



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea triennale in Economia e Commercio

LE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO
LABOR LAW'S SOURCES

Relatore:
Prof. Laura Torsello

Rapporto Finale di:
Mattia Tonelli

Anno Accademico 2023/2024

INDICE

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO 1 FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE	4
• 1.1 FONTI INTERNAZIONALI.....	4
• 1.1.1 FONTI COMUNITARI PROFILO STORICO.....	6
• 1.1.1.1 NORME IMMEDIAMENTE APPLICABILI E NON...	8
CAPITOLO 2 FONTI COSTITUZIONALI	9
• 2.1 LA COSTITUZIONE.....	9
• 2.1.1 STATUTO LAVORATORI.....	12
• 2.1.1.1 DAL GARANTISMO ALLA FLESSIBILITA'.....	14
• 2.1.1.1.1 FONTI REGIONALI.....	16
CAPITOLO 3 LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA	18
• 3.1 RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA....	18
• 3.1.1 RAPPORTO LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO...	20
CAPITOLO 4 LA GIURISPRUDENZA USI E EQUITA'	22
• 4.1 GIURISPRUDENZA.....	22
• 4.1.1 LA GIURISPRUDENZA E LO SCIOPERO.....	23
• 4.1.1.1 L'EQUITA'.....	25
• 4.1.1.1.1 GLI USI.....	26
BIBLIOGRAFIA	28

INTRODUZIONE

Il Diritto del Lavoro ha attraversato negli ultimi decenni fasi di intense trasformazioni.

In questo senso ha evidenziato la sua indispensabile specificità rispetto ad altri rami del diritto, rimanendo coinvolto dalle particolari turbolenze degli assetti socioeconomici che hanno caratterizzato il nostro paese nel trascorrere del tempo. Basti pensare al sovrapporsi di tendenze alla deregulation ed a una ulteriore giuridica azione delle relazioni di lavoro, al mutamento della disciplina lavorativa, che si distacca dal suo ruolo originario di protezione minima del lavoratore verso leggi di mercato, alla dilatazione degli oggetti del diritto del lavoro, che in tal modo moltiplica la sua polivalenza.

In relazione a quanto affermato il discorso sulle fonti non può esaurirsi in un arido elenco dei procedimenti di formazione della norma (fonti di produzione) e degli atti contenenti le norme medesime (fonti di cognizione), specie nel diritto del lavoro che si caratterizza per la sua formazione in gran parte contrattuale collettiva e giurisprudenziale, estranee al sistema oggettivo delle fonti e per i peculiari rapporti tra norme eteronome ed atti di autonomia individuale e collettiva.

Pertanto la ricerca procederà, laddove necessario, fermando l'attenzione sul concreto processo evolutivo dell'ordinamento giuslavoristico, considerandone i fattori essenziali a prescindere dalla loro configurabilità come fonti di diritto oggettivo.

Capitolo 1

FONTI INTERNAZIONALI E COMUNITARIE

1.1 FONTI INTERNAZIONALI

Molte norme di Diritto del Lavoro traggono origine dal diritto internazionale o da quello comunitario, in armonia con i principi costituzionali secondo cui la Repubblica "promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro"(art.35,c.3 Cost) e "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo "(art.11 Cost). In particolare, in virtù dell'art. 10, c.1., Cost. il nostro ordinamento "si conforma alle norme di Diritto Internazionale generalmente riconosciute". Ne consegue che quest'ultime penetrano direttamente nell'ordinamento interno e sono gerarchicamente superiori alle leggi ordinarie. La prevalente dottrina e giurisprudenza ritengono che l'art. 10 Cost. riguardi norme internazionali di origine consuetudinaria e non invece le norme di Diritto Internazionale di origine pattizia. Quest'ultime, infatti, sono disciplinate dagli artt. 80 e 87 Cost. come fonti indirette di diritto, nel senso che non producono automaticamente effetti giuridici all'interno dell'ordinamento, ma sono trasformate in diritto interno in seguito ad un atto formale di ratifica da parte del Presidente della Repubblica, previa autorizzazione delle Camere, ove prevista.

A questo proposito va ricordato che l'Italia partecipa insieme ad altri paesi all'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), costituita nel 1919 dal Trattato di Versailles, con lo scopo di promuovere l'adozione in tutti i paesi membri di un regime di lavoro compatibile con le esigenze di vita libera e dignitosa da parte di ogni lavoratore.

L¹ OIL elabora le Convenzioni che potranno poi essere ratificate dai singoli Stati al fine di diventare per essi vincolanti.

La trasformazione del Trattato Internazionale in diritto interno avviene in virtù di una legge ordinaria; si deve, quindi, ritenere che la norma internazionale abbia la stessa efficacia dell'atto che provvede alla sua esecuzione e segua pertanto le regole della successione delle leggi nel tempo. Conseguentemente la norma internazionale prevale sulla legge ordinaria precedente e contraria, ma non su quella posteriore e difforme, fatto salvo il principio di specialità. Infine, tra i più importanti trattati internazionali, sottoscritti anche dall'Italia, vanno ricordati: La Carta Internazionale del Lavoro (1919), aggiornata dalla Dichiarazione di Filadelfia (1944), Il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, approvato nel 1966 dall'Assemblea Generale dell'ONU e ratificato dall'Italia con L.n881/1977.

1.1.1 *FONTI COMUNITARIE PROFILO STORICO*

Va in primo luogo precisato che esiste una differenza fondamentale tra il diritto internazionale e quello comunitario. Come precedentemente osservato, il primo produce norme che possono penetrare nell'ordinamento nazionale solo attraverso leggi di ratifica ed esecuzione del Trattato che le contiene; al contrario il secondo, proprio in virtù di una preliminare limitazione di sovranità degli Stati aderenti all'Unione Europea, produce anche norme che operano talvolta direttamente nell'ordinamento nazionale, prevalentemente su quelle interne, con intuibili problemi di coordinamento.

Da un punto di vista storico, una ricostruzione che delinea brevemente l'evoluzione del Diritto Comunitario nel campo del lavoro, deve partire dal Trattato di Roma (1957), volto a creare un mercato libero del lavoro e delle merci, in sintonia con l'esigenza del sistema capitalistico di inserirsi e muoversi liberamente nei mercati internazionali.

Nei decenni successivi vengono emanate Direttive CEE che impongono l'uniformità delle legislazioni nazionali degli Stati membri interni di applicazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso diverso, nonché di parità di trattamento tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, la formazione professionale e varie condizioni lavorative (1975-76).

Ulteriore tappa importante è l'approvazione della CARTA SOCIALE COMUNITARIA (1989) volta alla tutela di quei principi contenuti negli artt.35 e seguenti della nostra Costituzione, riguardanti la circolazione dei lavoratori, la retribuzione, la tutela dei minori e dei diversi, la formazione professionale e la parità di trattamento.

Rispettivamente nel 1992 e 1997 vengono approvati i Trattati di Maastricht ed il Trattato di Amsterdam, che creano le basi per una nuova politica sociale comunitaria.

Senza addentrarsi nelle singole disposizioni, va segnalata la filosofia che le stesse ispira diretta sia a proteggere i lavoratori entro precisi limiti, sia l'esigenza di garantire la competitività economica rispetto ai paesi terzi.

I limiti, quindi, della politica sociale comunitaria si indirizzano a tutelare le diversità nazionali e le compatibilità economiche di ciascun Stato membro, nonché a mantenere la competitività complessiva dell'economia Comunità stessa.

1.1.1.1 *NORME IMMEDIATAMENTE APPLICABILI E NON*

Possono distinguersi in norme primarie che possono avere carattere programmatico, nel senso che devono essere attuate per il tramite di atti di normativa derivata-ovvero precettiva-ed in norme di Diritto derivato.

Al riguardo possono distinguersi diversi atti con diversa efficacia:

- a) I Regolamenti, di portata generale, obbligatori e direttamente applicabili negli Stati membri
- b) Le Direttive che sono vincolanti rispetto al risultato da raggiungere, salva la competenza degli organi nazionali in merito alle forme e ai mezzi da utilizzare in relazione allo scopo prefissato.
- c) Le Decisioni obbligatorie ma a differenza dei regolamenti con valenza individuale.
- d) Le Raccomandazioni ed i Pareri, non vincolanti; le prime sono emanate dagli organi comunitari di propria iniziativa mentre i secondi presuppongono una richiesta agli organi comunitari, da parte dei soggetti interessati a conoscere la posizione delle istituzioni in merito ad una determinata questione.

Capitolo 2

FONTI STATUALI

2.1 *COSTITUZIONE*

Da un punto di vista gerarchico la Costituzione costituisce la prima e più importante fonte del nostro ordinamento per il Diritto del Lavoro.

Nel 1948 il Diritto del Lavoro, noto come "Legislazione Sociale" e poi "codificato" nel 1942 (fase "dell'incorporazione"), viene costituzionalizzato, cioè una serie di regole lavoristiche assumono rango di norme di carattere superiore. Tale operazione viene effettuata in più sensi e adottando tecniche normative di segno diverso. Da un lato va segnalata l'impronta di tipo "laburistico" assunta dalla carta fondamentale, sia nelle sue norme di apertura, art. 1, sia nell'art.35.

Al lavoro, infatti, viene attribuita una valenza fondamentale, costituendo il valore su cui si fonda la Repubblica, la quale riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro, promuovendo le condizioni che lo rendono effettivo, ma anche un dovere da adempiere secondo le proprie possibilità e scelte, svolgendo attività che concorrono al progresso morale e materiale della società(art.4). Altro principio cardine è contenuto nell'art.3, comma 2, Cost., il quale richiede un sistema di interventi intesi a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento di una eguaglianza sostanziale.

Ulteriore principio rilevante è contenuto nell'art.36 Cost., che attribuisce al lavoratore il "diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e comunque sufficiente a garantire a sé e alla sua

famiglia una esistenza libera e dignitosa. In particolare quest'ultima affermazione costituisce un richiamo a quei principi di "sicurezza sociale" su cui il nostro Stato si fonda, ma anche la particolare specificità del diritto del lavoro, che spezzando lo stretto nesso di corrispettività tra prestazione e controprestazione a favore della parte debole del rapporto di lavoro (favor praestatoris), tenta di ristabilire una eguaglianza sostanziale tra i due contraenti, datore di lavoro e lavoratore. Interessanti ancora sotto il profilo laburistico l'art.37, che sancisce il principio di parità di trattamento tra uomo e donna e l'art.38 che prevede strutture di assistenza per i cittadini inabili, sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, ma anche strutture di previdenza sociale per i lavoratori in caso di infortunio, invalidità e vecchiaia.

In buona sostanza, dunque, nel dettato costituzionale la garanzia per l'occupazione viene rafforzata da quella di una retribuzione minima e sufficiente e dalla tutela contro situazioni di non autosufficienza e discriminazione. Strumentalmente al raggiungimento degli obiettivi precedentemente enunciati, gli artt. 39 e 40 disciplinano l'attività sindacale: il primo il principio di libertà sindacale ed il secondo il diritto di sciopero. Tali norme prevedono diritti garantiti non solo nei confronti dello Stato, ma anche nei rapporti interprivati mentre una apposita normativa promozionale, come si vedrà, sostiene la presenza e l'attività nei luoghi di lavoro dei sindacati effettivamente più rappresentativi.

Appare con chiarezza, pertanto, l'intento del legislatore costituzionale che identifica il bene comune con la libera competizione tra gruppi privati che raggiungono un equilibrio, sia pure instabile, in una autonoma opposizione dei conflitti economici collettivi, nell'ambito di un libero confronto delle parti sociali. Il processo di attuazione della costituzione

ha dunque dominato l'evoluzione del diritto del lavoro nella fase del consolidamento della democrazia e dell'industrializzazione della società italiana.

L'esistenza stessa dei principi costituzionali ha ridimensionato in misura notevole ruolo di enumerazione delle regole fondamentali di disciplina del rapporto di lavoro, originariamente assegnato dal legislatore al Codice civile.

Dalle norme costituzionali scaturisce, infatti, un modello di normazione articolate per principi ampiamente sostitutivo, ancorché non necessariamente alternativo, rispetto al modello di normazione del Codice civile. Storicamente, se si riguarda alla evoluzione del diritto del lavoro nel periodo successivo all'emanazione della costituzione (1948) si ravvisano due linee di tendenza e di politica del diritto, temporalmente distinte.

Una prima volta essenzialmente all'integrazione della disciplina codicistica e una seconda in cui prevale una tutela più ampia del lavoratore non più solo contraente debole, ma soggetto inserito in un rapporto di produzione e appartenente ad una categoria sociale sotto protetta.

Così intesa, la tutela non è più limitata alle condizioni minime, ma alla dignità sociale e alla persona.

Su questa linea si colloca la ulteriore tendenza a riequilibrare a favore dei lavoratori i rapporti di potere sia nell'azienda ma anche nella sfera più ampia della società civile, attraverso lo strumento della legislazione c.d. promozionale di cui costituisce esempio tipico la legge 20 maggio 1970, Statuto dei Lavoratori, di cui ora si parlerà.

2.1.1 *STATUTO LAVORATORI*

La legge ordinaria occupa gran parte del Diritto del Lavoro e la sua caratteristica principale risiede nella inderogabilità in peius da parte della autonomia privata.

Nella evoluzione del sistema si è passati dalla prima legislazione sociale alle leggi del periodo corporativo, con l'inserimento nel Codice civile dei lineamenti essenziali del Diritto del Lavoro.

L'inderogabilità in peius ha dato vita al primo periodo delle discipline laburistiche denominato "garantismo rigido", che ha trovato il suo più alto e significativo momento di espressione nella emanazione nel 1970 dello Statto dei lavoratori.

La legge, sotto la spinta dei conflitti sociali del 68-69, risulta contenere due diverse filosofie; l'una orientata a rafforzare le garanzie dei diritti individuali dei lavoratori, l'altra finalizzata, piuttosto, a promuovere ed incentivare l'organizzazione sindacale nei posti di lavoro. Ne è così risultato un modello legislativo peculiare, al tempo stesso garantistico e promozionale, mediante il quale la valorizzazione delle posizioni soggettive dei lavoratori si embrica nel rafforzamento dei poteri (collettivi) ad esso strumentali.

Quello che interessa in questa sede, non è il riepilogo dei contenuti della legge, quanto la ricostruzione delle fonti del diritto del lavoro. Sinteticamente può affermarsi che a più livelli e con diverse intensità in alcuni casi sostituisce integralmente discipline precedenti (v. art.13 in tema di ius variandi), in altri prevede abrogazioni parziali, sia pur nel contesto di normative fortemente innovative (disciplina licenziamenti, art18), in altri ancora specifica e perfeziona precetti (in specie costituzionali) preesistenti (nell'area dei "diritti pubblici di libertà" e del

“diritto alla salute, art 9) o introduce nuove discipline (legislazione di sostegno). In buona sostanza pur non proponendosi di realizzare una vera e propria “neo-codificazione”, esso ritrascrive l’oggetto giuslavoristico in maniera così diffusa da determinare una ampia gamma di riflessi innovativi sul piano sistematico e quindi interpretativo. A tal fine non basta riferirsi alle diverse connessioni formali che si stabiliscono tra la legge n.300 e la normativa precedente, occorre, invece, porre l’accento sul dato sostanziale costituito dal grado di effettività elevata acquisito dalla riforma statutaria. La “effettività” costituisce un parametro essenziale di valutazione dell’esperienza giuslavoristica. Nel diritto del lavoro, più che in altre discipline, limitarsi all’analisi dei soli profili formali rischia, infatti, di precludere la conoscenza della reale funzione delle norme.

Anche in questo senso, dunque, lo statuto determina un input innovativo, configurando un più ampio fenomeno di riassetto delle fonti del diritto del lavoro agendo come un congegno che ha, a suo tempo, rimesso in movimento l’intero sistema giuslavoristico.

Quanto detto sin qui è sufficiente a condividere l’affermazione secondo cui lo Statuto ha costituito una riforma del diritto del lavoro al tempo stesso “strutturale” e “parziale”.

La sua “strutturalità” risiede nell’aver realizzato una trasformazione del rapporto di lavoro e della cornice istituzionale delle relazioni industriali dotato di un elevato grado di stabilità.

2.1.1.1 *DAL GARANTISMO ALLA FLESSIBILITA'*

Nel vigente regime costituzionale si sono moltiplicate le leggi speciali, sia per il lavoro subordinato in generale che per particolari rapporti. Con il trascorrere del tempo, di fronte ai problemi macroeconomici dell'inflazione, della disoccupazione e del debito pubblico si è dato vita ad una serie di provvedimenti legislativi, specialmente sul mercato del lavoro (C.I.G. collocamento occupazione giovanile, lavori socialmente utili, contratti di solidarietà, contratti a termine, partime), che senza seguire un coerente sistema complessivo, hanno creato vita ad un quadro legislativo caratterizzato da sovrapposizione e modifiche, ulteriormente aggravato dalla continua necessità di adeguamento alle Direttive comunitarie.

La crisi economica e le esigenze di trasformazione del sistema produttivo, in una con la deformazione del processo espansivo del diritto del lavoro, hanno messo in discussione il principio del "favor" e della tutela a senso unico del lavoratore come fino a quel momento era stato. La normativa produttiva tradizionale che garantiva minimi di tutela derogabili sempre in melius si è rovesciata talora in una disciplina che ha posto tetti massimi, in particolare al trattamento economico. A ciò si è aggiunto che la diversificazione delle forme produttive e tecnologiche hanno incentivato una tendenza alla deregolazione e flessibilizzazione del diritto del lavoro in una prospettiva di evoluzione neo-liberista. In questo trend diretto a promuovere la razionalizzazione e lo sviluppo del sistema produttivo e delle imprese e non solo a favorire il risanamento dei settori e delle aziende in crisi, la tutela dell'occupazione prevale

sulla tutela della posizione contrattuale debole del lavoratore: quest'ultima, si ritiene, debba essere armonizzata, tendenzialmente, con l'interesse pubblico al contenimento dell'inflazione e con lo stesso interesse dell'impresa allo svolgimento dei processi di ristrutturazione produttiva ed innovazione tecnologica.

Con il trascorrere del tempo, dunque, allentatisi gli originali e rigorosi vincoli imposti inizialmente dal legislatore, gli anni che vanno dalla fine degli anni 90 ai nostri giorni, hanno visto il proliferare di nuove forme di lavoro improntate al concetto di "flessibilità", intesa come ricorso all'utilizzo di forme contrattuali "atipiche", ben lontane dallo schema del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e full-time, capaci di consentire al datore di contenere il costo del lavoro e al contempo di acquisire competitività sul mercato.

2.1.1.1.1 *FONTI REGIONALI*

La competenza legislativa delle Regioni ad autonomia ordinaria è stata per molto tempo limitata nell'ambito del lavoro, riguardando la formazione professionale e l'assistenza sanitaria e ospedaliera.

Solo a seguito del D.Lgs 469/97, le competenze regionali hanno ricompreso pienamente la materia del collocamento e delle politiche del lavoro. Con la modifica integrale del titolo V della parte seconda della Costituzione, dedicato a Regioni, Province e Comuni, ad opera della L. cost.3/2001, si è provveduto ad una nuova suddivisione della potestà legislativa tra Stato e Regioni (art. 117 Cost.).

La norma individua settori in cui lo Stato legifera in modo esclusivo, riservando a sé ben 17 materie, settori in cui le Regioni hanno potestà legislativa concorrente con lo Stato e settori in cui esiste una potestà legislativa esclusiva delle Regioni, senza interferenze da parte delle autorità statali.

Con specifico riferimento alle competenze in materie di lavoro, spettano con potere concorrente alle Regioni, la tutela e sicurezza del lavoro, la tutela della salute e la previdenza complementare e integrativa; mentre alla competenza esclusiva regionale, le materie non riservate alla legge statale e alla legislazione regionale concorrente, compreso il potere di dare attuazione ed esecuzione agli atti dell'Unione Europea.

Va rilevato che la disciplina del rapporto di lavoro non rientra nell'ambito della "tutela e sicurezza del lavoro" di competenza statale. Il compito della tutela del lavoro deve ritenersi non comprensivo di tutta la disciplina del lavoro, bensì limitato agli aspetti gestionali del mercato del lavoro, come la mediazione tra

domanda ed offerta e gli interventi per favorire l'occupazione e il reimpiego dei lavoratori (Corte cost. sentenza n385/2005).

Capitolo 3

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

3.1 *RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA*

La tematica delle fonti nel diritto del lavoro presenta aspetti di marcata peculiarità. Accanto al ruolo, consueto e per certi versi scontato, della legge, emerge infatti nel diritto del lavoro la funzione cruciale del contratto collettivo. Sebbene quest'ultimo resti un atto di autonomia negoziale privata, cui non può essere riconosciuta materia di fonte formale del diritto obiettivo, come nel sistema corporativo, non vi è dubbio che nell'ordinamento vigente esso continui ad assolvere la funzione di fonte materiale delle regole del rapporto di lavoro. Tradizionalmente la contrattazione collettiva ha agito come fonte non soltanto nel senso di migliorare gli standard di trattamento previsti dalla legge, ma anche introducendo, nelle sue esperienze più avanzate, regole nuove, successivamente raffinate, consolidate e generalizzate dal legislatore. Si è così venuto a creare una sorte di circuito virtuoso, di reciproco sostegno e condizionamento, tra le due fonti principali del diritto del lavoro, di cui lo stesso statuto dei lavoratori rappresenta un esempio particolarmente emblematico. Nel modello più usuale e consolidato la legge si pone come disciplina dei minimi di trattamento, inderogabile se non in meglio ad opera della autonomia privata (collettiva e individuale).

Peraltro con il trascorrere del tempo, come in seguito si vedrà, la relazione tra legge e contrattazione collettiva è risultato meno lineare del passato.

Ad esempio, con riguardo ad entrambi le fonti vanno segnalati significativi elementi di novità, evidenziati in tempi più recenti.

Rispetto a quelle negoziale, il ruolo adesso segnato nel contesto della privatizzazione del pubblico impiego, ne ha accentuato il profilo di fonte in senso proprio di disciplina dei rapporti di lavoro, quasi equiparato a quella legale.

I contratti collettivi che si stipulano nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, in effetti, stentano ad essere ricondotti alla categoria consolidata nella esperienza post costituzionale del contratto collettivo di diritto comune, a fronte dell'ampia potestà derogataria ad essi riconosciuta rispetto alla norma legale. Rispetto alla legge, vanno invece segnalate le implicazioni delle riforme del titolo V, parte seconda della costituzione: in particolare per quanto interessa il diritto del lavoro, le ricadute nell'ordinamento dell'attribuzione alle regioni di una competenza legislativa concorrente in materia di tutela e sicurezza del lavoro.

3.1.1 **RAPPORTO LEGGE E CONTRATTO COLLETTIVO**

Nella regolamentazione del rapporto di lavoro, la contrattazione collettiva può svolgere, rispetto alla fonte legislativa varie funzioni;

A) ausiliaria: applicativa e specificativa dei principi posti dalla legge

B) di disciplina: per esplicita revisione legislativa

C) derogataria rispetto alla legge: per mezzo della quale la fonte sindacale è abilitata a dettare una disciplina difforme da quella legislativa.

Il modello tradizionale si basa su una combinazione semplice tra le due fonti, basate sull'assioma che la norma legale fissa la soglia minima di trattamento, mentre la contrattazione interviene o su materie proprie o al di sopra delle tutele sancite dalla legge; inoltre la norma legale, data la sua funzione di fissare un trattamento minimo, è, di massima, inderogabile: la contrattazione può andare "oltre" ma non "al di sotto" del disposto legale.

In questo modo al rapporto legge -contrattazione si applica la relazione gerarchica tra disciplina legale e autonomia privata sancita dall' art. 1322 c.c. "l'autonomia contrattuale si svolge nell'ambito dei limiti imposti dalla legge" e, fuori dai tipi contrattuali in quanto sia diretta a" realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

Peraltro il principio della inderogabilità della norma di legge, anche da parte del contratto collettivo, salvo che a favore del lavoratore, ha caratterizzato in senso assoluto solo la stagione del "Garantismo rigido", fino a subire le conseguenze della sua crisi successiva.

Le politiche del "diritto della crisi", orientate ad ottenere rigidità normative ed incentivare discipline flessibili, hanno nel tempo

riacceso il problema/conflitto tra legge e contrattazione come fonti del diritto.

In tutti i paesi industrializzati la “flessibilità” è divenuta una formula omnicomprensiva, che ha determinato una varietà sia degli schemi normativi sia delle tipologie dei rapporti di lavoro, in una “flessibilizzazione” delle relazioni tra le fonti.

L’esito è stato quello di far risalire il tasso di incertezza dell’ordinamento attraverso tecniche di scaricamento sui progetti collettivi dalle difficoltà regolative proprie della fonte statutale. Tutto ciò pone un problema di una nuova regolamentazione dell’ambito di applicazione del diritto del lavoro sia nella distribuzione di competenza tra le fonti legislative e contrattuale.

Capitolo 4

LA GIURISPRUDENZA USI-EQUITA'

4.1 *GIURISPRUDENZA*

La giurisprudenza ordinaria costituisce settore essenziale di formazione del diritto del lavoro e sopperisce con l'elaborazione talvolta complessa, alle lacune del sistema.

Peraltro, il contenzioso si svolge solo innanzi ai giudici di merito, ma anche in sede di legittimità, come dimostrano le sentenze emesse dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale.

Gli spazi per la formazione giurisprudenziale del diritto del lavoro sono stati accresciuti in taluni settori dall'inerzia del legislatore, che ha determinato un'inevitabile supplenza da parte dei giudici, manifestandosi in modo macroscopico con il diritto sindacale con l'elaborazione dei principi relativi al contratto collettivo di diritto comune ed allo sciopero.

Nel senso di accentuare il ruolo della giurisprudenza, opera la legislazione per clausole generali o concetti indeterminati, che rinvia alla mediazione giudiziaria la ricerca del punto di equilibrio tra interessi contrapposti, come avviene, ad esempio, a proposito del giustificato motivo di licenziamento o trasferimento.

Nel complesso l'opera della giurisprudenza del lavoro è sicuramente meritoria e va altresì rilevato che per l'attuazione dei principi della costituzione in materia di lavoro, un ruolo significativo è stato svolto dalla Corte costituzionale.

L'attività di quest'ultima da sempre è stata indirizzata ad assicurare l'adeguamento delle norme di legge ai principi costituzionali, sia attraverso sentenze interpretative di rigetto che interpretative di accoglimento.

4.1.1 **LA GIURISPRUDENZA E LO SCIOPERO**

La disposizione dell'articolo 40 Cost. prevede che il “diritto di sciopero si esercita nell'ambito della legge che lo regolano”.

Peraltro, la perdurante “assenza” di una legge attuativa, salvo particolari casi degli addetti agli impianti nucleari ed il personale di assistenza di volo, è stata compensata da una supplenza della giurisprudenza.

Così, se in questa situazione è stata da subito affermata la immediata “precettività” del diritto allo sciopero, pur in mancanza di leggi regolatrici, per altro verso la giurisprudenza ha dovuto procedere inevitabilmente alla individuazione in via interpretativa dei limiti della fattispecie protetta.

Quest'ultima, infatti, da un lato dà effettività all'articolo 39, Cost. e all'articolo 2 Cost, in cui vengono riconosciuti e protetti i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, dall'altro consente di inserire il conflitto collettivo in dinamiche di relazioni sindacali riequilibranti i rapporti economici e sociali caratterizzati da effettive disparità tra lavoratori e imprese.

Si deve così ai giudici la distinzione tra limiti interni ed esterni dello sciopero, i primi deducibili dallo stesso concetto di sciopero, assunto a referente del relativo diritto (es: lo sciopero deve essere continuativo, deve produrre solo un danno da lucro cessante ecc....), e limiti c.d. esterni, ricollegabili alle esigenze di salvaguardare un altro diritto

costituzionalmente sovraordinato o quanto meno pari-ordinato rispetto a quello garantito dall'articolo 40 Cost (quali ad es. il diritto alla vita e all'incolumità personali ecc.).

Così sotto quest'ultimo aspetto, la distinzione è specificata dalla Corte Costituzionale allorquando, a fronte della reiterata richiesta di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa penale, la consulta dapprima legittima lo sciopero a fine contrattuale (sentenza 29/1960), poi lentamente recupera quello a fine non contrattuale mediante il riconoscimento di un'ampia forma di figure: dallo sciopero “ di imposizione economico politico” allo sciopero di solidarietà (sentenza “ interpretativa” di rispetto 123/1962) e ancora allo sciopero “ politico in senso stretto” (sentenza 290/1974).

Anche la stessa giurisprudenza ordinaria si è mossa nella stessa linea di salvaguardia della vita, della salute e dell'incolumità delle persone, nonché delle essenziali esigenze della comunità. Solo dopo oltre quarant'anni dell'entrata in vigore della costituzione si è emanata un'importante legge regolatrice dello sciopero (legge numero 146/1990, poi novellata con la legge numero 83/2000) che, peraltro, ha avuto riguardo esclusivamente al settore dei servizi pubblici essenziali, sicché in ogni altro settore e, comunque, per l'interesse delle imprese è rimasta ancora come unico baluardo la precedente elaborazione giurisprudenziale.

4.1.1.1 *L'EQUITA'*

Il ruolo del giudice nella formazione del diritto è particolarmente valorizzato nei casi in cui gli sia consentito giudicare secondo equità.

Si tratta di ipotesi eccezionali, espressamente previste dalla legge, al di fuori delle quali il giudice deve seguire le norme del diritto.

Nel diritto del lavoro il legislatore si affida all'equità in mancanza di altre fonti (legge, contratti collettivi, usi normativi) come accade per la determinazione della retribuzione, del periodo di ferie, dal preavviso di licenziamento o dimissioni.

Lo spazio per l'equità, che tanto parte ha avuto alle origini del diritto del lavoro, parrebbe, dunque, ormai estremamente ridotto in un sistema di regole se non si considerasse che anche all'applicazione delle clausole generali o dei concetti indeterminati dà luogo a pronunzie sostanzialmente equitative.

In questi casi, va sottolineato, si tratterebbe di equità integrativa (o suppletiva) e non di equità formativa (o sostitutiva), sicché il giudice non può trarre la regola direttamente dalla realtà sociale sulla base di elementi metagiuridici, bensì deve sviluppare elementi razionali già presenti nell'ordinamento.

4.1.1.1.1 GLI USI

L'uso o consuetudine è costituito da un comportamento costante ed uniforme nel tempo, accompagnato dalla convinzione della conformità al diritto e dalla necessità giuridica del comportamento stesso.

Nella loro qualità di fonti del diritto al lavoro, gli usi assumono una valenza peculiare. Essi sono sempre dispositivi in quanto si applicano, di regola, solo in mancanza di disposizione di legge o di contratto collettivo e non possono derogare alla disciplina dello stesso di prevalere su quella del contratto individuale.

Tuttavia, secondo l'Art 2078 c. c., qualora più favorevoli al prestatore di lavoro, prevalgono, in deroga alle regole generali ex articolo otto preleggi, sulle norme dispositive di legge.

Dalla categoria degli usi c.d. normativi, va tenuta distinta quella degli usi aziendali, che esplicano la loro efficacia nell'ambito, non della comunità generale, ma di una singola unità produttiva.

Gli usi aziendali non hanno valore di norma inderogabile e, secondo la giurisprudenza, possono essere esclusi dalle parti, ancorché solo al momento della stipulazione del contratto individuale.

Ne consegue la immodificabilità in peius dell'uso aziendale ad opera di un successivo contratto collettivo o di iniziativa unilaterale del datore di lavoro; la possibile sostituzione dell'uso con uno contrario, l'estraneità all'uso dei lavoratori assunti dopo la sua formazione e deliberatamente esclusi dal suo trattamento, la immodificabilità in peius del contratto collettivo da parte dell'uso sopravvenuto.

Le conseguenze sarebbero, ovviamente diverse se si qualificasse l'uso aziendale come uso normativo oppure come una sorta di contratto collettivo aziendale. Manca, peraltro, il requisito della generalità di una condotta, per definizione limitata ad una sola azienda, nonché la partecipazione alla formazione della regola di qualsiasi soggetto rappresentativo dell'interesse collettivo dei lavoratori.

BIBLIOGRAFIA

1. M. PERSIANI, F. Carinci, in Trattato di Diritto del Lavoro, vol.1, Le Fonti del Diritto del Lavoro, CEDAM 2010
2. D. Irollo e G. Irollo, Compendio di Diritto del Lavoro, Maggioli 2021
3. Di Stasi, Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale, Giuffrè 2021
4. M. Corti, V. Ferrante, M. Napoli, A. Occhino, Nuove Tendenze delle Fonti del Diritto del Lavoro, V. e P. 2012
5. E. Ghera, Diritto del Lavoro, Cacucci 2006
6. A. Di. Stasi, S. Giubonni, V. Pinto, Lezioni di Diritto del Lavoro, Mulino, 2022