo determinato dall'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, con il quale si allarga il campo di applicazione dell'istituto, stabilendo che l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro fosse consentita, oltre che nelle ipotesi stabilite dalla legge n. 230/1962 già

rammentata, anche in quelle individuate nei contratti collettivi.

Ma, pure, l'introduzione del contratto di formazione-lavoro e la prima regolamentazione del contratto di lavoro a tempo parziale (entrambe con la legge 19 dicembre 1984, n. 863).

D'altro canto, gli interventi di quegli anni si connotano per la tecnica di produzione legislativa che vuole il coordinamento tra la legislazione e la contrattazione collettiva, giacché le parti sociali prendono parte all'elaborazione dei provvedimenti, secondo il metodo della c.d. concertazione.

L'ultimo decennio del secolo scorso si distingue, oltretutto, per la presa d'atto di due fenomeni intervenuti a modificare, radicalmente, il mercato del lavoro, vale a dire la globalizzazione e lo sviluppo tecnologico.

Si assiste ad un profondo mutamento dei modelli produttivi e, pure, organizzativi d'impresa, che si traduce nella marcata "terziarizzazione dell'economia" e nella corposa riduzione di lavoro dovuta all'automazione crescente (Mazzotta).

S'imponeva, quindi, d'individuare soluzioni adeguate al mutato contesto economico. Soluzioni che, sin da allora, si rintracciano, specialmente, nella via della flessibilizzazione del lavoro, sì da renderlo adattabile alle esigenze mutevoli dell'impresa, ai fini, tra gli altri, del contenimento dei costi ed alla competizione su di un mercato internazionale.

Parallelamente, quale "traduzione" della richiesta di una maggiore flessibilità, sorgono le istanze di liberalizzazione del mercato del lavoro, da intendersi come il "superamento di certe garanzie" o come la concessione alle parti della facoltà di derogare alle stesse (Del Punta).

Un'importante apertura verso le rivendicazioni sorte in quegli anni si ha con la legge 24 giugno 1997, n. 196, c.d. legge Treu.

La legge mira alla promozione dell'occupazione e, a tal fine, sdogana una peculiare modalità di lavoro che consente ad un'impresa (regolarmente autorizzata) la fornitura di manodopera, ponendo uno o più lavoratori, assunti alle sue dipendenze, a disposizione di un'altra impresa che ne avrebbe utilizzato la prestazione lavorativa, al fine del soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo individuate dalla legge stessa (lavoro interinale).

Diviene, così, legittimo che, ricorrendone le condizioni, si possa fruire dell'attività lavorativa di dipendenti altrui, con un balzo in avanti verso l'affermazione dell'opportunità di consentire una modulazione flessibile della compagine lavorativa.

Concludendo, è evidente come si stessero ponendo le basi di quelli che sarebbero stati i successivi svolgimenti della disciplina giuslavorista, dando voce, con gli interventi messi in atto, al bisogno di flessibilità che iniziava a farsi largo.

(...)

1.5. *Il nuovo contesto ed i cambiamenti della materia*

Gli anni più recenti sono contrassegnati da ulteriori importanti novità sul piano dell'assetto costituzionale e della regolamentazione del mercato del lavoro.

Per avere la dimensione della portata dei cambiamenti in atto a quel tempo, basta rammentare, sin da subito, che, tra la fine degli anni '90 ed i primi del nuovo millennio, si realizza la c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego, che fuoriesce, così, dopo oltre cento anni dall'alveo del diritto pubblico.

Si adotta un modello normativo che abbandona le categorie giuridiche pubbliche nella regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e tende alla creazione di un diritto del lavoro comune ai settori pubblico e privato, con l'ingresso del codice civile, delle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, del contratto individuale e collettivo nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico. Ma di tanto si tratterà, diffusamente, nel prosieguo.

In quegli anni, è, pure, la Costituzione ad essere modificata, con la riforma del titolo V, che innova, significativamente, il riparto della competenza in materia legislativa di Stato e Regioni.

Per quel che qui occupa, la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, adottando un sistema di federalismo legislativo, assegna alla competenza esclusiva dello Stato l'ordinamento civile, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e la previdenza sociale.

Alla competenza concorrente tra Stato e Regioni – nel cui quadro, al primo spetta la determinazione dei principi fondamentali ed alle seconde la potestà normativa di dettaglio – è, invece, assegnata la tutela e sicurezza del lavoro, l'istruzione e formazione professionale e la previdenza complementare ed integrativa.

Assetto, quello introdotto dal nuovo dettato costituzionale, che, invero, crea non pochi problemi quanto all'attribuzione della competenza legislativa in materia di lavoro, su cui sarebbe, poi, intervenuta la Corte costituzionale, come si specificherà più avanti.

Su altro fronte, prosegue, in quegli anni, l'intervento normativo nella direzione della flessibilità.

Dapprima con il Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001, diretto, secondo quanto asserito nello stesso, "a rendere partecipi tutti gli attori istituzionali e sociali delle riflessioni che il Governo [aveva] svolto in vista di un confronto finalizzato a ricercare soluzioni confortate dal più ampio consenso".

Prendendo le mosse dagli orientamenti europei, si affermano l'intenzione del Governo di procedere ad un programma d'interventi che mirino alla "promozione di una società attiva", con maggiori possibilità occupazionali e regole più moderne per l'organizzazione dei rapporti e dei mercati del lavoro.

Segnatamente, nella definizione di nuove ipotesi di regolazione, si assumono “congiuntamente i criteri della flessibilità e della sicurezza”, con l’obiettivo di superare “quella sterile contrapposizione tra approcci ideologici” ritenuta responsabile di aver determinato “la paralisi o il fallimento di molte riforme”.

Fanno seguito al documento anzidetto diversi provvedimenti e, tra questi, il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 che, in attuazione della direttiva 1999/70/CE, dispone una nuova regolamentazione dell’istituto del contratto di lavoro a tempo determinato, consentendo l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro “a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” e non più per cause tassativamente individuate dalla legge. In tal modo si dà avvio ad una prima “iniezione” di flessibilità alla disciplina del lavoro, che, però, sarebbe rimasta sulla carta in ragione dell’intervento della giurisprudenza che, sul punto, ha mantenuto sempre una posizione sostanzialmente contraria all’uso non esclusivamente eccezionale di questa tipologia contrattuale.

Così come il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 recante l’attuazione delle deleghe conferite in materia di occupazione e mercato del lavoro dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30. Decreto che ha il merito di aver operato un intervento ad ampio raggio, diretto, parimenti, alla messa in atto di un più elevato livello di flessibilità nella gestione del lavoro.

In questa direzione si collocano anche quelle disposizioni che introducono la nuova disciplina della somministrazione di lavoro (che sostituisce integralmente quella prevista per il lavoro interinale), nelle quali, oltre al superamento dell’impostazione che era stata della legge n. 196/1997, con l’ammissione della somministrazione di lavoro a tempo determinato “a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore”, si accorda il ricorso, in casi tipizzati, ad una forma di somministrazione di lavoro di natura stabile, imperniata sulla costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con le aziende autoizzate alla fornitura di lavoro (c.d. *staff leasing*).

Il decreto delegato interviene, tra l’altro, sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale e dell’apprendistato, prevedendo ulteriori forme di lavoro flessibile, quali il lavoro intermittente, ripartito ed accessorio, ed istituendo il contratto di collaborazione a progetto.

È stato osservato, a riguardo, come il Governo, non avendo avuto la volontà o la forza politica di intaccare (salvo che per alcuni e pur importanti aspetti) il nucleo della disciplina del rapporto di lavoro *standard*, abbia puntato, piuttosto, ad accrescere la flessibilità al margine, facendo leva sulla liberalizzazione dell’accesso a forme contrattuali non *standard* (Del Punta).

Ma la stagione della flessibilizzazione della disciplina del lavoro sarebbe stata, a dire il vero, ancora lunga.

Col nuovo millennio si apre la strada ad una difficile crisi che, interessando molti ambiti del tessuto economico e sociale, finisce, inevitabilmente, per travolgere il lavoro e gli assetti regolativi della materia, imponendo

l'adozione di modelli capaci di concorrere alla risoluzione delle criticità emerse.

A questo riguardo, s'è pensato che la via potesse essere, proprio, quella della flessibilità nella sua accezione più ampia. D'altro canto, importanti sollecitazioni, in tal senso, provenivano dal livello europeo.

Ma l'opzione in favore di un modello regolativo in grado d'inverare le istanze anzidette, in realtà, non era priva di obiezioni, giacché s'intrecciava con tutta una serie di considerazioni, a partire dall'implicazione della sfera personale del lavoratore, sulla quale sarebbero ricadute le conseguenze derivanti dalle politiche di cui si tratta.

Ciò imponeva l'adozione di soluzioni che si aprissero alla ricerca di un compromesso e, su questo terreno, prendeva piede la consapevolezza che, nella scelta del modello, si ambisse a conciliare la flessibilità con le istanze di garanzia della sicurezza sociale.

Ambizione, questa, alla base della *flexicurity*, proposta dall'Unione europea, che, con il Libro Verde del 2006, nell'individuare la via che consentisse di "modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo", l'assume ad emblema di una disciplina che se, da una parte, alleggerisce le tutele per il lavoratore, dall'altra, lo garantisce nel mercato con misure di assistenza al reddito e di sostegno nel periodo di non lavoro in attesa di una nuova occupazione.

Frattanto, nel processo di definizione della materia giuslavoristica incominciano a far ingresso, in modo sempre più organico, determinanti come la produttività, la competitività, l'efficienza, che diventano parametro di riferimento anche della disciplina degli istituti del rapporto sul presupposto che le ragioni del lavoro e quelle dell'organizzazione non si devono più necessariamente porre su piani diversi e contrapposti.

Di pari passo, si sposta il perno della disciplina protettiva, passando dal lavoro alla persona, con la conseguenza che il piano degli interventi di protezione abbandona la preferenza nei confronti del rapporto a favore di quella nel mercato.

Da questo nuovo assetto della materia discendono conseguenze importanti.

Un forte segnale di discontinuità è dato dalla legge 4 novembre 2010, n. 138 (c.d. Collegato lavoro). Tra le molteplici previsioni dell'intervento anzidetto, si segnalano, per la loro valenza di tipo sistemico, quelle norme che, al fine di dare certezza alle scelte organizzative incidenti su importanti istituti del rapporto di lavoro (contratto a termine, somministrazione e appalto, trasferimento del lavoratore, cessione d'azienda e licenziamento), fissa tempi di impugnazione per l'esercizio dell'azione, sia stragiudiziale che giudiziale, da parte del lavoratore.

E, ancora, quelle che stabiliscono criteri predeterminati e omnicomprensivi per la quantificazione del risarcimento del danno in caso di uso illegittimo degli strumenti di flessibilità in entrata da parte del datore di lavoro.

Si assiste, poi, ad interventi che operano in modo più diretto sul piano della flessibilizzazione della disciplina tanto in entrata quanto in uscita dal lavoro.

Una prova generale di questa nuova stagione del lavoro può ravvisarsi nella legge 28 giugno 2012, n. 92, che ha provvede alla riforma del regime sanzionatorio previsto dallo Statuto dei lavoratori per le ipotesi di licenziamento illegittimo.

Con l'intervento anzidetto, infatti, si opera la riscrittura dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, abbandonando il modello che voleva, in ogni caso, la stabilità reale del posto di lavoro e dotando, invece, l'ordinamento di un articolato impianto sanzionatorio di tipo prevalentemente indennitario.

Impianto che prevede quattro tipi di tutele, delle quali due soltanto contemplano, in via residuale, la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro e le altre, in via ordinaria, il solo indennizzo economico.

(...)

Il nuovo scenario che caratterizza l'attuale diritto del lavoro, avviatosi con la legislazione del 2012, si concretizza con la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 ed i relativi decreti di attuazione e si conclude con la legge 22 maggio 2017, n. 81.

Con la delega del 2014 si affida al Governo l'adozione di provvedimenti in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, di servizi per il lavoro e di politiche attive, di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.

Per quel che interessa in questa sede è opportuno sottolineare che il minimo comun denominatore della c.d. delega sul *jobs act* e dei decreti legislativi che la realizzano con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro ed alla sua organizzazione è costituito da una scelta di fondo, che acquista quasi una valenza sistematica, costituita dall'obiettivo di conferire certezza alle scelte gestionali delle aziende, evitando che le stesse possano essere messe in discussione (se non addirittura sovvertite) dalla variegata (ed a volte imprevedibile) interpretazione giurisprudenziale.

Sotto questo profilo, tra i decreti attuativi della stessa, assumono particolare rilevanza il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che, secondo la lettera della sua rubrica, interviene per disporre "in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti", e, a tal fine, introduce nuovi paradigmi nella disciplina regolatrice del sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo.

Il decreto delegato – che non interviene sul testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970, ma appronta un nuovo articolato destinato a sostituire la disposizione statutaria – esclude che nelle ipotesi di licenziamenti economici/organizzativi il lavoratore possa essere reintegrato, stabilendo che, in luogo della sanzione che ripristina la funzionalità del rapporto, questi riceva un ristoro solamente economico, certo e crescente con l'anzianità di ser-

vizio che varia da un minimo di 4 ad un massimo di 24 mensilità.

Quanto poi alla cd. tutela reale (reintegrazione nel posto di lavoro), la stessa resta in vita esclusivamente per i licenziamenti nulli e per quelli discriminatori, tipizzati dalla legge. Per quelli di natura disciplinare, invece, la possibilità per il lavoratore di essere reinserito in azienda avviene solo ed esclusivamente nelle ipotesi in cui l'addebito non sia rilevante sotto il profilo disciplinare, non si sia materialmente verificato o non sia imputabile al lavoratore coinvolto. Nei casi in cui la mancanza, anche di tipo lieve, sia disciplinarmente rilevante, venuta in essere e ascrivibile al comportamento del soggetto interessato, ma non idonea, secondo il giudice, a legittimare il licenziamento, comporta la condanna del datore di lavoro esclusivamente ad una sanzione di tipo indennitario.

Con il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 si provvede alla riscrittura della disciplina delle mansioni relativamente all'esercizio del cd. *jus variandi* da parte del datore di lavoro. Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ai fini della legittimità dei cd. passaggi orizzontali sostituisce l'astratto concetto di equivalenza professionale tra vecchia e nuova mansione, con un parametro tipizzato che individua nella categoria legale (di matrice codicistica – art. 2095 c.c.) e nel livello di inquadramento di fonte collettiva il criterio di raffronto tra le mansioni.

Sempre al fine di allargare le maglie della gestione flessibile del lavoro, conferendo alla stessa anche una buona dose di tenuta in caso di contestazione, lo stesso d.lgs. n. 81, dispone in ordine alla disciplina delle forme contrattuali flessibili in entrata, confermando l'eliminazione delle causali giustificatrici e l'introduzione di limiti quantitativi di determinazione certa.

Gli altri decreti attuativi della delega sul *jobs act* cercano di concretizzare la cd. *flexicurity* e a tal fine sono rivolti a riequilibrare, nel mercato, gli spazi sottratti alla protezione del lavoratore in seno al rapporto.

Si parte dall'adozione di un'articolata regolamentazione, per la tutela del lavoratore in caso di perdita del posto di lavoro, che si caratterizza per la finalità di proteggere la persona del lavoratore all'interno del mercato del lavoro sia con un valido sistema di sostegno del reddito in caso di disoccupazione involontaria sia con la previsione di norme tese a favorire una nuova occupazione. Per giungere al riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, contemplando, tra le altre misure, l'istituzione dell'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL).

L'intero processo di rivisitazione per conferire alla materia giuslavoristica una buona dose di modernità, consentendole così di essere protagonista nella disciplina di un lavoro che cambia, si perfeziona, poi, con la legge 22 maggio 2017, n. 81, che abbina al suo interno misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale a quelle volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

Col capo II della legge, dedicato al lavoro agile, quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, l'ordinamento è dotato di un

nuovo strumento regolativo. Il modello supera alcuni importanti elementi di fissità della disciplina del lavoro subordinato, che, per il resto, salve le speciali disposizioni dettate, continua a trovare applicazione anche quando le parti concordino la modalità agile di esecuzione del rapporto. E a connotarlo, segnatamente, è l'affidamento che la disciplina mostra nei confronti dell'autonomia individuale, cui è lasciata per la prima volta la definizione del regolamento degli interessi in seno al rapporto senza che si renda necessaria la previa adozione di regole di fonte collettiva o la validazione del patto in presenza di soggetti terzi (ispettorato del lavoro, organismi sindacali e di certificazione, magistratura del lavoro).

Più di recente il quadro normativo così come prospettato nella sua finalità sostanziale e nelle sue linee portanti, tese alla costruzione di un nuovo modello di diritto del lavoro, conosce una parziale battuta di arresto con quello che viene definito il "Decreto dignità", d.l. 12 luglio 2018, n.87.

In particolare si assiste ad un tentativo di ridimensionamento sull'utilizzo dei contratti flessibili il cui uso libero (privo di ragioni giustificatrici) viene limitato alla durata di 12 mesi e circoscritto al primo contratto tra le stesse parti, con l'aggiunta di un restringimento dell'arco temporale di durata massima, sempre tra le stesse parti e per le stesse mansioni, che passa da 36 a 24 mesi.

Anche la flessibilità in uscita è investita da alcune rivistazioni caratterizzate da un inasprimento della misura indennitaria in caso di licenziamento illegittimo che può arrivare fino a 36 mensilità, al quale si accompagna un coevo intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 194/2018) che, anche sulla scorta della normativa comunitaria, ha fatto salva la regola del ristoro indennitario accompagnandola, però, ad un diverso criterio di determinazione che non è più predeterminata in ragione della sola anzianità di servizio ma lasciata alla discrezionalità del giudice il quale "terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio [...] nonché degli altri criteri [...], desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)".

1.6. La dimensione internazionale: il diritto del lavoro nelle dinamiche europee e mondiali

L'ordinamento italiano è partecipe di vari fenomeni istituzionali di carattere internazionale e, come tale, non è libero dalle influenze che provengono dalle realtà sovranazionali, anche in materia di politiche sociali e del lavoro.

Il riferimento è, in particolare, all'adesione dell'Italia ai Trattati ed alle Convenzioni che rendono applicabili nell'ordinamento interno norme di diritto internazionale e comunitario del lavoro.

Tra le due fonti, il diritto internazionale ed il diritto comunitario, esistono differenze marcate che rendono il primo applicabile solo in via indi-

retta e, comunque, mai in forma “prevaricatrice” rispetto al diritto interno ed il secondo, decisamente più incisivo e potenzialmente prevalente sul diritto nazionale.

La normativa internazionale, rivolta all’intera comunità mondiale, ha da sempre rappresentato un importante parametro di riferimento per gli *standard* minimi di protezione, ma calata nella dimensione italiana perde un po’ di valore; le leggi italiane hanno da sempre riconosciuto, in taluni casi anche con maggiore incisività rispetto alle convenzioni internazionali, le garanzie minime affermate dalle norme in questione, che pertanto hanno avuto scarsa portata innovativa.

Decisamente più “invadente” è stato il processo evolutivo del diritto della Comunità Europea, oggi Unione Europea che, dal Trattato istitutivo di Roma del 1957 ad oggi, ha progressivamente aumentato la propria forza impositiva nei confronti del diritto interno degli Stati membri.

Le politiche sociali, al punto attuale di tale percorso di evoluzione, hanno ottenuto un posto di rilievo nella costruzione dell’UE, come dimostrato dalla formulazione dell’art. 9 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione (TFUE) il quale sancisce, nell’attuazione delle politiche europee l’obbligo di tener conto, tra le altre, delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello occupazionale e di un’adeguata protezione sociale.

Inizialmente, gli obiettivi della Comunità europea erano esclusivamente incentrati sulla realizzazione di un mercato unico a livello comunitario, regolato dalla leggi della libera concorrenza, lasciando la dimensione sociale in secondo piano, presupponendo che le leggi naturali del mercato avrebbero condotto inevitabilmente ad un’armonizzazione migliorativa dei sistemi sociali.

Dai primi anni in cui l’attività in campo sociale della Comunità si focalizza soltanto sulla libera circolazione della manodopera, si passa nell’arco di un decennio all’innovativa formulazione di un “Programma di azione sociale” i cui obiettivi erano quelli di favorire il pieno impiego, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e il coinvolgimento delle parti sociali alle decisioni prese a livello comunitario.

Mossi i primi passi in tale contesto, nel 1987, è approvato l’Atto Unico, che introduce, tra gli scopi comunitari, l’obiettivo di coesione economica e sociale fra gli Stati membri, raggiungibile grazie ai fondi strutturali debitamente stanziati.

Di lì a poco, nel 1989, è approvata la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori in cui sono sanciti il diritto ad un’equa retribuzione e le libertà sindacali.

Il decennio successivo, segnato dai trattati di Maastricht (1991) ed Amsterdam (1997), ha prodotto un rafforzamento dell’attività sociale della Comunità, evidenziato dalla nuova formulazione dell’art. 117 del trattato istitutivo, la quale ha previsto la promozione dell’occupazione e l’adeguata protezione sociale quali obiettivi dell’attività congiunta di Stati membri e Comunità Europea.

Tuttavia, il vero momento determinate per la creazione di un diritto del lavoro europeo si è avuto con la firma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, siglata a Nizza il 7 dicembre 2000.

La Carta sancisce la libertà di associazione sindacale, il diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione e soprattutto il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di negoziare e concludere contratti collettivi.

Viene data, inoltre, rilevanza, segnatamente, al licenziamento, sancendo il diritto alla tutela contro ogni recesso datoriale illegittimo, alle condizioni ed al tempo di lavoro, alla conciliazione della vita familiare e professionale, alla tutela della salute, alla sicurezza sociale e assistenziale ed alla protezione dei giovani sul luogo di lavoro.

La Carta era stata trasfusa nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa firmato a Roma nel 2004 ma, a causa degli esiti negativi dei referendum approvativi in alcuni Stati membri, il progetto si è arenato.

Si è deciso allora di modificare ed integrare l'originario trattato di Roma del 1957 con alcune disposizioni, tra cui è senza dubbio di maggior interesse, per quel che qui occupa, quella che ha elevato la Carta di Nizza al rango dei trattati.

Così i diritti garantiti dalla Carta sono riconosciuti a livello dell'ordinamento europeo, pur rimanendo esclusi dall'azione regolativa dell'Unione, ai sensi dell'art. 153, par. 5, TFUE.

Negli ultimi anni, anche a seguito della grave crisi economica globale che si è abbattuta con particolare violenza sull'Europa e che ha accentuato le difficoltà di armonizzazione della normativa a livello dei singoli Stati membri, hanno indotto l'Unione Europea a dare vigoroso impulso ad un tipo di intervento, c.d. *soft law*, cooperativo e meno autoritativo rispetto a quello tradizionale, rappresentato da direttive e regolamenti.

2. Le fonti del diritto del lavoro privato

2.1. La normativa internazionale e comunitaria

Il contesto economico e sociale che vede l'Italia inserita in una realtà internazionale ha inciso sulle prospettive del lavoro, a partire inevitabilmente dalla disciplina delle sue fonti.

Il superamento dei confini nazionali, la nascita e la successiva espansione del mercato in chiave globale, con l'evidente impossibilità di controllo dello stesso da parte di un singolo Stato, comportano in capo a quest'ultimo, la necessità di una parziale cessione di sovranità in favore di organismi sovranazionali.

Il diritto internazionale, in materia di lavoro, è rappresentato sostanzialmente da fonti di natura pattizia, acquisite all'ordinamento nazionale solo a seguito dell'emanazione di provvedimenti legislativi interni, frutto

del precetto costituzionale dell'art. 117, comma 1, secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

In tale contesto, l'OIL, Organizzazione Internazionale del Lavoro, con le sue raccomandazioni e progetti di convenzioni, rappresenta l'organismo più importante a livello mondiale.

Ad essa va il merito di aver predisposto delle convenzioni che hanno dato fondamento, a livello globale, ad alcuni dei più importanti principi di civiltà giuridica, i quali rivestono un ruolo determinante nello sviluppo delle legislazioni nazionali su tutti gli aspetti della materia.

La funzione dell'OIL riferita alla normativa italiana può considerarsi marginale, nel senso specificato in precedenza, giacché il diritto del lavoro interno, nella quasi totalità dei casi, ha da tempo superato gli *standard* minimi predisposti a livello internazionale.

Discorso diverso va fatto per la normativa comunitaria, costituita dalle norme contenute nei Trattati e negli atti giuridici dell'Unione Europea, della quale oggi è riconosciuto il primato sul diritto interno degli Stati membri.

Primato riconosciuto anche dalla Costituzione italiana negli artt. 11 e 117, comma 1, nella lettura datane dalla Corte costituzionale.

Gli atti emanati dall'UE, infatti, sono applicabili, seppur con efficacia differenziata sulla base delle diverse caratteristiche proprie di ciascuna tipologia di provvedimento, nei confronti dei singoli Stati e dei loro cittadini.

Naturalmente, l'elaborazione di norme di diritto del lavoro da parte dell'UE è subordinata alla presenza di una disposizione nei Trattati che ne sancisca la competenza.

Inizialmente, nel Trattato istitutivo firmato a Roma nel 1957, il margine d'azione delle Comunità Europea era estremamente limitato, potendosi rinvenire solo una competenza di natura generale nell'art. 118, il quale riconosceva alla Commissione il potere di promuovere la cooperazione fra gli Stati membri in materie quali l'occupazione, il diritto al lavoro, le condizioni di lavoro, il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori.

Oggi le competenze dell'Unione Europea nell'area del diritto del lavoro e delle politiche sociali hanno accresciuto la loro estensione, divenendo parte dell'architettura del progetto d'azione del diritto europeo.

Giova a riguardo menzionare l'art. 9 del TFUE il quale recita che “nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale [...]”.

Più precise sono le indicazioni contenute nel Titolo X del TFUE, ove si stabilisce che Unione e Stati membri hanno come obiettivo la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e lavoro, si riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali, anche nel loro dialogo a livello europeo, nonché la parità di genere in riferimento alla retribuzione e,

più in generale, un incoraggiamento alla cooperazione tra Stati da parte della Commissione in materie di occupazione, diritto del lavoro, formazione e protezione sociale.

In questo contesto, merita attenzione l'elencazione contenuta nell'art. 153 TFUE che rivela una competenza quasi generale dell'Unione in materia di diritto del lavoro, potendo il Consiglio decidere su tutti gli aspetti del rapporto individuale di lavoro (ad eccezione della materia retributiva), con esclusione della disciplina sul diritto di sciopero, di serrata e sull'azionismo sindacale. Materia quest'ultima che, in seguito al processo evolutivo della politica sociale europea, è divenuta oggetto di interesse a livello comunitario con la firma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avvenuta a Nizza nel 2000.

La libertà di associazione sindacale, il diritto per lavoratori e datori di lavoro di concludere contratti collettivi e quello di informazione e consultazione assumono, poi assunto un valore più incisivo in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che modifica l'art. 6 del Trattato di Maastricht, prevedendo che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

In altri termini, per il tramite della Carta di Nizza, tali diritti sono riconosciuti come fondamentali a livello europeo, senza che ciò comporti, in alcun modo, l'estensione delle competenze dell'Unione in materia.

L'ampliamento delle competenze, realizzato negli anni, ed il riconoscimento dei diritti fondamentali della Carta del 2000, sono comunque soggetti alla concorrenzialità delle competenze stabilita dagli artt. 151 e 153 TFUE ("l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure"; "l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri") e nel conseguenziale rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Nel rispetto dei vincoli così previsti dai Trattati, l'Unione europea interviene in ambito giuslavorista con gli strumenti previsti dall'art. 288 TFUE: regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.

I primi tre hanno carattere vincolante per i destinatari ed, evidentemente, rappresentano le tipologie di atti maggiormente utilizzate per l'elaborazione del diritto comunitario del lavoro.

In particolare, il regolamento ha portata generale, natura normativa ed è integralmente obbligatorio e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

Le direttive, invece, hanno come scopo quello di armonizzare le diverse legislazioni nazionali attraverso la previsione di obiettivi precisi, ma senza intaccare l'autonomia del singolo Paese nella determinazione di forme e mezzi attuativi.

Proprio in ragione di tale caratteristica, le direttive necessitano di misure di adattamento predisposte dai singoli Stati membri.

Sul punto è stato determinante l'intervento della Corte di giustizia euro-

pea la quale, con diverse pronunce, a partire dagli anni '70, ha precisato come acquisisca effetti diretti negli ordinamenti interni degli Stati la direttiva il cui termine di attuazione sia scaduto senza che l'intervenuto adattamento da parte dell'ordinamento interno.

La Corte ha avuto modo di precisare che i singoli interessati possono far valere, davanti al giudice nazionale, le disposizioni contenute in una direttiva non (ancora) attuata qualora esse siano chiare e dettagliate, specificando altresì che tale effetto possa aversi esclusivamente nei rapporti c.d. verticali, ovverosia quelli che coinvolgano lo Stato, e non in quelli c.d. orizzontali, esclusivamente intercorrenti tra privati.

L'importanza delle norme europee nell'ordinamento interno è testimoniata anche dal peso che esse ricoprono nel processo interpretativo richiesto al giudice nella decisione della controversia.

Il giudice nazionale è, infatti, obbligato a disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto europeo quando questo sia espresso da una norma direttamente applicabile.

Tuttavia, per le direttive, solo in alcuni casi ad effetto diretto, il giudice deve comunque interpretare il diritto interno in conformità a quello comunitario e deve, come ha più precisamente affermato la Corte di giustizia, «fare tutto ciò che gli è possibile, tutto ciò che rientra nella sua competenza, per assicurare il rispetto del diritto comunitario da parte del diritto interno», tenendo in considerazione il diritto nazionale nel suo complesso, «per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva» (CGCE 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01).

I più recenti sviluppi del diritto del lavoro raccontano, però, di un cambiamento nelle modalità d'intervento attuate dalle istituzioni europee.

Sempre più il legislatore europeo preferisce il c.d. *soft law*, normativa di tipo non prescrittivo ma cooperativo: si indicano i criteri guida dell'azione comune e se ne verificano, periodicamente, i risultati.

2.2. *Le fonti interne: fonti primarie, fonti secondarie e ruolo della Corte costituzionale*

Il sistema delle fonti del diritto è formalmente espresso dall'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, c.d. preleggi, emanate con r.d. 16 marzo 1942, n. 262.

Norma, questa, che individua nelle leggi, nei regolamenti, nelle norme corporative e negli usi le fonti di produzione del diritto.

Superate le norme corporative, l'elencazione appena menzionata mantiene la propria validità anche in seguito all'entrata in vigore della Carta costituzionale del 1948, che, pur aggiungendo alcune fonti (la stessa Costituzione, le leggi costituzionali e di rango costituzionale), non ha provveduto a dettarne un elenco tassativo.

Nella gerarchia del sistema, la Costituzione rappresenta la fonte superiore dell'ordinamento italiano e, come tale, contiene i principi e le linee guida di riferimento di tutta la disciplina del diritto del lavoro.

In sede di assemblea costituente, i compilatori della Costituzione assegnarono alla dimensione lavoristica un'importanza tale da riconoscervi il fondamento della Repubblica italiana, affiancandolo nell'art. 1 della Carta, al supremo principio democratico.

L'uso del termine "lavoro" contenuto nell'art. 1, peraltro, è inclusivo di tutti gli attori del mondo del lavoro, dai lavoratori ai datori di lavoro, consacrando l'impegno sociale dello Stato quale supremo impegno della Repubblica Italiana.

Dopo tale dichiarazione di principio, il riferimento al lavoro è presente anche in altri articoli della Costituzione, in maniera diretta (all'art. 4 e nel Titolo III relativo ai rapporti economici) ovvero indiretta, come nell'art. 2.

Quest'ultimo, infatti, stabilisce il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità": la dimensione dell'impresa, da intendersi *latu sensu* come dimensione lavorativa in genere, è certamente la formazione sociale maggiormente diffusa, seconda solo a quella familiare.

Così pure un riferimento al lavoro è presente nell'art. 3 della Carta costituzionale, in cui è sancito il principio di eguaglianza formale e sostanziale, laddove la pari dignità sociale deve essere garantita mediante la rimozione degli ostacoli che di fatto limitano lo sviluppo della persona umana; il diritto del lavoro con le sue leggi protettive, insieme alla contrattazione collettiva, è senza dubbio uno dei principali strumenti di rimozione delle disuguaglianze.

La manifestazione più compiuta dell'importanza riconosciuta dalla Costituzione al lavoro è certamente contenuta nell'articolo 4, i cui due commi sanciscono per tutti i cittadini il diritto al lavoro ed il diritto alla libera scelta dello stesso.

Trattasi evidentemente di un'enunciazione ad alto contenuto programmatico il cui intento è quello di fissare il principio cardine cui il legislatore dovrà dedicare le proprie "attenzioni normative": la ricerca della piena occupazione.

Ad entrare più nello specifico è il titolo III della Costituzione dedicato ai rapporti economici ove si prevede un sistema articolato di tutela che copre ogni forma ed applicazione del lavoro (art. 35), garantisce una retribuzione adeguata e proporzionata (art. 36), afferma la parità di trattamento tra uomo e donna, tutela il lavoro minorile (art. 37), impone allo Stato di farsi carico dell'assistenza e della previdenza sociale (art. 38), assicura il libero esercizio dell'attività sindacale in tutte le sue manifestazioni (art. 39), qualifica lo sciopero come diritto (art. 40) e, infine, sancisce la libertà e l'utilità sociale dell'iniziativa economica (art. 41).

In questo quadro, per comprendere ove ricada la competenza in materia di lavoro, deve essere menzionato l'articolo che si occupa della definizione del riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, vale a dire l'art. 117

come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Prima della riforma del 2001 non v'era alcun dubbio circa la riferibilità del diritto del lavoro quale materia di competenza statale.

Tuttavia, la riforma del titolo V della Costituzione ha comportato il frazionamento di tale competenza in considerazione del fatto che in ognuna delle tre categorie previste dall'art. 117 è possibile rinvenire espressioni che rimandano, più o meno direttamente, al diritto del lavoro.

Un'interpretazione univoca della norma, anche per scongiurare un diffuso decentramento della disciplina, ha ricondotto il diritto del lavoro nell'alveo dell'ordinamento civile (art. 117, comma 2) (Del Punta).

Così il rapporto individuale di lavoro, quale componente dell'ordinamento civile, resta incluso nella competenza statale dall'art. 117, comma 2, lett. l), concedendo alla potestà legislativa concorrente o esclusiva delle Regioni la sola tutela e sicurezza del lavoro (art. 117, comma 3).

La definizione di ordinamento civile, quale ambito di competenza esclusiva dello Stato, è stata oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale che l'ha valutata come limite alla legislazione regionale in quanto volta a garantire l'uniformità della disciplina dei rapporti fra privati nel territorio nazionale.

Pertanto, rientra nella potestà legislativa dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro e il diritto sindacale.

Nella tipologia delle fonti interne, un ruolo significativo è svolto dalla legislazione nazionale e regionale.

Il diritto del lavoro italiano, in particolare, è il risultato della legislazione ordinaria, di quella delegata, della potestà regolamentare, nonché, come si avrà modo di specificare oltre, dell'autonomia privata espressa nella contrattazione collettiva.

La legge statale e le fonti equiparate ad essa rappresentano indubbiamente la colonna portante dell'intero sistema del diritto del lavoro che, nel corso degli anni, è andato sempre più arricchendosi.

Peraltro, nei casi di interventi riformatori di particolare complessità o generatori di forti tensioni parlamentari si è preferito ricorrere, piuttosto che all'ordinario *iter legis* parlamentare, agli strumenti della legislazione delegata ed ai decreti legge, questi ultimi per natura non utilizzabili nella disciplina del lavoro ma estremamente efficaci per "blindare" con lo strumento della fiducia al Governo provvedimenti ritenuti necessari in momenti di forte crisi economica e di maggioranze parlamentari non omogenee (Pessi).

Le fonti interne constano anche della c.d. normazione secondaria, ovvero i regolamenti adottati non solo dal Governo, dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dai singoli Ministri, ma anche dalle Autorità amministrative indipendenti e dagli enti pubblici in quanto dotati dell'autonomia regolamentare assegnatagli dalle fonti primarie, Costituzioni e legge statale.

Vanno considerati in questo contesto anche una serie di strumenti secondari di grande rilevanza e utilità in materia previdenziale ed in chiave interpretativa: le delibere degli enti previdenziali (ad esempio in materia di

inquadramento dei datori di lavoro o delle aliquote contributive) e le circolari del Ministero del lavoro.

Infine, per ciò che concerne gli usi, si deve operare una fondamentale distinzione tra usi normativi e usi aziendali; i primi, di carattere sussidiario, applicabili al rapporto di lavoro in mancanza di disposizione di legge e comunque se più favorevoli al lavoratore, con il limite dell'inderogabilità delle disposizioni del contratto individuale (art. 2078 c.c.); i secondi sono usi negoziali, oggi assimilati ai contratti collettivi aziendali, che fanno sorgere in capo al datore di lavoro obblighi unilaterali nei confronti dei lavoratori con effetti giuridici sui rapporti individuali di lavoro.

Un ruolo importante nello sviluppo del diritto del lavoro deve essere riconosciuto anche alla Corte costituzionale, la quale svolgendo il proprio compito di controllo sulla legittimità delle norme rispetto ai principi sanciti dalla Costituzione, rispetto ai quali ne garantisce la conformità.

L'attività di controllo svolta dalla Corte costituzionale, infatti, ha condotto alla pronuncia di sentenze che, in caso di contrasto con i precetti costituzionali, ne hanno dichiarato l'illegittimità, non consentendone l'applicazione.

In altre situazioni, la Corte, dichiarando la questione di legittimità non fondata, ha individuato la corretta interpretazione da seguire per considerare la norma censurata conforme ai principi costituzionali.

La Corte peraltro ha rivestito un ruolo fondamentale non solo in chiave di adeguamento, da un punto di vista interpretativo, ma anche in ottica creatrice, "manipolando" il testo legislativo: esistono così le c.d. sentenze sostitutive nelle quali la Corte interviene elidendo dal testo una parte ritenuta illegittima e, viceversa, le c.d. sentenze additive in cui i giudici costituzionali integrano il testo della norma per renderlo conforme al dettato costituzionale.

2.3. Le fonti contrattuali

Il rapporto di lavoro è disciplinato, oltre che dalle norme di legge, dal contratto collettivo e da quello individuale.

Nel modello regolativo del rapporto di lavoro, la fonte collettiva – frutto dell'attività contrattuale delle organizzazioni sindacali rappresentative degli interessi dei lavoratori e delle associazioni datoriali (o del singolo datore di lavoro) – riveste, con riferimento alle diverse categorie professionali, una indispensabile funzione normativa che si sostanzia sia nella integrazione delle norme di legge, completandole nella loro astratta formulazione, sia nella disciplina di istituti non altrimenti regolati, per una precisa scelta di politica del diritto da parte del legislatore e, sostanzialmente, riservati alla fonte pattizia.

In materia, si registra, poi, un'articolazione del sistema contrattuale, che al livello nazionale di categoria affianca un livello aziendale e, da ultimo, anche territoriale.

In ragione dell'importanza strategica di tale strumento normativo, l'ordinamento ha predisposto, a livello costituzionale, un meccanismo che conferisce alla fonte collettiva efficacia vincolante per l'intera categoria professionale di riferimento, sul presupposto dell'affermazione che garantisce la libertà sindacale nella sua accezione di libertà di contrattare (art. 39, comma 1, Cost.).

Il modello costituzionale s'incentra sull'obbligo di registrazione per il sindacato, il quale presuppone l'adozione da parte di quest'ultimo di uno statuto che sancisca un ordinamento interno a base democratica, cui consegue l'attribuzione al sindacato stesso della personalità giuridica.

I sindacati registrati, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, concorrono alla costituzione di un soggetto unitario abilitato alla stipulazione di contratti collettivi di lavoro con efficacia vincolante per tutti gli appartenenti alle categorie produttive cui il contratto si riferisce.

Nella mancata attuazione del dettato costituzionale ha avuto peso, soprattutto, il fatto che l'implementazione, per legge, di un siffatto congegno avrebbe, comunque, esposto il sindacato ad un controllo esterno sulla sua attività.

D'altro canto, nemmeno ha convinto il ricorso allo strumento della rappresentanza unitaria, con cui si pensava di poter fare fronte, sempre ai fini dell'efficacia generalizzata del contratto collettivo, alla circostanza che, a seguito dell'affermazione costituzionale del principio di libertà di organizzazione sindacale, potessero esservi, per ciascuna categoria, una pluralità di sindacati.

È di tutta evidenza che requisiti così stringenti sul controllo di una effettiva capacità rappresentativa e la scelta di creare un soggetto unico, composto da più sigle sindacali che contano con un peso proporzionale ai propri iscritti, presuppongono un sostanziale e preventivo accordo dei soggetti coinvolti che, allo stato, non è mai stato raggiunto.

In assenza di una "legge sindacale", l'efficacia del contratto collettivo, che per le ragioni suesposte si qualifica come un contratto di diritto comune, non può che ricavarsi dalle norme presenti nel codice civile: prima tra tutte, quella che conferisce al contratto forza di legge tra le parti (art. 1372); poi, quelle che consentono al soggetto interessato di conferire ad altri il potere di rappresentarlo; conferimento cui consegue, in ragione delle regole sulla rappresentanza negoziale, che il contratto concluso dal rappresentante, in nome e nell'interesse del rappresentato, produca direttamente effetti nei confronti di quest'ultimo (art. 1388).

Il meccanismo anzidetto consente di affermare che l'estensione del contratto collettivo alle parti del rapporto di lavoro sorge in forza del vincolo associativo che le lega alle rispettive associazioni che li rappresentano nella stipulazione del contratto stesso.

Partendo da questo presupposto, "con una forzatura un po' semplificante", attesa l'importanza della posta in gioco, si è convenuto di ritenere "che sarebbe implicito in tale vincolo un mandato conferito alle associazioni

sindacali a rappresentare gli interessi degli affiliati nella stipulazione del contratto collettivo” (Mazzotta).

Ciò, tuttavia, non risolve la questione rispetto ai soggetti non iscritti alle associazioni stipulanti, ai quali non può essere imposta l’osservanza del contenuto negoziale, salvo che questi ultimi non decidano liberamente di aderirvi con comportamento concludente o con esplicita clausola di rinvio contenuta nel negozio individuale.

In questo contesto, si colloca il ruolo decisivo svolto dal legislatore che ha operato su più fronti. Emblematici, sotto questo profilo, l’intervento volto ad incentivare la libera adesione al contratto collettivo da parte del datore di lavoro, rendendola condizione necessaria per la fruizione di determinati benefici (art. 36 legge n. 300/1970) e l’altro che individua nella retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale quella fissata dai contratti collettivi (art. 1 legge n. 389/1989).

In questo contesto, non può non segnalarsi l’importanza dell’art. 2113 c.c., così come integrato dal legislatore repubblicano, che, nel proteggere il lavoratore dalla dismissione dei suoi diritti inderogabili, include nel novero della protezione sia quelli contenuti nella legge che quelli previsti nei contratti collettivi, così assegnando a questi ultimi la stessa forza della legge, cosicché, al pari di questa, non possono essere derogati da parte del contratto individuale.

Nella stessa direzione ha operato la giurisprudenza nell’imporre il rispetto di uno dei tratti più qualificanti del contratto collettivo, quello costituito dai minimi retributivi. Il giudice, chiamato in causa per il rispetto del precetto costituzione della “giusta” retribuzione, sancito dall’art. 36, ha rinvenuto nell’ordinamento di diritto positivo uno strumento che – indirettamente – gli consentisse di applicare quanto stabilito in materia dal contratto collettivo.

Si è formato, infatti, un pacifico e consolidato orientamento giurisprudenziale per il quale l’art. 2099 c.c. nel consentire al giudice di determinare la retribuzione ove non individuata dalle parti, dà la possibilità a quest’ultimo di intervenire quando la stessa non sia “giusta” perché non proporzionata e sufficiente, utilizzando come parametro di quantificazione il trattamento economico minimo previsto dai contratti collettivi della categoria interessata.

Per lungo tempo, siffatto modello, edificato anche per merito delle elaborazioni di dottrina e giurisprudenza, mantiene un suo equilibrio, garantendo una sostanziale efficacia generalizzata dei risultati negoziali, anche grazie alla unitarietà di azione da parte di quelle organizzazioni sindacali che si sono connotate per la loro rilevante capacità rappresentativa.

All’inizio del nuovo millennio, però, talune vicende attinenti le relazioni sindacali ne compromettono la tenuta.

Complici anche le radicali trasformazioni nell’organizzazione del lavoro e la conseguente disomogeneità dei soggetti e dei relativi interessi da rap-

presentare, si assiste alla disgregazione dell'asse portante del sistema sindacale, costituito dall'unità dell'azione sindacale garantita dalle centrali sindacali che, di fatto, hanno svolto un ruolo di rappresentanza egemonica della classe lavoratrice.

Disgregazione, quella dell'unità sindacale, da imputare, in buona parte, ai radicali mutamenti degli equilibri politici e dei relativi assetti istituzionali.

In questo contesto, la radicalizzazione dello scontro tra le organizzazioni sindacali finisce per rivelare tutti i limiti di quello che era, nella sostanza, un sistema sindacale "di fatto", che si fondava esclusivamente sul reciproco riconoscimento delle parti.

Terreno elettivo di tale scontro è stato l'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, che, con la mancata sottoscrizione da parte della più consistente compagine associativa, inaugura la stagione dei c.d. accordi separati.

Stagione, questa, che mette a dura prova l'intero sistema di relazioni industriali, determinando notevoli problemi applicativi, specie nel caso di sovrapposizione di più contratti collettivi.

In generale, si avverte la contraddizione di un sistema basato sul pluralismo sindacale, in cui il ruolo delle sigle sindacali è agganciato alla loro capacità di essere rappresentative, nel quale, però, mancano procedure democratiche e regole certe finalizzate a misurarne la rappresentatività.

Cosicché, l'esigenza di conferire stabilità al sistema di relazioni sindacali porta alla ricerca di nuove regole condivise con tutte le organizzazioni sindacali dotate di un rilevante grado di rappresentatività.

A districare la complessa condizione del sistema sindacale provvedono le stesse parti sociali, in composizione unitaria, con l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, con il quale si chiude la stagione dei contrasti e se ne apre una nuova verso un sistema di relazioni industriali nuovamente unitario.

L'Accordo affronta i temi cruciali per la creazione di un sistema di relazioni sindacali regolato, quali i criteri di misurazione e di certificazione della rappresentatività sindacale agli effetti della contrattazione nazionale sia di categoria che aziendale; la conservazione del sistema di contrattazione articolato su due livelli, ma con una significativa valorizzazione della contrattazione di secondo livello; le regole per stabilire la vincolatività del contratto collettivo aziendale nei confronti di tutto il personale in forza nell'azienda; il sistema di deroghe, a regime e in via transitoria, al contratto collettivo nazionale da parte di quello aziendale.

In particolare, pur ribadendosi la centralità e la preminenza della contrattazione collettiva nazionale "con la funzione di garantire la certezza di trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori [...] ovunque impiegati nel territorio" (punto 2), si valorizza la contrattazione decentrata, anche di livello aziendale, la quale "si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale" (punto 3), con espresa prefigurazione degli ambiti di derogabilità *in peius* ad opera dei contratti

aziendali, i quali possono “definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro” (punto 7).

A questo fa seguito il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013, con il quale sempre le parti sociali raggiungono un accordo su come misurare la rappresentanza delle organizzazioni sindacali e come determinare le regole con cui validare e rendere esigibili i contratti collettivi nazionali.

Tale Protocollo segna un notevole punto di svolta nella regolazione dei rapporti tra le parti sociali, completando il quadro dettato dall'Accordo del 28 giugno 2011 e andando anche al di là delle previsioni in esso contenute.

Oltre a perfezionare le modalità con cui misurare la rappresentanza di ciascuna organizzazione sindacale, determinandone il peso ai fini della possibilità di sedere ai tavoli dei rinnovi contrattuali, esso si pone l'ambizioso obiettivo sia di individuare regole e modalità per la stipulazione del contratto collettivo nazionale di categoria sia di tracciare una specifica procedura affinché i contratti collettivi nazionali stipulati nel rispetto di quelle regole siano “efficaci ed esigibili”.

In data 10 gennaio 2014, è sottoscritto, poi, un ulteriore Accordo collettivo, denominato “Testo Unico sulla Rappresentanza”, con l'obiettivo di completare l'operatività dell'Intesa raggiunta nel 2013.

Il Testo unico accorpa al suo interno il contenuto degli Accordi interconfederali del 2011 e del 2013, costituendone anche una sorta di regolamento di attuazione.

Le parti sociali disciplinano i criteri con i quali acquisire i dati associativi ed elettorali ai fini della misurazione e della certificazione della rappresentanza “delle organizzazioni sindacali aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013” e dell'Accordo stesso e implementano le regole per rendere efficace il risultato negoziale sia a livello nazionale che aziendale.

Ricalcando il meccanismo di accertamento fissato per legge nel settore pubblico, è stabilito che, per la misura e la certificazione della rappresentanza delle organizzazioni sindacali, «ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria, si assumono i dati associativi (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e i dati elettorali ottenuti (voti espressi) in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie».

È fissato, poi, che siano ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni delle organizzazioni firmatarie dello stesso accordo, dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013, «che abbiano, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando a tale fine la media fra il dato associativo (percentuale delle iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti su voti espressi) come risultante dalla ponderazione effettuata dal Cnel».

Su queste premesse, è stabilito, quindi, che «i contratti collettivi nazio-

nali di lavoro sottoscritti formalmente dalle Organizzazioni Sindacali che rappresentino almeno il 50% + 1 della rappresentanza, [...] previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice», siano «efficaci ed esigibili».

Cosicché “la sottoscrizione formale dell’accordo [...] costituirà l’atto vincolante per entrambe le Parti”. Ed il rispetto delle procedure definite fa sì che gli accordi conclusi siano “efficaci ed esigibili per l’insieme dei lavoratori e delle lavoratrici nonché pienamente esigibili per tutte le organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della presente intesa”.

Il processo perfezionatosi nel 2014 conosce, di recente, un’ulteriore evoluzione con gli Accordi interconfederali del 4 luglio 2017 e del 9 marzo 2018. Il primo trasferisce all’INPS i compiti di raccolta del dato elettorale e di ponderazione dello stesso con quello associativo, il secondo interviene con norme più di contenuto. Quest’ultimo, siglato da Confindustria, CGIL, CISL e UIL, per sua espressa previsione, definisce percorsi e linee di indirizzo per le relazioni industriali «al fine di assicurare una *governance* equilibrata alla contrattazione collettiva e alla bilateralità». Tutti i percorsi individuati nell’Accordo muovono dalla considerazione di tre obiettivi fondamentali: la condivisione di una strategia di sviluppo coordinata con le trasformazioni del mondo del lavoro; lo sviluppo del mercato del lavoro in senso dinamico ed equilibrato per favorire l’inserimento dei giovani e potenziare le politiche attive; il rafforzamento delle misure di sostegno ad un modello autonomo di relazioni sindacali.

Sotto questo profilo è interessante sottolineare che l’Accordo del 9 marzo 2018 apre anche all’«eventuale definizione di un quadro normativo in materia» di efficacia generalizzata dei contratti collettivi, mostrando un primo segnale di cambiamento da parte di chi non aveva mai mostrato particolare interesse a questa soluzione e ciò anche con riferimento alla misurazione della rappresentanza di parte datoriale.

Più sfumata rispetto alle precedenti, ma pur sempre rivestita di carattere innovativo è la definizione delle linee di indirizzo inerenti alla partecipazione dei lavoratori, ove si evidenzia la necessità di un cambiamento culturale che possa adeguatamente coordinarsi con i cambiamenti economici, produttivi e tecnologici che interessano il sistema industriale italiano.

Per completare il quadro sul sistema delle fonti collettive attualmente vigente e sulla loro efficacia è necessaria qualche ulteriore osservazione con specifico riferimento al contratto collettivo aziendale.

La giurisprudenza, seppur in modo non univoco, si è assestata nel senso di affermare l’efficacia del contratto collettivo aziendale nei confronti delle generalità dei dipendenti dell’azienda, prescindendo dal loro singolo consenso o dalla loro adesione alla organizzazione sindacale stipulante, e ciò sull’assunto che tale livello contrattuale disciplini unitariamente indivisibili interessi collettivi dei lavoratori.

Ma, invero, l’estensione dell’efficacia della fonte collettiva aziendale nei confronti di quanti non fossero iscritti al sindacato stipulante è stata soste-

nuta, pure, sulla scorta di ulteriori motivazioni, quali la parità di trattamento, il rispetto del principio di non discriminazione e la qualità di sindacato comparativamente più rappresentativo del sindacato stipulante.

L'unica ipotesi che legittima la mancata estensione a tutti i lavoratori presenti in azienda è quella che viene a configurarsi non nei confronti del singolo, ma con riferimento ad una pluralità di lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa da quella che ha stipulato l'accordo aziendale, ne condividano esplicitamente il dissenso.

Su questo terreno, s'inseriscono l'Accordo Interconfederale del 2011, prima, il Testo unico del 2014, poi.

Quest'ultimo, recependo, sul punto, la disciplina del primo accordo, stabilisce che "i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative sono efficaci ed esigibili per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali, espressione delle Confederazioni sindacali firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e del (l') [...] Accordo, o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettato, operanti all'interno dell'azienda, se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali convenute" con l'accordo medesimo.

Nel caso in cui siano presenti le rappresentanze sindacali aziendali costituite *ex art.* 19 della legge n. 300/1970, i contratti collettivi aziendali "esplicano pari efficacia se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione", rilevati e comunicati secondo quanto previsto dallo stesso accordo.

Insomma, a livello aziendale le parti sociali adottano una soluzione capace di garantire un livello significativo di vincolatività del contratto.

Diverso, s'è visto, il caso del contratto collettivo nazionale.

Certo, il tentativo, fondato su una rappresentatività accertata, di attribuire un'efficacia, anche se tutta endo-sindacale, alla contrattazione collettiva costituisce un passo avanti significativo per la credibilità del sistema contrattuale. Tanto più che al Testo unico del 2014, in un momento successivo alla sua originaria sottoscrizione, aderiscono ulteriori sigle sindacali.

Ma, nell'attuale dibattito sull'efficacia della fonte collettiva, si avverte sempre di più l'opportunità di un intervento normativo che conferisca stabilità al sistema negoziale e vincolatività al contratto collettivo e, a questo riguardo, circolano nell'attuale contesto dottrinale articolate proposte di intervento legislativo.

Ebbene, per completare la riflessione generale, seppur sintetica, sullo stato dell'arte delle relazioni sindacali italiane, residuano, rispetto alla fonte collettiva, alcune osservazioni.

Le clausole dei contratti collettivi hanno occupato, già s'è anticipato,

uno spazio rilevante tra le fonti del rapporto di lavoro.

Esse hanno, principalmente, una funzione integrativa, talvolta in senso meramente specificativo, talaltra in senso ampliativo delle norme di legge, ed in misura minore una funzione innovativa, riconoscendo alcune previsioni di natura esclusivamente collettiva.

A partire dagli anni '70 del Novecento la tendenza legislativa si è orientata in senso contrario, ampliando le competenze della contrattazione collettiva, di quella aziendale in particolare, assegnandole non più esclusivamente funzione integrativa, ma anche derogatoria delle norme di legge.

Invero, il rinvio ai contratti collettivi non è più, necessariamente, garanzia di trattamenti migliorativi rispetto alla disciplina legale, anzi, all'opposto, rappresenta l'opportunità di riconoscere trattamenti peggiorativi per il lavoratore giustificati dal tentativo di salvaguardia dei livelli occupazionali e dalla ricercata competitività aziendale nel mercato interno e globale, laddove l'eccessiva rigidità del sistema delle tutele legali e/o collettive rappresentava il maggiore ostacolo (Santoro Passarelli).

I richiami operati alle clausole dei contratti collettivi in chiave integrativa, per specificare o completare la disciplina legale, sono stati talvolta visti come contrastanti con l'art. 39 Cost. giacché rendono applicabili le norme contrattuali anche ai lavoratori e datori di lavoro non iscritti ai sindacati stipulanti.

Sul punto la Corte costituzionale ha sempre respinto le critiche, mettendo in luce come tali contratti svolgano una funzione di tipo regolamentare che viene loro delegata dalla legge: l'obbligo per il datore di lavoro di conformarsi alle clausole collettive non discende dal contratto stesso ma da norme di legge.

Lo sgretolamento del principio dell'inderogabilità delle norme di legge e dei contratti collettivi nazionali si è sviluppato progressivamente identificando la contrattazione collettiva aziendale o territoriale come lo strumento più idoneo a garantire l'efficacia derogatoria, anche in *pejus*, summenzionata.

In particolare, e con specifico riferimento al rapporto con il contratto collettivo nazionale, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che non esiste nell'ordinamento un criterio legale di scelta in ipotesi di plurime fonti collettive e che, pertanto, il giudice di merito può fare riferimento al contratto collettivo aziendale anziché a quello nazionale, in quanto rispondente al principio di prossimità all'interesse oggetto di tutela, pur se peggiorativo rispetto al secondo, sottolineando che, ragionando al contrario, si introdurrebbe, in modo surrettizio, un principio di inderogabilità del contratto collettivo nazionale da parte di quello aziendale, che non è rinvenibile nel sistema delle fonti sussistendo solo rispetto al contratto individuale.

L'assunto è comprovato anche da un'esplicita presa di posizione da parte del legislatore che, con riguardo al livello decentrato di contrattazione ed alla sua possibile funzione derogatoria, codifica un "contratto collettivo di prossimità", termine quest'ultimo che sta ad indicare sia il contratto collet-