

CAPITOLO 3

LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: I ■ 1. Fonte del rapporto di lavoro ed autonomia negoziale. - 2. Le parti del contratto di lavoro. il contratto del lavoratore minore. - 3. Gli elementi essenziali del contratto di lavoro. - 4. Gli elementi accidentali: il patto di prova. - 5. Il contratto invalido e la prestazione di fatto. - 6. Il contrasto al lavoro sommerso: misure e sanzioni. **II** ■ 1. La funzione e l'oggetto della certificazione. - 2. Gli organi di certificazione. - 3. Il procedimento di certificazione. - 4. L'impugnazione. **III** ■ 1. Il sistema del collocamento. - 2. Politiche attive per il lavoro: le assunzioni incentivate. - 3. Gli obblighi di comunicazione. - 4. Le assunzioni a regime speciale. - 4.1. I lavoratori disabili. - 4.2. I lavoratori extracomunitari. - 5. Lo stato di disoccupazione.

I - AUTONOMIA NEGOZIALE, PARTI ED ELEMENTI DEL CONTRATTO DI LAVORO

1. Fonte del rapporto di lavoro ed autonomia negoziale.

L'attuale Codice civile non menziona il contratto di lavoro nell'ambito del l. IV sulle obbligazioni, ma fornisce la definizione di prestatore di lavoro subordinato all'interno del l. V sull'impresa. Sulla scorta di quest'impianto normativo, si sono sviluppate due differenti impostazioni circa la fonte del rapporto di lavoro (VALLEBONA):

- Per la **teoria istituzionale-comunitaria**, la stessa andrebbe identificata nell'inserimento del lavoratore all'interno dell'impresa, in forza della quale lavoratore e datore di lavoro agirebbero per il raggiungimento di uno scopo comune. Tale concezione riposa sulla differenza tra il Codice vigente e quello del 1865 (in cui il contratto di lavoro era considerato una sottospecie della locazione), sull'importante compressione dell'autonomia negoziale attuata da una normativa di natura spesso cogente, sull'attribuzione di effetti alla prestazione di fatto ad opera dell'art. 2126 c.c.
- L'**orientamento contrattuale**, oggi prevalente, attribuisce al contratto un rilievo primario per la costituzione del rapporto di lavoro, rivalutando pertanto la causa di scambio insita nelle attività lavorative.

La disciplina del contratto di lavoro presenta alcune peculiarità, che lo caratterizzano e lo distinguono dalle altre fattispecie negoziali (in tema di capacità giuridica, *infra*: par. 2; di effetti della nullità, *infra*: par. 5; di impossibilità sopravvenuta della prestazione: cap. X).

Il diritto del lavoro, adempiendo ad una tradizionale funzione di tutela del lavoratore, si presenta come una normativa di natura per lo più **cogente**, che depotenzia fortemente l'autonomia individuale. L'**inderogabilità** della disciplina giuslavoristica opera, peraltro, solo **in peius**: in virtù del **principio di favor** per il lavoratore, è ben possibile inserire nel contratto individuale condizioni migliorative rispetto al

trattamento minimo disposto dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Eventuali clausole peggiorative saranno invece affette da nullità virtuale (**art. 1418, co, 1 c.c.**) e sostituite di diritto da quelle imposte dalla legge (**art. 1339 c.c.**).

2. Le parti del contratto di lavoro. il contratto del lavoratore minore.

Il diritto del lavoro conosce un'importante eccezione alla regola generale di cui all'art. 1 c.c., a norma del quale la capacità si acquista al momento della nascita. Per l'ammissione al lavoro, l'art. 3, l. 17 ottobre 1967, n. 977 richiede una **capacità giuridica speciale**, di cui sono privi i soggetti **minori di quindici anni od ancora vincolati all'obbligo scolastico** (che perdura fino ai sedici anni). Il contratto concluso con un soggetto di età inferiore è da considerarsi **nullo per illiceità dell'oggetto**; al lavoratore è in ogni caso riconosciuto il diritto alla retribuzione per l'attività effettuata, in virtù del disposto dell'art. 2126, co. 2 c.c. ("Se il lavoro è stato prestato con violazione delle norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione" *infra*, par. 5).

Il prestatore di lavoro di età compresa tra i sedici ed i diciotto anni, pur in possesso della prescritta capacità giuridica, sarebbe però privo della **capacità d'agire** ai sensi della regola generale di cui al co. 1 dell'art. 2 c.c.; il co. 2 della medesima disposizione fa però salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità di prestare il proprio lavoro ed **abilita il minore all'esercizio dei diritti e delle azioni** che dipendono dal negozio di lavoro stesso.

➤ Secondo una prima tesi, vi sarebbe quindi una coincidenza tra capacità giuridica speciale e capacità d'agire: il minore, capace di esercitare e tutelare i propri diritti lavorativi, sarebbe anche capace di stipulare autonomamente il relativo negozio (BIAGI, DE CRISTOFARO).

➤ Per una diversa opinione, il contratto potrebbe invece essere concluso solo dal rappresentante legale del minore, in conformità alla regola generale (SUPPIE, VALLEBONA).

Il **datore di lavoro** può essere un soggetto privato od una pubblica amministrazione, una persona giuridica od una persona fisica, un imprenditore o un non imprenditore, e dalla sua qualifica soggettiva derivano diverse conseguenze sulla disciplina del rapporto lavorativo.

Nel corso del rapporto può altresì verificarsi la sostituzione del datore di lavoro per effetto di cessione del contratto o di trasferimento d'azienda (cap. V, par. 2); non è invece ammissibile la dissociazione tra titolare formale e soggetto che beneficia della prestazione, con l'eccezione della somministrazione (cap. IV, par. 1) e dell'appalto (cap. IV, par. 3).

Giova segnalare alcune peculiarità del rapporto lavorativo alle dipendenze dei **gruppi di imprese**. Ai sensi dell'art. 31, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276:

- i gruppi di imprese ex art. 2359 c.c. possono delegare alla società capogruppo lo svolgimento degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza per tutte le società controllate e collegate. Tale delega, in ogni caso, non rileva