

## Premessa

«Il lavoro non è una merce»<sup>1</sup>; con questa prima affermazione vogliamo immediatamente significare che il contratto di lavoro, a differenza degli altri contratti di cui all'art. 1321 e ss. c.c., riguarda una persona in carne ed ossa, il lavoratore, che si trova, di regola, in una posizione di debolezza sostanziale. Ed è per questo che la normativa relativa a tale soggetto subisce delle deviazioni rispetto alla tipica relazione che si instaura tra le parti contrattuali, di norma poste su un piano di parità.

La presenza del lavoratore in un contratto (di lavoro) ha imposto ed impone dunque delle particolari forme di tutela.

Di cosa si occupa dunque il Diritto del lavoro?

Si occupa, in primo luogo, dei lavoratori subordinati, ma anche, evidentemente, dei lavoratori autonomi. Entrambe tali figure, di cui rispettivamente agli artt. 2094 e 2222 c.c., si pongono quali protagonisti della materia e vengono spesso assimilati per quanto riguarda l'applicazione dell'ormai enorme apparato di norme, sostanziali e processuali, che mirano a riequilibrare una situazione spesso ricondotta ad asimmetria «informativa» e, in definitiva, socio-economica.

Il Diritto del lavoro è considerato parte del Diritto privato, ma tocca inevitabilmente anche profili pubblicistici, specie laddove si interviene a porre dei limiti all'autonomia privata, sancita invece dall'art. 1322 c.c.

Invero, in un contratto sono le parti che determinano le condizioni dello stesso; va da sé che se una parte risulta molto più forte dell'altra (sia da un punto di vista socio-economico che da un punto di vista giuridico), essa potrebbe avvantaggiarsene anche nella regolazione del rapporto giuridico (in diritto privato esistono gli strumenti della rescissione del contratto per lesione di cui all'art. 1448 c.c. e della risoluzione per eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c.; nel diritto commerciale, specie di recente, si danno i casi di interventi del legislatore al fine di tutelare il contraente debole; si pensi alla c.d. subfornitura di cui alla legge n. 192/1998 e alle diverse forme di tutela del consumatore; ma basti ancora il richiamo alla legge del 1978 sull'equo canone nella locazione di immobili).

Per evitare situazioni di asimmetria tra le parti «si impone» così una forma di tutela del lavoratore subordinato, in quanto soggetto debole. Vero è che ci possono astrattamente essere lavoratori subordinati straordinariamente

---

<sup>1</sup> L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, 2008.

«forti» dal punto di vista della professionalità posseduta (ad es. il solo lavoratore o uno dei pochi lavoratori in grado di svolgere la manutenzione di un impianto a sua volta particolare), ma per il lavoratore comune il Diritto del lavoro (e così pure il Diritto sindacale) interviene proprio per evitare che si verifichino modifiche al ribasso delle condizioni di lavoro e economiche.

Lavoro e Diritto  
del lavoro

Tornando al concetto di diritto del lavoro occorre anzitutto chiarire cosa si intende per «lavoro».

Senz'altro va inteso il lavoro subordinato, di cui agli artt. 2094 e ss. c.c. Ma la questione ulteriore è: esiste un unico concetto di lavoro? Noi riteniamo che il concetto di lavoro sia fundamentalmente unico: prestare attività per sé stessi, sebbene portando un risultato ad altri (lavoro autonomo), o prestare attività per altri (lavoro subordinato) non dovrebbe rilevare eccessivamente; e andrebbe invece considerato, *de iure condito* e *de iure condendo*, ciò che abbiamo definito in altra sede «lavoro per conto altrui», a prescindere dunque dalle modalità concrete di svolgimento e che, proprio per questo, necessita quantomeno di un *plafond*, una base, di tutele; ciò è tanto più vero se si considerano certe figure contrattuali (ad es. animatori turistici, pony express ed altri ancora), per i quali si è molto discusso, al fine di ricomprenderle nel lavoro subordinato, in quello autonomo o ancora nelle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c. e capire se, in definitiva ad essi fosse applicabile l'intera normativa di tutela ovvero la mera disciplina codicistica riservata al lavoro autonomo o, ancora, quanto previsto per le diverse forme di collaborazione non riconducibili ad alcuna delle due ipotesi (v. *infra*). E in effetti, a fronte di una medesima attività lavorativa, manuale o intellettuale, tutto cambia laddove la stessa viene qualificata dal giudice come attività di lavoro subordinato, nel qual caso risulterà essa destinataria di tutte le tutele previste dall'ordinamento giuridico, mentre, se la qualificazione è nel senso di attività di lavoro autonomo, le forme di tutela risultano assai modeste.

Rimangono tuttavia altre domande: perché e come nasce il Diritto del lavoro? E ancora perché esso si impone come disciplina autonoma dal Diritto privato?

Come noto, il Diritto privato è un diritto che regola i rapporti tra parti contrattuali che l'ordinamento pone sullo stesso piano.

Nel nostro caso, invece, l'ordinamento statale interviene integrando il rapporto tra le parti che verrebbe altrimenti lasciato al libero mercato (del lavoro) attraverso un insieme normativo di grande rilievo (regolazione del rapporto di lavoro da parte della legge e dei contratti collettivi).

E ancora, è lecito domandarsi se le *rationes* originarie del Diritto del lavoro sono, oggi, perfettamente conservate. Nonostante, nel corso del tempo,

il contesto economico e sociale sia cambiato in modo significativo, la funzione del Diritto del lavoro a nostro avviso rimane, sostanzialmente, la stessa: evitare che ci siano ricadute (eccessivamente) negative di simili cambiamenti, spesso facilmente ricondotti ad un termine ambiguo quale «globalizzazione», sui lavoratori. Purtroppo, ciò non significa che non deve tenersi nel debito conto quanto avviene, appunto, fuori dall'impresa: la citata «globalizzazione», una tendenziale «liberalizzazione» del mercato del lavoro, la spinta verso la protezione non più del posto di lavoro ma delle occasioni di lavoro, utilizzando in proposito l'espressione «comunitaria» di «occupabilità». E in effetti il recente Diritto del lavoro sembra puntare, soprattutto, verso tali obiettivi.

Possiamo dunque ritenere il Diritto del lavoro un figlio «illegittimo» del Diritto Civile? Come detto nel Diritto Privato vige un principio di libertà contrattuale e le norme sono fondamentalmente di natura «dispositiva»; il Diritto del lavoro, per quella rilevata venatura pubblicistica (la tutela del lavoratore si atteggia infatti, e soprattutto si è attegiata nel passato, anche come rispondente ad un interesse pubblico), si basa su due principi totalmente diversi: la *inderogabilità* delle norme (le parti non possono determinare trattamenti inferiori a quello che viene fissato nella legge e nel contratto collettivo) e la *imperatività* delle medesime.

La prima regolazione in materia di lavoro è stata dettata per rispondere ad un contesto pre-rivoluzionario; invero all'inizio del secolo breve ('900), la relazione tra classe borghese al potere e classe lavoratrice poteva sfociare in veri e propri disordini, a meno che, come accaduto, il legislatore si avvedesse della necessità di intervenire a tutela della seconda. Il Diritto del lavoro poteva, e ancora può, infatti atteggiarsi quale strumento di coesione sociale, termine questo non a caso ripreso dagli osservatori soprattutto nei momenti di crisi economica e occupazionale, quale quello dell'ultimo decennio di cui molto si è dibattuto anche in ambito giuslavoristico.

Per altro verso, e volendo così chiarire il tema di esplorazione di queste pagine, il *Diritto del lavoro* risulta tradizionalmente ripartito scientificamente in:

*Diritto del rapporto di lavoro subordinato* (le regole del contratto e del rapporto di lavoro subordinato).

*Diritto sindacale* (le regole del fenomeno sindacale). Va precisato che il fenomeno sindacale è costituito dal rapporto tra le organizzazioni dei lavoratori e le organizzazioni degli imprenditori, fenomeno che porta alla stipulazione dei contratti collettivi (la vera e propria fonte di regolazione dei rapporti individuali di lavoro).

*Diritto del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*: nel 1992, per rispondere alle condizioni richieste dall'Unione europea, si decise

che dovesse essere riformata anche la disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Ciò che, va detto, è avvenuto in modo prevalentemente formale (si applicano cioè le stesse regole del lavoro applicabili nei rapporti nell'impresa privata), ma senza ottenere grandi successi in termini di concreto aumento della produttività ed efficienza del lavoro nel settore pubblico.

*Diritto della previdenza sociale*, relativo al diritto di godere, una volta persa la capacità lavorativa, di un trattamento pensionistico; ma anche dei diversi trattamenti previdenziali comunque collegati allo svolgimento, attuale o passato, di una attività lavorativa.

*Diritto amministrativo del lavoro*: si tratta delle regole attraverso le quali taluni enti pubblici (ispettorati del lavoro, istituti previdenziali, etc.) svolgono la funzione di individuare e quindi sanzionare le forme di «lavoro irregolare».

*Diritto processuale del lavoro*, con il quale si pongono le regole del processo del lavoro, caratterizzato, rispetto al processo ordinario civile, dai principi della *oralità*, *concentrazione*, e *speditezza*, ed il cui ambito è stato esteso anche ai lavoratori citati dall'art. 409, n. 3, c.p.c. (c.d. collaboratori parasubordinati), oltre che, infine, ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

Il Diritto del lavoro si è sviluppato dunque, almeno nel vecchio continente, in coincidenza con una serie di fattori, storici ed economici: *in primis* la rivoluzione industriale, ove si afferma l'industria moderna e trova spazio, forse per l'unica volta, una forma di liberalismo e liberismo economico, soffermandosi l'ordinamento statale ad affermare un mero principio di uguaglianza formale tra i cittadini. In tale situazione rimaneva tuttavia sullo sfondo un evidente conflitto tra capitale e lavoro. Un rapporto che poneva fondamentali questioni successivamente affrontate per evitare, come sopra anticipato, situazioni di conflitto sociale che lo Stato, gli Stati nazionali europei, hanno cercato di allontanare.

Va inoltre detto che la conseguente nascita dei sindacati, da collocarsi nello stesso periodo storico (primi '900), da un certo punto di vista poteva essere un elemento positivo anche per le imprese; avere un'organizzazione sindacale significava già allora avere un interlocutore stabile e affidabile.

Quanto poi al *contratto di lavoro subordinato* come oggetto di attenzione e disciplina giuridica, va subito riferito come anche esso appaia storicamente solo ai primi anni del '900 perché, precedentemente, le prestazioni lavorative venivano ricondotte alla locazione o vendita di opere (le c.d. energie lavorative).

Così, le prime norme in materia di lavoro riguardano aspetti specifici (la c.d. legislazione speciale, in materia di infortuni sul lavoro, lavoro delle

donne e dei fanciulli, orario di lavoro) la cui regolazione appare volta ad evitare questioni sociali particolarmente «significative».

Ed in effetti, nel caso di un infortunio sul lavoro, secondo le regole del Diritto Civile il danno avrebbe dovuto essere risarcito dal datore di lavoro, *sub specie* di responsabilità civile; e invece, quale elemento di novità, dapprima i datori di lavoro si associano per coprire i rispettivi rischi (una tipica forma di assicurazione privata); successivamente, il legislatore pone un puntuale obbligo di assicurazione per infortuni e malattie professionali (legge n. 80/1898).

Nel 1934, per altro verso, viene introdotta una legislazione di tutela delle donne, tesa in verità ad evitare che le stesse incidessero sulla piena occupazione maschile, obiettivo principale del sistema corporativo. E a loro volta i «fanciulli» venivano tutelati dalla legge, perché potevano rappresentare un elemento di «concorrenza sleale» nei confronti del lavoratore adulto.

In quella stessa fase nasce e si afferma la prima espressione di contratto collettivo, chiamato, sulla falsariga della dottrina e normativa germanica, «concordato di tariffa» (*Tarifvertrag*), con la specifica funzione di fissare tariffe salariali minime; ma vi è di più, perché il primo concordato di tariffa non è negoziato tra organizzazioni dei lavoratori e datori di lavoro, bensì tra gli stessi datori di lavoro, proprio al fine di istituire un regime di leale concorrenza tra gli stessi.

Nel successivo periodo c.d. corporativo (1926-1939), è facile tratteggiare la «fisionomia» del diritto del lavoro fascista: soppressione della libertà sindacale e del diritto di sciopero; riconoscimento di un unico sindacato per categoria; attribuzione dell'efficacia *erga omnes* al contratto collettivo di cui agli artt. 2063-2081 c.c.; nascita della Magistratura del Lavoro (la materia necessita di giudici esperti che conoscano le dinamiche del mondo del lavoro e si muovano con istituti processuali particolari e veloci, ben prima dunque della fondamentale riforma della legge n. 533/1973); disciplina del lavoro «nell'impresa e non» nel codice civile e nella Legislazione speciale, con l'idea fondante per la quale lavoratori e imprese devono operare per un medesimo obiettivo, dato dall'interesse dell'impresa e dall'interesse della Nazione. Così che il lavoratore e l'impresa possono muoversi compatti insieme verso la creazione di un'impresa fondamentalmente collaborativa.

Il periodo  
corporativo

Il passaggio successivo al periodo corporativo coincide con l'avvento della Costituzione repubblicana. La Costituzione raffigura l'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e, già dall'art. 1, proclama che la Repubblica Italiana è «fondata sul lavoro». Il fatto che esso venga citato sin dal primo articolo sta a significare che il lavoro è un

La Costituzione

elemento fondativo della nostra Repubblica. La Costituzione Italiana è invero una delle Costituzioni più evolute, insieme a quella di Weimar, nota per altre vicende, riguardo ai diritti sociali (in materia di lavoro, famiglia, salute, etc.). Tuttavia questi diritti, per essere esigibili, necessitano dell'intervento del legislatore ordinario, e, proprio in materia di lavoro, lo stesso si è spesso astenuto dall'intervenire (c.d. astensione della legge, in specie sul diritto sindacale: ad es. sull'efficacia del contratto collettivo, ma anche sulla rappresentatività sindacale; v. *infra*).

Nei suoi principi fondamentali, in ogni caso, la Costituzione si occupa più e più volte del lavoro (a partire come si diceva dall'art. 1: «*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*»). Peraltro a livello costituzionale, quando si tratta di lavoro, si intende qualunque «forma di lavoro» (dunque non solo lavoro subordinato, ma anche lavoro autonomo); difatti si afferma solennemente che ogni cittadino ha il diritto e dovere di svolgere un'attività confacente, fondamentalmente, alle proprie possibilità e scelte (art. 4).

Che la Costituzione tuteli tutte le forme di lavoro viene evidenziato anche indirettamente, laddove la stessa Carta costituzionale riconosce il ruolo delle formazioni sociali ove si svolge la personalità del cittadino (art. 2).

Quando si parla più puntualmente di organizzazioni sindacali ci si riferisce invece specificamente alle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori (art. 39), ivi ricomprendendo altresì le formazioni spontanee e prive del requisito associativo.

Costituzione  
versus codice  
civile

Se poi si confrontano le norme del codice civile e i principi costituzionali, si può notare che questi ultimi risultano «eversivi» rispetto alle prime: mentre, come anticipato, nel codice civile le parti sono considerate su un piano di parità, l'introduzione delle norme costituzionali sconvolge questo assetto, introducendo la possibilità per il legislatore di introdurre specifiche forme di tutela nei confronti del lavoratore. Il principio di uguaglianza c.d. «sostanziale» (art. 3, comma 2, Cost.) permea invero l'intera disciplina legislativa in materia di lavoro (soprattutto subordinato). A tal punto che, si è visto, l'art. 4 riconosce il *diritto al lavoro* nel senso che lo Stato deve mettere il cittadino nelle condizioni di reperire una qualche forma di occupazione e, per altro verso, lo chiama a svolgere un'attività secondo le proprie possibilità; in assenza di queste (ad es. per inabilità), lo Stato dovrà intervenire a suo favore (mediante il citato sistema di *Previdenza sociale*).

Limiti alla  
autonomia  
privata

L'immediata conseguenza di quanto riferito è che si rinvergono, nelle norme costituzionali, numerosi limiti all'autonomia privata delle parti (ad es. non è consentito prevedere una retribuzione inferiore ad una certa soglia, fondamentalmente rinvenibile nelle disposizioni della contrattazione collettiva nazionale; nonché superare un orario di lavoro condizionato

nella sua previsione massima dalla dignità e libertà del lavoratore – art. 36; le donne e i minori devono godere del principio di parità di trattamento economico e normativo – art. 37).

Lo Stato interviene altresì quando il lavoratore non può più lavorare, per raggiunti limiti di età, oppure ha lavorato per un sufficiente numero di anni.

Inoltre lo Stato, a differenza di quanto avveniva nel codice penale (1930), e nel codice civile (1942), riconosce dal 1948 una piena libertà sindacale; chiunque può infatti costituire un'organizzazione sindacale. Così come è possibile godere liberamente del diritto di sciopero (art. 40) dovendosi sin d'ora tener conto che non tutti i principi affermati nella Carta costituzionale sono stati poi effettivamente trasposti mediante norme di legge ordinaria.

La libertà  
sindacale