

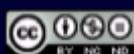


Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 290/2016

© Giuseppe Santoro Passarelli 2016
Università degli Studi di Roma "Sapienza"
pinosp@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act^α

Giuseppe Santoro Passarelli
Università degli Studi di Roma "Sapienza"

1. Prologo.	2
2. La subordinazione: conservazione o ampliamento della fattispecie?	2
3. La frantumazione dell'inderogabilità della disciplina delle mansioni e la rilevanza del contratto individuale.	5
4. L' apporto della dottrina e della giurisprudenza alla valorizzazione degli artt. 2087 e 2103 c.c. in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.	6
5. Il riconoscimento del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e la causa del contratto di lavoro.	7
6. Valore attuale delle clausole generali nel rapporto di lavoro. ..	11
7. Rapporti tra invalidità e illiceità dell'atto.	12
8. Rapporti tra il regime generale delle nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. e il regime di tutela del licenziamento illegittimo stabilito dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.....	13
9. Matrice civilistica del diritto sindacale italiano.	16
10. Funzione attuale delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro.....	20
11. Conclusioni: metodo e obiettivi del Jobs Act.....	21

^α Relazione svolta a Pisa il 3 dicembre 2015 nel convegno di studi della prima sessione "Lavoro e categorie giuridiche".

1. Prologo.

Venendo a Pisa e avendo avuto dal collega Mazzotta l'invito a parlare dei nuovi rapporti tra diritto del lavoro e diritto civile ripensavo al suo discorso che più di 20 anni fa, esattamente nel 1992, aveva svolto, come relatore¹, al convegno da me organizzato a Roma sul diritto del lavoro e categorie civilistiche e a quello di Pedrazzoli, che sottolineava nel suo intervento quanto servono e quanto sviano le categorie del diritto civile, soggiungendo che era opportuno che il diritto del lavoro si emancipasse dal diritto civile come " il figlio dal padre" ².

Ebbene a circa 23 anni di distanza di fronte ad una legislazione speciale come il Jobs Act che ha modificato radicalmente la disciplina di alcune categorie fondanti della nostra materia stiamo assistendo ai tentativi di una parte della dottrina e anche della giurisprudenza di utilizzare le categorie del diritto civile per garantire al lavoratore tutele che, invece, la legislazione speciale ha ridimensionato o addirittura eliminato.

2. La subordinazione: conservazione o ampliamento della fattispecie?

E allora nell'attuale contesto diventa doveroso chiedersi come si siano svolti in questi anni i rapporti tra il diritto del lavoro e il diritto civile e quale sia la funzione attuale delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Procedendo ad un breve e parziale inventario delle tematiche che hanno riguardato il rapporto di lavoro bisogna prendere in considerazione, in primo luogo, la subordinazione che collega il contratto individuale id est diritto civile, con il rapporto di lavoro id est diritto del lavoro.

Certo bisogna riconoscere, ed è noto che nel rapporto di lavoro il rilievo del contratto è stato soverchiato dall'inderogabilità della legge e del contratto collettivo e solo uno spazio residuale era riservato alla volontà delle parti, diretta a costituire il rapporto di lavoro e a determinare trattamenti più favorevoli.

¹ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche Relazione* in G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992 pp 33 e ss

² M. Pedrazzoli, *Quanto servono e quanto sviano le categorie civilistiche ibidem*, pp.84 e ss e in part. 88 dove affermava che il contratto e l'autonomia privata non riuscirà a raffigurare la peculiarità del diritto del lavoro sottolineando che il diritto del lavoro incide sulla distribuzione di potere nella società e fra ceti sociali e alloca risorse economiche stabilendo le regole della loro utilizzazione per lo più senza lasciarsi invadere dal potere politico, conservando di massima la separazione tra sfera sociale e sfera politica.

Mentre il rapporto di lavoro e cioè la subordinazione costituisce la fattispecie tipica o se si preferisce il tipo legale su cui si fonda l'apparato di tutele che costituisce il *proprium* del diritto del lavoro³.

E' noto che tra i civilisti la nozione di fattispecie come struttura logica che precede il fatto è entrata in crisi⁴ perché sarebbe inadeguata a contrastare l'imprevedibile⁵. Il campo sarebbe oggi occupato soltanto dai valori che non hanno bisogno di fattispecie⁶. Qui è sufficiente rilevare che nella nostra disciplina la fattispecie tipica non è uno strumento immutabile o una monade senza finestre impermeabile ai valori che nel tempo possono connotare e integrare la sua disciplina a seconda del contesto che la circonda. Non è neppure una fotografia che fissa una determinata realtà statica, ma è uno strumento che, per effetto dell'interpretazione, registra la realtà del fatto in divenire e da questo ne risulta integrata in un processo continuo e osmotico tra fattispecie e disciplina, senza per questo perdere la funzione di supporto per l'applicazione di una determinata normativa, eventualmente, inderogabile in un determinato momento storico. E di questo processo può considerarsi esempio vivente proprio la subordinazione.

Fattispecie in origine molto rigida e tuttavia nel corso del tempo ampliata progressivamente anche per effetto del metodo tipologico e destinata a coprire sotto il suo manto prima gli operai, per opera della dottrina e della giurisprudenza dei probiviri e di talune leggi, come quella sugli infortuni sul lavoro, poi gli impiegati con la legge sull'impiego privato, e poi ancora gli operai, gli impiegati e i dirigenti nel codice civile del 1942, e infine i quadri con una legge del 1985. E tuttavia la tensione espansiva della subordinazione non si è registrata soltanto all'interno della fattispecie ma, già dal 1973, al confine della subordinazione, quando il legislatore ha previsto in una norma di natura processuale la categoria dei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata⁷ poi trasformati dal d.lgs n. 276 del 2003 in un vero proprio tipo legale in funzione antifraudolenta: quello del lavoro a progetto, ora

³ E su questo rilievo si fonda la tesi dei cosiddetti acontrattualisti come Scognamiglio che comunque non nega l'origine contrattuale del rapporto di lavoro

⁴ v. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36-44; G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza in Persona e Mercato*, 2015 p. 67 ; A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di regole e principi in Persona e Mercato*, 2015, p. 73

⁵ N. Irti, op. cit., p. 37

⁶ N. Irti, op.cit., p. 42

⁷ G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Angeli, Milano, 1979; M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, I, 506 e ss; M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, I, p. 209

abrogato dal legislatore del 2015 perché il progetto non ha funzionato come efficace criterio selettivo⁸.

Non solo ma questo legislatore, come è noto, ha, da un lato, lasciato in vita i rapporti di collaborazione ex art. 409 n. 3 c.p.c e dall'altro ha complicato ulteriormente la linea di confine della subordinazione perché l'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81 applica la disciplina del lavoro subordinato *ai rapporti di lavoro organizzati dal committente*.

In dottrina infatti è aperto il dibattito tra coloro che affermano che la norma abbia inciso e ampliato la fattispecie della subordinazione⁹, e coloro che continuano a qualificare i rapporti organizzati dal committente di natura autonoma¹⁰, e secondo altri¹¹ ancora, l'art. 2 comma 1 non ha inciso sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. ma ha positivizzato alcuni indici elaborati dalla giurisprudenza per qualificare come subordinato il rapporto di lavoro, singolarmente non decisivi ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento concreto¹².

Così intesa la definizione normativa "rapporti di collaborazione organizzati dal committente" attribuisce all'etero organizzazione una funzione di ulteriore supporto all'identificazione della fattispecie (lavoro subordinato), con la finalità di ricondurre nell'ambito effettuale della

⁸ G. Santoro-Passarelli., *Lavoro a progetto (voce)*, in *Enc. Dir., Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 667-693;

⁹ con diverse sfumature v. Treu T. (2015), *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 163; Ghera E. (2015), *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, 2 del dattiloscritto; Mariucci L. (2015), *il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in *LD*, 25; Carinci M.T. (2015), *All'insegna della flessibilità*, in Carinci M. T., Tursi A. (a cura di), *Jobs Act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, XIX, nota 23; Marazza M. (2015), *Lavoro autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act*, Supplemento de *Il sole 24 ore*, mese di luglio.

¹⁰ A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 2015, 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, 282.

¹¹ Cairoli S., *Commento all'art. 2 d. lgs. 81/2015*, in Vallebona A. (diretto da), *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente, Colloqui giuridici sul lavoro*, 2015, 1, 15 ss; G. Santoro-Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n.3 c.p.c.*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 278 e in Carinci F. (a cura di) (2015), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT E-book series, 48.

¹² Come ha sostenuto in un noto saggio M. Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, 1972. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 30.6.1999, n. 379 e, più recentemente, *ex plurimis*, Cass., 19.4.2010, n. 9252.

stessa subordinazione le forme contrattuali di falso lavoro autonomo e quelle che si collocano sul confine¹³.

Ad avviso di chi scrive è preferibile l'ultima tesi ma non si può negare che l'obiettivo di politica del diritto perseguito dal Jobs Act sia quello di allargare le maglie della subordinazione senza modificare la fattispecie dell'art. 2094 c.c. nel tentativo di ridurre il mercato del lavoro costituito dagli outsiders.

Come si può constatare quindi il legislatore ha continuato ad utilizzare la fattispecie per delineare i confini della subordinazione mentre, come si vedrà, la giurisprudenza e la dottrina hanno introiettato, attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali, nella disciplina della subordinazione una serie di valori costituzionali e in primis la dignità del lavoratore.

In questa prospettiva i valori e i principi costituzionali integrano la disciplina applicabile alla fattispecie che non per questo cessa di esistere e di assolvere alla sua funzione anche se certamente non è più soltanto una struttura logica ma diventa una categoria storica a cagione della contaminazione che si realizza attraverso l'opera dell'interprete tra fattispecie e fatti, valori, principi e diritti riconosciuti dalle leggi e dalla Costituzione e dalle fonti sovraordinate. In questo senso è vero che nell'interpretazione si incarna il diritto¹⁴.

3. La frantumazione dell'inderogabilità della disciplina delle mansioni e la rilevanza del contratto individuale.

In secondo luogo si deve avere riguardo al nuovo testo dell'art. 2103 c.c. che modifica radicalmente la disciplina precedente.

Leggendo questa disposizione si percepisce con chiarezza che da un lato la norma inderogabile subisce un processo di frantumazione rilevante perché è vero che il nuovo testo la conserva all'ultimo comma come norma di principio, ma in realtà il numero e la portata delle eccezioni sono così rilevanti da trasformare la inderogabilità da monolite in una sorta di simulacro. Questa disposizione si colloca, a ben vedere sulla scia dell'art. 8 del dlgs. n. 138 del 2011 e in qualche misura la supera. Infatti a differenza dell'art. 8 che legittimava solo i contratti aziendali a derogare norme di legge su determinate materie tra le quali anche le mansioni, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. frantuma ulteriormente il monolite dell'inderogabilità della norma di legge perché in questo caso non si limita ad abilitare i contratti collettivi nazionali e

¹³ v. in questo senso Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2015 p. 372

¹⁴ G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Studi su ermeneutica e diritto, Torino, 2014, p. 71 che richiama un'espressione di Paolo Grossi.

aziendali a derogare norme di legge (comma 4) ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale a derogarla sia pure a certe condizioni.

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. prevede infatti condizioni di legittimità per l'adibizione a mansioni inferiori. Da un lato le modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore per giustificare il potere unilaterale del datore di lavoro di adibire il lavoratore ad un livello di inquadramento inferiore. E dall'altro lato la novazione del rapporto di lavoro per consentire la conservazione del posto di lavoro attraverso la conclusione di un nuovo contratto tra le parti sia pure in sede assistita.

E si noti che al processo di frantumazione della inderogabilità corrisponde l'ampliamento dello spazio negoziale delle volontà individuali delle parti con la riemersione della categoria del contratto individuale, relegata, come già detto, dalla normativa lavoristica ad un ruolo secondario e cioè solo come fonte costitutiva del rapporto individuale e come fondamento dei trattamenti di miglior favore.

Viceversa, allo stato attuale il contratto individuale, sia pure in sede protetta, acquista addirittura una funzione normativa di regolazione del trattamento normativo ed economico spettante al lavoratore, il quale, pur di conservare il posto di lavoro è disposto ad accettare una modificazione sostanziale *in pejus* della propria posizione lavorativa.

4. L' apporto della dottrina e della giurisprudenza alla valorizzazione degli artt. 2087 e 2103 c.c. in tema di risarcimento del danno non patrimoniale.

In terzo luogo è opportuno ricordare il proficuo dibattito sulla valorizzazione dell'art. 2087 c.c., non solo relativamente alla tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore attraverso il riconoscimento del danno biologico, ma anche con riguardo al profilo della personalità morale (tradotto nel linguaggio attuale della dignità) del lavoratore, la cui lesione ha contribuito al riconoscimento del danno non patrimoniale.

La copiosa giurisprudenza sul tema, ha sicuramente contribuito ad arricchire la fattispecie del danno non patrimoniale, anche sotto la specie del danno esistenziale, del quale, per altro la giurisprudenza di legittimità ha escluso la rilevanza come voce autonoma di danno¹⁵, danno che, secondo quella sentenza, deve essere provato.

¹⁵ Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; conf. recente Cass., sez. III, 8 maggio 2015, n. 9320.

E' anche notorio che la giurisprudenza successiva, di merito¹⁶ ed anche di legittimità¹⁷, nella delicata fase di liquidazione del danno non patrimoniale da demansionamento, pur senza affermare la configurabilità di un danno *in re ipsa*, ha continuato a fare ricorso al criterio equitativo. E lo ha fatto sulla base di meri indici presuntivi quali la durata e l'intensità del demansionamento, talora desumendo da tali elementi sia l'esistenza del danno non patrimoniale, sia la sua quantificazione.

Certo la ricchezza che in questo caso la giurisprudenza e la dottrina lavoristica hanno sicuramente apportato al tema del risarcimento del danno non patrimoniale sarà drasticamente ridimensionata dalla nuova disciplina dell'art. 2103 c.c. che riduce le ipotesi di demansionamento vietato, e soprattutto non sarà più configurabile una forma di risarcimento ogni qualvolta non si tenga conto della professionalità acquisita.

5. II riconoscimento del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e la causa del contratto di lavoro.

E il riferimento alla dignità del lavoratore, evocato anche dal riferimento all'art. 2 cost oltre che al testo previgente dell'art. 2103 c.c., ha consentito alla giurisprudenza di enucleare un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, risarcibile, in caso di lesione, non solo nelle ipotesi di assegnazione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte, ma anche in quelle ipotesi in cui il lavoratore non è in realtà demansionato, ma è lasciato inattivo, o è comunque emarginato dalla vita lavorativa ed aziendale¹⁸ (senza per questo essere considerato vittima di mobbing).

In passato una siffatta condotta del datore, attesa la natura corrispettiva del contratto di lavoro, non riceveva alcuna sanzione e il lavoratore restava sprovvisto di tutela.

¹⁶ App. Firenze 14 giugno 2012; App. Potenza 9 aprile 2015; Trib. Roma 23 dicembre 2010; Trib. Bari 19 aprile 2012.

¹⁷ Cass. 26 giugno 2006, n. 14729, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 492; Cass. 26 novembre 2008, n. 28274, in *Foro it., Rep.* 2008, voce *impiegato dello stato e pubblico*, n. 427; Cass. 19 settembre 2014, n. 19778; Cass. 17 dicembre 2014, n. 26590, in *Danno e resp.*, 2015, p. 503; Cass. 28 aprile 2015, n. 8581, in *Dir. giust.*, 2014, 29 aprile; Cons. St., sez. III, 12 gennaio 2015, n. 28, in *Dir. giust.*, 2015..

¹⁸ Riferimenti all'art. 2 Cost. si possono cogliere in Cass. 27 aprile 2004, n. 7980 e Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Dir. prat. lav.*, 2008, p. 1424. Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199.

Solo secondo una parte della dottrina più avanzata¹⁹, la condotta del datore di lavoro poteva essere sanzionata, attraverso la mora credendi e cioè sanzionando il datore di lavoro creditore che, senza motivo legittimo, si rifiutasse di ricevere la prestazione di lavoro²⁰. E il ricorso a questo schema derivava dalla convinzione che il contratto di lavoro fosse contrassegnato da due obbligazioni corrispettive quella di lavorare e quella di retribuire. In altre parole la causa del contratto di lavoro consentiva di annoverare questo contratto fra quelli di scambio.²¹

Si noti però che lo stesso Francesco Santoro- Passarelli²², che può essere considerato a ragione uno dei primi e più convinti sostenitori della natura corrispettiva del contratto di lavoro, nel secondo dopo guerra, già nelle prime edizioni delle Nozioni di diritto del lavoro sottolineava che gravitano intorno alle due obbligazioni principali: "Oneri, obblighi strumentali o accessori e corrispondenti pretese, potestà di preposizione e corrispondenti soggezioni, costituiscono siffatti doveri e poteri, che, rimanendo distinti dal debito e dal credito di lavoro o di retribuzione compongono tuttavia *necessariamente* la rispettiva posizione del prestatore e del datore di lavoro". E lo stesso Santoro Passarelli riconosceva il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione e all'utilizzazione del lavoro quando fosse giustificato oggettivamente dalla natura del lavoro²³.

Orbene bisogna prendere atto che parecchia acqua è passata sotto i ponti rispetto al tempo in cui furono formulati questi rilievi, ma solo da una ventina di anni, a seguito di un'evoluzione normativa rilevante attuata e provocata dallo Statuto dei lavoratori, e da una normativa antidiscriminatoria ricchissima, successiva allo Statuto, una parte della dottrina e della giurisprudenza, propone sempre più frequentemente un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di lavoro, utilizzando come criteri interpretativi valori costituzionali come dignità, solidarietà uguaglianza, merito.

¹⁹ G.Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; E.Ghera, F.Liso, *La mora del creditore (dir. lav) in Enc.dir., vol. XXVI*, Giuffrè, Milano, 1976, E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990, V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992

²⁰ Era comunque diffusa la convinzione secondo cui la *mora accipiendi*, una volta assicurata la permanenza dell'obbligo retributivo (artt. 1206 e 1217 c.c.) non consentirebbe il riconoscimento di ulteriori danni per mancanza dei presupposti, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge o dal contratto collettivo.

²¹ E si noti che subito dopo la caduta dell'ordinamento corporativo questa qualificazione non era pacifica. Un civilista autorevolissimo come Pugliatti, scriveva che il contratto di lavoro era un contratto associativo o altri come Scognamiglio hanno sempre sostenuto che il rapporto di lavoro non avesse origine contrattuale.

²² Nozioni di diritto del lavoro, Napoli, 1995 pp. 189

²³ *ibidem* p. 194

Questo tipo di interpretazione ha consentito alla giurisprudenza e alla dottrina²⁴, attraverso un lungo e non agevole percorso di superare progressivamente la resistenza a qualificare in termini di diritto, la pretesa del lavoratore di eseguire la prestazione pattuita nel contratto di assunzione, rinunciando peraltro ad affrontare la questione della causa del contratto²⁵.

Il dubbio che si pone agli interpreti rispetto alla ricostruzione del diritto a eseguire la prestazione di lavoro è relativo al passo ulteriore, e cioè chiarire se il fondamento di tale diritto sia da rinvenire direttamente nelle disposizioni stesse della Costituzione²⁶, o sia ancora ricavabile da un'interpretazione, costituzionalmente orientata ma sempre più forzata, dell'art. 2103 c.c.

Questa norma, come si è detto, è diretta ad apporre limiti all'esercizio dello *jus variandi* nella determinazione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa. E secondo il vecchio testo, in caso di mobilità orizzontale, il limite era costituito dall'equivalenza delle mansioni rispetto alle ultime effettivamente svolte, invece secondo il nuovo testo, è costituito dal medesimo livello di inquadramento e della categoria legale rispetto alle ultime effettivamente svolte.

Come è noto, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. non garantisce più la professionalità acquisita ma una professionalità di eguale valore nell'ambito della categoria e dello stesso livello di inquadramento nel caso di mobilità orizzontale e, ferma la irriducibilità della retribuzione, consente diverse ipotesi di adibizione a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore in presenza di certe condizioni.

Se dunque è vero che sotto questo profilo il nuovo testo dell'art. 2103 non consente al datore di lavoro la sottrazione totale delle

²⁴ F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 2015, 257, p. 3. l'a., che in passato ha sostenuto la tesi della mora del creditore, ora, sia pure per accenno, riconosce al lavoratore la titolarità del diritto ad eseguire la prestazione. In senso contrario C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino, pp. 101 102

²⁵ Ovviamente tale diritto non va confuso con il diritto ad avere un posto di lavoro che certo non può essere oggetto di una pretesa nei confronti dello Stato chiamato dall'art. 4 Cost a predisporre misure e procedure di formazione e qualificazione dei lavoratori volte a rendere effettivo questo diritto

²⁶ V. in q. senso Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, secondo cui "*Sul piano generale, deve rilevarsi che danno patrimoniale e danno non patrimoniale furono disciplinati dal legislatore del 1942 rispettivamente agli artt. 2043 e 2059 c.c.,... Il quadro normativo è, però, successivamente e profondamente mutato: l'art. 2 Cost., di ispirazione democratica e liberale, riconosce e garantisce infatti i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*".

mansioni²⁷, tuttavia non sembra che l'assetto complessivo della disposizione (basta pensare al comma 6 dell'art. 2103) sia utilizzabile come base normativa del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa.

E tuttavia non si può escludere che il suddetto diritto, salva una verifica rigorosa di tale ricostruzione, che ovviamente finisce per toccare la causa del contratto (perché l'esecuzione della prestazione lavorativa secondo questa ricostruzione diventa contemporaneamente oggetto di un obbligo e di un diritto dello stesso lavoratore), possa essere configurato come diritto autonomo del lavoratore e più precisamente come diritto della personalità²⁸, che ha il suo fondamento su norme costituzionali come l'art. 2, che tutela la dignità umana²⁹.

In questo modo sarebbe possibile svincolare tale diritto dalla tutela, non sempre coincidente, della professionalità, a maggior ragione dopo la novella che ha profondamente modificato il vecchio testo dell'art. 2103 c.c., o dalla tutela della salute del lavoratore *ex art.* 2087 c.c.

Bisogna comunque prendere atto che, pur configurato come diritto della personalità, l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa non avrebbe la tutela "forte", per esempio, del diritto al nome e anche il ricorso al provvedimento di urgenza *ex art.* 700 c.p.c., non sembra risolutivo, perché consiste pur sempre in una condanna ad eseguire, generica e del tutto incoercibile³⁰.

E d'altra parte, a seguito dell'accertamento da parte del giudice, nel giudizio ordinario, dell'inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, cioè di un obbligo di fare, il

²⁷ In questo senso anche C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, cit., p. 99

²⁸ v. P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in senso critico con riferimento al diritto al lavoro che considera diritto complementare della personalità "è arduo pensare che possa costituire oggetto di pretese interpretative" tesi condivisibile, ma poi aggiunge "discorso diverso riguarda i casi in cui il datore di lavoro sia tenuto ad instaurare o a conservare il rapporto"; v. sia pure per accenno, in senso favorevole R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, 137-8; Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990.

²⁹ Oltre alla giurisprudenza già citata, si possono cogliere spunti interessanti, ancorché non completamente sviluppati, in Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Lav. giur.*, 2004, p. 1265; Trib. Treviso 13 ottobre 2000, in *Lav. prev. oggi*, 2000, p. 2324 e Trib. Camerino 2 aprile 2007, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1044 nonché, per il riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., nelle sentenze Cass. 2 agosto 2006, n. 17564, cit.; Cass. Ss. Uu. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Rep.* 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 644; Cass. 30 luglio 2009, n. 17778, in *Guida dir.*, 2009, 35, p. 29.

³⁰ V. Nogler, in *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2013, in part. p. 1000-1008, tutto teso a superare la deriva indennitaria del diritto a lavorare del prestatore di lavoro. In giurisprudenza v. già ord. Trib. Perugia 10 giugno 2004, in *Lav. giur.*, 2006, p. 85.

rimedio sarebbe pur sempre di natura risarcitoria e non restitutoria del diritto leso. E tale danno sarebbe ascrivibile all'art. 2059 c.c. e cioè al danno non patrimoniale.

Insomma la violazione di questo diritto, pur costituzionalmente fondato, non può essere sanzionata con l'esecuzione in forma specifica e cioè con una tutela restitutoria ma soltanto risarcitoria.

La vicenda di questo diritto consente di affermare però che lo schema dello scambio, anche se doverosamente arricchito del profilo organizzativo³¹, non appare adeguato e sufficiente a descrivere la trama dei poteri, doveri e diritti riferibili alle parti del rapporto di lavoro.

Con questa affermazione non si nega che la prestazione di lavoro e la retribuzione continuino a contrassegnare il contratto di lavoro ma bisogna prendere atto che altre situazioni giuridiche soggettive distinte dal credito e dal debito che compongono necessariamente la posizione del prestatore e del datore di lavoro convivono con le prime o più precisamente interferiscono con esse in posizione pari ordinata e non accessoria.

Se questo è vero diventa inevitabile iniziare a riflettere sulla causa del contratto di lavoro nel momento in cui nel contenuto di questo contratto penetrano valori costituzionali come dignità, solidarietà, discriminazione, pari opportunità in generale e non solo con riferimento al sesso.

Beninteso un discorso sulla causa è ovviamente condizionato dalla normativa in vigore e riguarda non solo le situazioni giuridiche soggettive attive e passive attribuite alle parti ma anche l'incidenza delle clausole generali come la buona fede o la correttezza sull'esercizio dei poteri datoriali³² o una nuova rilevanza e incidenza della diligenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa per esempio sulle clausole di scarso rendimento finora rilevanti solo nei limiti della prova della negligenza.

6. Valore attuale delle clausole generali nel rapporto di lavoro.

Proprio con riferimento ai poteri datoriali, infatti, potrebbe essere forte la tentazione di ricorrere a tali clausole generali per recuperare

³¹ Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966

³² Giugni, A questo proposito mi piace ricordare l'ammonimento di Giugni "a non fare derivare dalle clausole generali un concetto generale di discrezionalità da applicare al rapporto di lavoro" e di pari passo considerare "questo concetto come strumentale ad un'idea più generale di parità di trattamento.....il rischio è che emarginiamo definitivamente il diritto del lavoro dai suoi rapporti con l'economia di mercato ", in G. Santoro-Passarelli, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit. p. 74

garanzie che la legge ha voluto attenuare, ma una tale operazione potrebbe portare ad interpretazioni in contrasto con la normativa vigente.

D'altra parte, rinunciare del tutto all'uso di tali clausole in ragione di una asserita autonomia e autosufficienza della nostra disciplina rischia di suffragare interpretazioni del tutto avulse dal sistema giuridico nel quale le stesse si inseriscono.

A mio avviso è fortemente dubbio che clausole generali come la correttezza e la buona fede possano essere utilizzate in funzione di recupero di determinate garanzie. Infatti, queste, come norme di condotta, non possono essere utilizzate per apporre limiti di validità agli atti compiuti nell'esercizio dei poteri dell'imprenditore, limiti che non siano previsti dal legislatore o dal contratto collettivo³³, diversamente da quanto si verificava nel regime precedente.

Sotto quel regime l'illegittimo esercizio del potere del datore di lavoro determinava di norma l'invalidità dell'atto mentre con il nuovo regime, di norma, l'illegittimo esercizio del potere è punito con una sanzione risarcitoria.

Parimenti, affermare secondo lo *jus receptum* della giurisprudenza che le clausole di scarso rendimento rilevano solo nei limiti della prova della negligenza significa negare un valore aggiunto di queste clausole che invece tendono a spostare la responsabilità dell'adempimento del debitore (lavoratore) al momento della realizzazione del risultato.

Sono discorsi qui solo necessariamente accennati che vanno approfonditi.

7. Rapporti tra invalidità e illiceità dell'atto.

Anche i riferimenti all'illiceità e all'invalidità di determinati atti di esercizio dei poteri datoriali devono essere opportunamente precisati: l'illiceità dell'atto non determina necessariamente l'invalidità dello stesso.

³³ Sul tema in generale Cfr. A.Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss., ivi 553; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1974, p. 27; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., ivi 13 e 17. V. anche P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 ss. In senso contrario si esprime S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, ristampa integrata, Milano, 2004, p. 178.

Tra i giuslavoristi si legga L. Montuschi, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav dir.*, 1996, p. 143; A. Perulli, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 3 ss.; 2001; M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, p. 135 ss., p. 142-143 e, da ultimo, le relazioni alle giornate di studio AIDLASS (29-30 maggio 2014) di G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, tutte in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 3 e ss.

Così il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 è illecito ma valido, perché estingue il rapporto dando luogo alla sola indennità risarcitoria commisurata all'anzianità di servizio, mentre lo stesso licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa ai sensi dell'art. 18 è invalido.

Anche il licenziamento discriminatorio è invalido, perché non idoneo ad estinguere il rapporto.

A volte le due categorie sono concorrenti o alternative nell'ambito della stessa disposizione: si pensi al nuovo testo dell'art. 2103 c.c.: l'adibizione a mansioni diverse in mancanza di adempimento dell'obbligo formativo, laddove necessario, è illecita ma valida.

Il demansionamento al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, invece, ricade nella nullità di ogni patto contrario e conseguentemente è invalido e si tratta di una sanzione forte come la nullità.

In linea generale si potrebbe affermare che la concorrenza tra le due categorie si verifica tutte le volte in cui l'illegittimo esercizio del potere si traduce nella nullità dell'atto con conseguente tutela reale (altro discorso è, ovviamente, la possibilità di esecuzione in forma specifica); l'alternatività tra illiceità e invalidità si ravvisa, invece, laddove l'illegittimo esercizio del potere datoriale determina soltanto una tutela risarcitoria.

Una delle categorie civilistiche maggiormente interessata dalle nuove disposizioni è proprio la nullità, a volte espressamente menzionata dal legislatore (nuovo testo dell'art. 2103, comma 9; art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2015; altre volte, invece, non presa in considerazione ma astrattamente ricavabile in base alla disciplina generale del Codice civile.

8. Rapporti tra il regime generale delle nullità ex artt. 1324 e 1418 c.c. e il regime di tutela del licenziamento illegittimo stabilito dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Come si è detto, l'art. 2 prende in considerazione accanto al licenziamento discriminatorio altri casi di nullità del licenziamento *espressamente* previsti dalla legge, mentre l'art. 3 dello stesso decreto ha stabilito la tutela indennitaria nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo soggettivo e giusta causa con l'eccezione prevista dal secondo comma della stessa disposizione, che invece prevede la reintegrazione in certe ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Orbene queste due norme pongono all'interprete un interrogativo sul regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di illegittimità del licenziamento derivanti da violazione di norme imperative o dal motivo illecito e determinante ma che non siano previsti dalla normativa lavoristica espressamente come ipotesi di nullità.

E quindi la prima domanda che bisogna porsi è quale sia l'ambito di applicazione dell'espressione adottata dal legislatore nell'art. 2 e cioè "*quali siano gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*".

Un'interpretazione letterale della norma porta ad individuare solo due ipotesi:

1) i licenziamenti intimati per causa di matrimonio ai sensi dell'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 198 del 2006 (testo unico delle pari opportunità uomo donna);

2) i licenziamenti intimati durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino, ed altre ipotesi connesse alla tutela della c.d. genitorialità³⁴ (in base all'art. 54, comma 5, d.lgs. n. 151 del 2001).

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa escluderebbe dalla nullità tutte le ipotesi prese in considerazione dall'art. 18 commi 1 e 7 della legge Fornero e tra queste, in particolare quella del licenziamento determinato da un motivo illecito "determinante".

La fattispecie evocava in modo netto l'art. 1345 c.c. e con esso il licenziamento determinato da un motivo di ritorsione o di rappresaglia rispetto ad un comportamento legittimo del dipendente, da tempo assimilato dal diritto vivente, almeno negli effetti, al licenziamento discriminatorio³⁵.

La nuova disciplina, invece, non menziona più l'art. 1345 c.c.

Pertanto, a rigore, la nullità del licenziamento determinato da un motivo illecito determinante non risulta più "espressamente" prevista³⁶, come pure non risulta espressamente prevista la nullità del licenziamento in violazione di norme imperative come per esempio la violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.

³⁴ Si tratta delle ipotesi dell'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9: licenziamenti intimati in conseguenza della domanda o della fruizione del congedo parentale o per malattia del bambino, licenziamenti intimati al padre del bambino durante il periodo di astensione obbligatoria e fino al compimento di un anno di vita del bambino, nel caso di morte o grave infermità della madre, di abbandono o di affidamento esclusivo al padre.

³⁵ Cfr. *ex plurimis* v. Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282.

³⁶ Cfr. sul punto, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 311 ss., propende per considerare comunque espressamente prevista dalla legge la nullità del licenziamento per motivo illecito.

L'interpretazione letterale di questa formulazione legislativa indubbiamente esclude dalla dall'applicazione della nullità queste, come anche altre gravi ipotesi di recesso, se è vero che esistono previsioni di divieto non espressamente poste a pena di nullità eppure desumibili dal testo della legge (si pensi al divieto di licenziare un lavoratore in caso di trasferimento d'azienda o il licenziamento irrogato prima del superamento del periodo di comporta ossia per violazione dell'art. 2110 comma 2 c.c.).

Ma prima di arrivare a questa conclusione bisogna avere riguardo all'art. 1324 c.c. secondo cui si applicano agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale le norme che regolano i contratti in materia di nullità in quanto compatibili, salve diverse disposizioni di legge.

Anche questa norma riferibile certamente al licenziamento contiene una riserva a favore di una normativa apposita, e cioè, nel caso di specie, del Jobs Act che, come si è detto, applica al licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, e soggettivo in alcuni casi, soltanto la sanzione indennitaria e cioè considera il licenziamento valido ma illecito.

D'altra parte anche l'art. 1418 comma 1 sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative *salvo che la legge disponga diversamente*.

Quindi anche in caso di violazione di norme imperative la sanzione della nullità non può essere applicata quando una normativa espressamente prevede un regime sanzionatorio diverso, in questo caso costituito dall'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23.

Ma questa disposizione, come è noto, richiama espressamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

E perciò il giudice dovrà in primo luogo accertare se il licenziamento sottoposto al suo esame integri gli estremi del giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa.

E così ad esempio il licenziamento per mancato superamento del periodo di comporta e il licenziamento del lavoratore in caso di trasferimento di azienda integrano gli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo?

In questi casi, a mio avviso, sia pure con qualche dubbio, si può rispondere affermativamente³⁷.

³⁷ Infatti l'art. 2112 comma 4 pur affermando che il trasferimento di azienda non costituisce di per se motivo di licenziamento fa salva la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamento con la conseguenza che il licenziamento disposto in occasione del licenziamento potrà essere considerato illegittimo ma sanzionato con il risarcimento e non più con la reintegrazione.

Si deve aggiungere a questo punto che l'art. 1418 al comma 2 cc. stabilisce che producono nullità del contratto, tra le altre cause, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c.

Quest'ultima disposizione sembra avere una portata fortemente inderogabile perché non fa salva una diversa disposizione di legge ma soprattutto il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, e cioè per motivo illecito, non appare riconducibile nè al giustificato motivo soggettivo nè a quello oggettivo ma provoca la lesione della dignità del lavoratore analogamente a quello discriminatorio.

E quindi nel silenzio del Jobs Act, il licenziamento per ritorsione, non essendo riconducibile nè al giustificato motivo oggettivo nè a quello soggettivo, deve essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c. al pari del licenziamento discriminatorio.

Vale la pena anche precisare che in questo caso non si tratta di usare la nullità per aggirare le norme di legge e per perseguire obiettivi non voluti dal legislatore ma soltanto si propone un'interpretazione delle norme che non stravolga la corretta e conseguente applicazione del regime generale delle nullità previsto dall'art. 1418 c.c. in assenza di una espressa tutela risarcitoria prevista dalla legge.

9. Matrice civilistica del diritto sindacale italiano.

Quanto alla matrice civilistica del diritto sindacale mi corre l'obbligo di ricordare un famoso convegno, quello di Taormina del 1954, dove si fronteggiarono due tesi sull'art. 39 cost. una di stampo pubblicistico di Mortati³⁸ e l'altra di impronta privatistica di Santoro-Passarelli³⁹.

In quel caso prevalse la ricostruzione privatistica, a mio avviso, non per ragioni di natura teorica e scientifica, ma perché la qualificazione del sindacato come associazione privata e il contratto collettivo, come contratto di diritto comune, soddisfacevano in modo immediato le esigenze e le aspettative del sindacato, in assenza e nell'attesa di una legge sindacale che tardava ad intervenire.

Certamente se fosse intervenuta la legge sindacale, la partita si sarebbe svolta in modo diverso. Ma la storia non si fa con i se, e nell'attesa della legge sindacale la privatizzazione del diritto sindacale apparve la soluzione più efficiente alla risoluzione dei problemi concreti e

³⁸ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, 149

³⁹ Non è mai stata pubblicata la relazione di F. Santoro-Passarelli, ma l'illustre autore ha pubblicato le sue tesi in una serie di saggi *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero, Contratto collettivo e norma collettiva, Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato, Autonomia collettiva* ora tutti in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961

immediati dei sindacati, notoriamente contrari all'intervento legislativo in materia sindacale e, in particolare la Cisl, all'attuazione dell'art. 39 comma 4 cost.

Tuttavia e, doverosamente, si deve aggiungere che la necessità di approntare un minimo di disciplina giuridica ai sindacati e al contratto collettivo non ha impedito di mettere in luce i limiti che pure presenta la ricostruzione privatistica: e cioè la difficoltà di fondare normativamente l'inderogabilità del contratto collettivo una volta che fosse considerato atto di autonomia priva sia pure collettiva anzicchè atto normativo.

Come pure l'efficacia soggettiva del contratto collettivo necessariamente limitata e non erga omnes ha sempre costituito un limite.

Entrambi questi limiti sono stati superati sul piano empirico con molta disinvoltura dalla giurisprudenza che ha continuato a fondare sull'art. 2077 c.c. l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune anche se la norma si riferiva al contratto corporativo che era un atto normativo e non un atto di autonomia privata.

Mentre ha riconosciuto l'efficacia generalizzata, e, si noti, non generale del contratto collettivo, sia, attraverso i meccanismi volontari dell'autonomia individuale di estensione dell'efficacia soggettiva come l'accettazione tacita, il comportamento concludente, la clausola di rinvio, sia, in caso di dissenso delle parti, ricorrendo al combinato disposto dell'art. 36 Cost. e art. 2099 comma 2 c.c.

D'altra parte bisogna ricordare che sul piano teorico i problemi legati all'efficacia soggettiva del contratto collettivo sono stati risolti nell'esperienza sindacale italiana dal principio dell'effettività dell'attività sindacale come portato della teoria dell'ordinamento intersindacale⁴⁰.

Questa teoria ha avuto una funzione notevole nello sviluppo delle relazioni industriali e in generale nella cultura giussindacale nel periodo degli anni 60 e 70, e il suo autore ha partecipato in veste di protagonista, non solo alla redazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori, ma può considerarsi l'autore tecnico di diversi accordi cd. di concertazione a cominciare da quelli del 1984 e, in particolare, quello del 1993 (con annesso accordo interconfederale sull'istituzione delle r.s.u) dove le parti sociali e il governo si obbligavano a uno scambio politico in cui ciascuna delle parti si impegnava fare qualcosa: il governo riconosceva incentivi fiscali e previdenziali alle imprese che creavano nuove occasioni di lavoro,

⁴⁰Giugni, Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva, Milano 1960.

e i sindacati si impegnavano a una politica di moderazione salariale e di contenimento del conflitto collettivo⁴¹.

In questi accordi la funzione del sindacato travalica quella rappresentativa degli interessi del mondo del lavoro dipendente per assumere senza infingimenti un vero e proprio ruolo politico di partecipe alle scelte di politica economica del Governo in materia di lavoro.

Infatti secondo la Corte costituzionale tali accordi non rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 39 cost.⁴²

E questo aiuta a comprendere come la rappresentanza sindacale come rappresentanza volontaria degli interessi e come fondamento dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo ovviamente non risulta più utile schema di imputazione degli effetti del contratto collettivo, imputazione già messa in discussione da quelle dottrine⁴³ secondo le quali il potere del sindacato non deriva dai suoi associati ma dallo stesso art. 39 cost.

Certamente, come si è detto, un portato della ricostruzione di Giugni è il principio dell'effettività dell'attività sindacale che consente di riconoscere al contratto collettivo efficacia generalizzata in via di fatto, a tutti i lavoratori iscritti e non iscritti ad eccezione di quei lavoratori iscritti al sindacato dissenziente che abbia la forza di imporre alla controparte un nuovo contratto collettivo. Così operando il contratto collettivo si avvicina molto alla fonte. E infatti, Giugni con grande equilibrio e realismo, afferma che il contratto collettivo, deve essere considerato fonte dell'ordinamento intersindacale e atto di autonomia privata nell'ambito dell'ordinamento statale e definisce " bivalenza normativa" questa attitudine del contratto collettivo.

A questo proposito bisogna anche aggiungere che il sistema sindacale italiano si è potuto sviluppare e articolare in modo fecondo secondo il principio dell'effettività sindacale se e nella misura in cui ha retto e regge l'unità di azione tra i grandi sindacati storici. Quando questa è venuta meno, inesorabilmente viene meno l'effettività dell'attività sindacale e l'intervento della legge diventa inevitabile.

L'efficacia generalizzata era favorita nei fatti dall'unità di azione dei sindacati e anche dalla crescita economica.

⁴¹ G. Santoro Passarelli., *Intervento*, in *Parlamento e concertazione, Atti dell'Incontro di studio, Roma, 18 febbraio 1999*, in *Quad. arg. dir. lav.*, Padova, Cedam, 1999, pp. 75 ss.; E. Ghera, *la Concertazione sociale nell'esperienza italiana*, in *RIDL*, 2000, I, p. 115

⁴² Corte cost., 7 febbraio 1985, n. 34 in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 607

⁴³ R. Scognamiglio, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *RDC*, 1971, I, p. 140 M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972

E' vero infatti che non ci sono dissensi quando la contrattazione è acquisitiva. I problemi diventano rilevanti, in assenza di una norma di legge, quando la contrattazione è in parte ablativa, nel senso che introduce deroghe peggiorative alla disciplina preesistente o di rango superiore, *perché con il contratto non è facile governare il dissenso*.

Il venir meno dell'unità di azione sindacale ha mostrato in modo evidente la limitata operatività del contratto collettivo di diritto comune sia nei confronti dei lavoratori non iscritti ad alcun sindacato, sia quando nello stesso settore si abbiano più contratti collettivi nazionali .

Nè è riuscita ad arginare il dissenso sindacale la tesi suggestiva del contratto collettivo come fonte e della sua possibile collocazione nel sistema delle fonti sostenuta da una parte della dottrina pubblicistica⁴⁴ e lavoristica⁴⁵ sulla base del principio di effettività e del tasso di osservanza e di accettazione del contratto collettivo e su un dato normativo come l'art. 360 n. 3 c.p.c nel testo novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006 che prevede la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione delle clausole dei contratti collettivi nazionali.

Per completezza però va ricordato che un'altra parte della dottrina⁴⁶ contesta questo assunto, ribadisce la natura privata degli interessi collettivi destinati a prevalere su quelli individuali ed osserva come la previsione di sanzioni ed incentivi all'applicazione di una disciplina sindacale presupponga l'efficacia limitata del contratto collettivo.

Ma anche superando questi ultimi rilievi, si deve riconoscere che il contratto come fonte non si è imposto sui dissenzienti nelle aule di giustizia, mentre si è imposto sul piano dell'effettività solo nei confronti dei soggetti che non hanno la forza contrattuale di imporre al datore di lavoro un altro contratto. Ma questo, come si è detto è un portato dell'effettività dell'attività sindacale che regge quando c'è l'unità di azione tra sindacati.

Mentre, come è noto la norma di legge si impone sui destinatari anche contro la volontà degli stessi.

⁴⁴ A Pizzorusso, Art. 1- 9 Fonti del diritto, in Comm Sialoja e Branca, Giuffrè Milano, 2011; F. Modugno, I contratti collettivi di diritto comune sono fonti ? in G. Santoro- Passarelli (a cura) Rappresentanza sindacale e contratto collettivo, Jovene, pp. 7 e ss. Napoli, 2010; 1

⁴⁵ *Ex multis* M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino 2003, in part. p. 254; *Utet*, Torino 2003, in part. 254 ; Id, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in Studi in onore di Ghera, Bari, 2008, p. 106; G. Proia, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Giuffrè, Milano, 1994, pp.119, 167 parla di fonte fatto; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 202/2014;

⁴⁶ M. Persiani, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, I, pp. 1, 8, 15

Certamente al di là delle questioni di costituzionalità, il contratto collettivo aziendale ex art. 8 legge n. 148 del 2011 può essere considerato una fonte in senso tecnico perché è munito non solo dell'efficacia generale attribuita dall'art. 8 ma anche della forza di derogare direttamente norme inderogabili di legge⁴⁷. E ormai anche il Jobs act si colloca sulla stessa scia dell'art. 8, ossia la legge autorizza non soltanto il contratto collettivo ma anche a quello individuale a derogare norme di legge, *ma diversamente dall'art. 8 non ha attribuito efficacia generale ai contratti collettivi in deroga*.

E infine il diritto di sciopero: come è noto ha prevalso la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero, sostenuta da autorevoli civilisti, o come diritto potestativo⁴⁸, ormai superato dalla giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto lo sciopero d'imposizione politico economica e anche lo sciopero politico, o come diritto assoluto della persona⁴⁹, perché era l'unico modo per esercitarlo subito all'indomani della promulgazione della Costituzione.

Non è prevalsa la tesi della titolarità collettiva dello sciopero⁵⁰ che sicuramente era più persuasiva perché avrebbe avuto, come ha anche oggi bisogno, dell'intervento del legislatore ordinario.

Eppure anche in questo caso la realtà sta diventando sempre più pressante soprattutto in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sta riprendendo vigore la tesi della titolarità collettiva e cioè del fatto che lo sciopero si attua solo se la maggioranza dei lavoratori è favorevole. Ma anche in questo caso dovrà intervenire il legislatore.

10. Funzione attuale delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro.

Sulla base delle tematiche esaminate è ora possibile formulare una risposta all'interrogativo prima sollevato in ordine alla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro.

Esse hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre

⁴⁷ G. Santoro-Passarelli, *Sistema delle fonti nel diritto del lavoro e l'art.8 l. n.148/2011*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 157-159.

⁴⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione diritto di sciopero*, cit., p. 177.

⁴⁹ L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in AAVV, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, 4

⁵⁰ In questo senso già Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL., 1952.I,221

soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale.

E questo aiuta a comprendere perché l'uso delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro non è cessato, ma ha favorito, dove ha trovato vuoti di disciplina, l'emersione di situazioni giuridiche soggettive nuove ed un arricchimento di nuovi profili della figura del danno non patrimoniale e ha configurato, negli interstizi della disciplina del licenziamento illegittimo, prevalentemente indennitaria, ulteriori ipotesi di nullità del licenziamento.

Invece, in altri casi lo stesso legislatore ha valorizzato l'autonomia delle parti individuali, consentendo, da un lato, al lavoratore sia pure in sede assistita, di accettare una retribuzione e un declassamento inferiori, e, dall'altro lato, limitando sensibilmente l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo.

Insomma il diritto del lavoro si è sicuramente emancipato dal diritto civile ma non per questo cessa di considerarlo suo interlocutore privilegiato.

E anzi si può dire di più, e cioè che il diritto del lavoro ha contribuito a favorire un'interpretazione costituzionalmente orientata di molte categorie del diritto civile attraverso il riconoscimento di valori come la dignità della persona e la solidarietà, la non discriminazione che ormai sicuramente permeano tutta la trama della disciplina del contratto di lavoro subordinato.

11. Conclusioni: metodo e obiettivi del Jobs Act.

In conclusione di questo intervento l'interprete può osservare che i diversi decreti legislativi del Jobs Act disegnano un nuovo volto del diritto del lavoro, molto diverso e forse opposto a quello degli anni 70 in cui la nostra generazione si è formata, ma diverso anche dal diritto del lavoro disegnato dalla cd. riforma Fornero di appena tre anni fa.

Si percepisce chiaramente l'intento dell'attuale legislatore del lavoro di proporre una riforma più in sintonia con quella degli altri Paesi Europei anche se siamo ancora lontani da una disciplina uniforme europea del rapporto e del mercato del lavoro.

In secondo luogo si avverte rispetto alla legge Fornero l'assoluta assenza dell'intervento delle parti sociali e anzi la contrarietà dei sindacati dei lavoratori rispetto ai nuovi provvedimenti legislativi perché è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato.

Quindi si osserva una diversità di metodo nella predisposizione del nuovo apparato normativo lontano anni luce dai tempi della concertazione.

E si noti che l'assenza sindacale si registra anche nella disciplina di materie naturalmente sindacali. Il noto testo unico promulgato in forma solenne all'inizio del 2014 in materia di rappresentatività ed efficacia del contratto collettivo non ha avuto alcuna attuazione.

Le cause di questa incapacità del sindacato di incidere su queste materie come su quelle del rapporto e del mercato di lavoro sono molteplici.

La prima ragione dell'arretramento dell'intervento sindacale dipende dalla sostanziale crisi di rappresentatività dei sindacati, se si considera che solo il 13% degli occupati è sindacalizzato.

La seconda ragione è il timore, non espresso, ma palese di alcuni sindacati di contarsi effettivamente. Timore che poi impedisce di misurare la rappresentatività sindacale, che invece è considerata l'architrave non solo per l'esercizio dei diritti sindacali ma anche ai fini della conclusione del contratto collettivo.

La terza ragione è che il legislatore ha fessibilizzato direttamente la disciplina del rapporto di lavoro e sta tentando di rendere più efficiente la funzione del mercato del lavoro, finora assai inadeguato, allo scopo di favorire il reperimento di nuova occupazione⁵¹.

E' vero che la legge lascia ampi spazi alla contrattazione collettiva ad esempio in materia inquadramento di mansioni. Opportunamente la legge ha affidato al contratto collettivo il compito di stabilire il valore delle mansioni nello stesso livello di inquadramento e non al giudizio di equivalenza inevitabilmente discrezionale e soggettivo del giudice. In altre ipotesi la legge ha delegato il contratto collettivo a introdurre trattamenti in parte peggiorativi e ha valorizzato la contrattazione aziendale perché questo contratto appare più adeguato a risolvere direttamente assetti e crisi aziendali senza essere obbligato a osservare modalità e procedure dettate dal contratto nazionale.

Questa nuova impostazione dei rapporti tra legge e contratto collettivo ha prodotto sicuramente l'effetto di ridimensionare una delle caratteristiche essenziali del diritto del lavoro tradizionale e cioè l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo.

Il secondo effetto del nuovo rapporto tra legge e contratto collettivo sarà, a mio avviso, costituito dal superamento del doppio livello di contrattazione a favore di quello aziendale per le ragioni appena esposte.

L'impressione complessiva è che stiamo assistendo ad un forte ridimensionamento del potere sindacale ed ad un contestuale

⁵¹ A proposito della disoccupazione giovanile Ichino fa presente nell'editoriale del 10 gennaio 2016 i difetti dei servizi di orientamento scolastico e professionale.

rafforzamento del potere dell'esecutivo e del potere legislativo in materia sindacale.

Una spia del mutato rapporto tra potere politico e potere sindacale e quindi della legge rispetto al contratto collettivo sarà costituito dal destino che avranno i vari disegni di legge sulla rappresentanza sindacale a seguito della sostanziale inattuazione del testo unico del 2014⁵².

Come è noto in Italia non è stato possibile varare una legge sindacale per la contrarietà dei sindacati confederali. Ora si vedrà se il legislatore con il mutato clima politico riuscirà a realizzare una legge sulla rappresentanza sindacale della quale si parlava già nel 1960⁵³.

E' vero però che anche nella recente proposta sulla contrattazione collettiva i sindacati confederali hanno richiesto l'attuazione dell'art. 39 comma 4 Cost con l'evidente intento di scongiurare l'intervento del Governo sul salario minimo garantito.

E' ovvio che l'attuazione di questa disposizione costituzionale, considerata dai sindacati fino ad ora un tabù, cambierebbe gli scenari del diritto sindacale in modo radicale perché il contratto collettivo acquistando efficacia generale⁵⁴ in senso tecnico diventerebbe una fonte del diritto a tutti gli effetti e cioè un atto normativo e non più negoziale.

La seconda domanda che bisogna porsi è perché il legislatore italiano ha ritenuto di ridefinire la disciplina del rapporto di lavoro subordinato del lavoro, delle collaborazioni, dei poteri del datore di lavoro, del mercato del lavoro e ha annunciato anche la riforma del lavoro autonomo?

La risposta sta nella convinzione radicata che le nuove normative debbano ridurre l'elevato tasso di disoccupazione che raggiunge livelli impressionanti per quanto riguarda la disoccupazione giovanile, in particolare nel mezzogiorno d'Italia.

⁵² Sulla genesi del testo unico e sui suoi contenuti cfr. F. Carinci *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: (dal Tit.III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 205/2014 e in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 309 e ss.

⁵³ Sul problema generale Cfr. G. Santoro-Passarelli (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Napoli, 2010 ma già in precedenza Id., *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentatività sindacale?*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1989, p. 329 e ss. ed ora in Id. *Realtà e Forma nel diritto del lavoro*, Torino, 2006, I, p. 47 e ss.. Si veda inoltre M. Rusciano M., *Lettura e rilettura dell'art. 39 Costituzione*, in *Dir. lav. merc. LM*, 2013, 2, 263; E. Ghera, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 202/2014; B. Caruso, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, 206/2014.

⁵⁴ V. in questo senso già Crisafulli, *Fonti del diritto*, in *Enc dir.* vol. XVII, Milano, 1968, pp.925 -966

Ovviamente il Governo, come tutti, è ben consapevole che non basta una legge sul rapporto e sul mercato di lavoro per aumentare i livelli di occupazione ma sono necessarie, come si dice oggi, la crescita e lo sviluppo.

E, d'altra parte, bisogna riconoscere che la competizione tra le imprese derivante dalla internazionalizzazione dei mercati, diventata brutale (basti pensare alla vicenda della Volkswagen), e la concorrenza, assunta come valore dalla normativa europea, hanno imposto alle imprese di ridurre i costi di produzione e, tra questi, quello del lavoro.

La funzione del Jobs Act è quindi quella di rendere più attrattiva per le imprese la disciplina del rapporto di lavoro oggi denominato a tutele crescenti.

E per realizzare questo obiettivo il legislatore ha tentato di ridurre non soltanto i costi contributivi attraverso sgravi ma anche la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici.

In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento,

Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando questi debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'adibizione del lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato. E' forte ancora tra gli interpreti la discussione sulla natura, ancor prima che sulla delimitazione dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente e cioè se siano autonomi o subordinati.

In secondo luogo il Jobs Act persegue un duplice obiettivo di favorire nuove assunzioni e di dirottare nel rapporto a tutele crescenti la gran parte dei rapporti di lavoro cd. precari (contratto a termine, somministrazione, apprendistato).

E per conseguire questo risultato, il legislatore, da un lato si preoccupa di ricondurre nell'area del lavoro subordinato il maggior numero possibile di lavoratori con l'obiettivo di ridurre il numero dei cd. outsiders, ai quali, abrogata la disciplina del lavoro a progetto, si applicano poche tutele, e dall'altro lato, annuncia una disciplina del lavoro autonomo, attualmente in corso di discussione parlamentare.

In terzo luogo, nell'evidente intento di rendere il contratto a tutele crescenti,- id est il lavoro subordinato a tempo indeterminato,- più attrattivo, attenua le tutele esistenti del rapporto di lavoro attraverso la drastica riduzione dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. in materia di mutamento di mansioni, dell'art. 4 dello Statuto in materia di controlli e infine in materia di licenziamento riduce sensibilmente l'ambito di applicazione della reintegrazione.

In altre parole nell'ambito dell'impresa si rafforzano i poteri dell'imprenditore e, tra l'interesse di quest'ultimo alla temporaneità dei vincoli contrattuali e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro viene privilegiato il primo.

E tuttavia bisogna precisare che questa non è una scelta di valori o una scelta di campo: in questo contesto il Jobs Act privilegia le ragioni dell'impresa per favorire una maggiore occupazione come dimostrano quei provvedimenti legislativi che disciplinano il mercato del lavoro attraverso la valorizzazione della formazione e della riqualificazione delle persone che sono in cerca di prima o di nuova occupazione.

L'obbiettivo è sicuramente ambizioso perchè il nuovo legislatore tende al superamento della tradizionale contrapposizione tra valori come l'uguaglianza sostanziale e la solidarietà con i valori come l'efficienza, la competitività e il merito.

E' vero che il riconoscimento di questi ultimi valori concorre per esempio al tramonto del mito del posto fisso per tutta la durata della vita lavorativa con i suoi privilegi ed inefficienze ma non bisogna dimenticare che la continuità del rapporto di lavoro è un supporto rilevante per garantire al lavoratore la dignità e la possibilità di programmare il suo futuro.

Si vedrà nei prossimi anni se le nuove normative avranno favorito effettivamente una maggiore occupazione.

Nell'attesa di queste verifiche bisogna ribadire però un punto fermo: è vero che il diritto del lavoro attuale riconosce le ragioni dell'impresa ed è proiettato a favorire la maggiore occupazione, ma è altrettanto vero che non può disconoscere un valore importante e cioè che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità.

Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore.

Già da tempo la dottrina ha avvertito che il tratto distintivo rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che il contratto di lavoro riguarda l'avere per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore⁵⁵.

Questa conclusione, sicuramente un po' agèè, non deve indurre a perdere di vista l'orizzonte che oggi si manifesta alla nostra osservazione. Se la prospettiva è la riduzione a tutti i costi della disoccupazione bisogna prendere atto che il legislatore europeo e nazionale non potrà avere come referente principale la tutela dei diritti del lavoratore nella sua relazione individuale con il datore di lavoro ma dovrà dare corpo e sostanza normativa ad una serie di politiche fiscali e previdenziali e di formazione professionale che incentivano l'occupazione e che poco hanno a che fare con il diritto del lavoro che noi conosciamo.

Ciò significa che il diritto del lavoro ormai non può essere disgiunto dal diritto dell'occupazione che ricomprende tutti i provvedimenti del Governo e delle Regioni che hanno come obiettivo la formazione, la riqualificazione professionale e la tutela del reddito dei lavoratori disoccupati che hanno perso il posto di lavoro e sono in cerca di una nuova occupazione o di coloro che sono inoccupati e che sono in cerca di prima occupazione. E l'art. 4 Cost è sicuramente la base costituzionale del neo diritto dell'occupazione o, se si preferisce all'occupazione del quale abbiamo un primo significativo esempio nel Jobs Act.

In altre parole lo scenario che si presenta prepotentemente di fronte a noi è costituito dai provvedimenti di varia natura che il Governo dovrà attivare per risolvere una crisi occupazionale ormai endemica e aggravata sempre di più dall'ingresso nel nostro Paese di migranti che sicuramente possono costituire in potenza una risorsa ma che in atto costituiscono un costo enorme. E' una partita di una complessità inaudita che non può essere affrontata soltanto dalla solidarietà dei singoli Paesi membri ma deve essere risolta da un progetto di solidarietà e di cooperazione dell'Europa che invece stenta a decollare e a manifestarsi con provvedimenti concreti.

⁵⁵ F.Santoro-Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p.3, e ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 1071.