

# indice

## editoriale

- 225 MIMMO CARRIERI  
*Lo sciopero “polverone”: si può contenere?*

## saggi

- 239 RAFFAELE DI RAIMO  
*Giustizia e fondamento variabile dell'autonomia negoziale*
- 253 GIOVANNI D'AMICO  
*“Giustizia contrattuale” nella prospettiva del civilista*
- 279 LORENZO ZOPPOLI  
*Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*
- 301 GIORGIO FONTANA  
*“Contratto di lavoro” e “giustizia” nella crisi economica*
- 333 NUNZIA CASTELLI  
*Contrattualismo e diritto del lavoro: una strana coppia*
- 371 ARIANNA AVONDOLA  
*Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso*

## giurisprudenza

- 395 ANTONELLO BALDASSARRE  
*L'“onnicomprensività” della retribuzione dei lavoratori pubblici nella giurisprudenza contabile e amministrativa (Rassegna)*

415 ALESSANDRO DI CASOLA

*Il mosaico del “fatto” tra imputabilità e anti giuridicità*

(Commento a Cass. 16 maggio 2016 n. 10019 e Cass. 20 settembre 2016 n. 18418)

**osservatorio**

429 GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI

*Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda*

455 MARIA CHIARA MERCORIO

*Il licenziamento per motivi economici in Francia*

475 *Notizie sugli autori*

477 *Abbreviazioni*

# table of contents

## editorial

- 225 MIMMO CARRIERI  
*The Strike that “Kicks up Some Dust”: Can It be Contained?*

## articles

- 239 RAFFAELE DI RAIMO  
*Contractual Justice: a Systematic-Historical Framework*
- 253 GIOVANNI D’AMICO  
*“Contractual Justice” in the Perspective of a Civil Law Scholar*
- 277 LORENZO ZOPPOLI  
*Distributive Justice, Commutative Justice and Labour Contracts*
- 301 GIORGIO FONTANA  
*“Contract of employment” and “Justice” in the Economic Crisis*
- 333 NUNZIA CASTELLI  
*Contractualism and Labour Law: a Strange Couple*
- 371 ARIANNA AVONDOLA  
*Journalists' Work and (Un)Fair Remuneration*

## case law

- 395 ANTONELLO BALDASSARRE  
*The “All Encompassing” of Public Employees’ Remuneration in the Accounting and Administrative Jurisprudence (Review)*

- 415 ALESSANDRO DI CASOLA  
*The Mosaic of the "Fact" between Imputability and Illegality*  
(Comment to Cassazione 16 May 2016 n° 10019 and Cass. 20 September  
2016 n. 18418)

**observatory**

- 429 GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI  
*The Complexities of the Contract of Employment in Transfer of Undertaking*
- 455 MARIA CHIARA MERCORIO  
*Dismissals for Economic Reasons in France*
- 475 *Authors' information*
- 477 *Abbreviations*

## Mimmo Carrieri

### Lo sciopero polverone: si può contenere?

**Sommario:** **1.** Come cambiano i conflitti. **2.** Una nuova generazione di sindacati e di conflitti. **3.** Ricostruire un equilibrio tra articolazione ed aggregazione nei conflitti. **4.** Si può attenuare l'impatto dei conflitti terziari "a catena"?

#### I. *Come cambiano i conflitti*

In un recente scritto<sup>1</sup> Giuseppe Santoro Passarelli ha attirato l'attenzione sulla opportunità di mettere in evidenza e rafforzare il collegamento tra proclamazione dei conflitti e rappresentatività degli attori sindacali. Certamente questa ipotesi di lavoro mette a fuoco una delle ragioni per il possibile perfezionamento della regolazione dei conflitti nei servizi essenziali.

In effetti, come confermano le statistiche internazionali, il volume dei conflitti tende a non crescere in tutti i paesi avanzati (ed anzi si riduce da alcuni decenni). Questo fenomeno riguarda anche il nostro, sia pure con qualche eccezione e devianza. Ma la questione centrale è che, nonostante questo *trend* generale, pure sussistono micro-conflitti epidermici in alcuni servizi, i quali producono disagi e impatti decisamente superiori al numero dei partecipanti.

In realtà gli scioperi stanno cambiando pelle, e la cambiano anche in rapporto al fatto che in certa misura i soggetti promotori sono diversi da quelli passati. Ma essi si modificano, per così dire evolvono, perché si muo-

<sup>1</sup> Si veda SANTORO-PASSARELLI G., *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *DLRI*, 2017, p. 81 ss.

vono all'interno del quadro di regole date, che funzionano come portatrici di vincoli ed insieme di opportunità per le modalità d'azione adottate da questi diversi soggetti.

Come ci ricorda nelle sue Relazioni annuali la Commissione di garanzia sullo sciopero, l'azione e l'intervento della Commissione fanno registrare un successo crescente, e segnalano anche un forte adattamento ad opera di tutti, o quasi, i sindacati che si muovono in questa vasta e turbolenta arena dei servizi essenziali.

Ma il successo delle regole vigenti non equivale automaticamente al tramonto di ogni conflitto. In realtà proprio nell'adattamento alle regole in materia di conflitti nascono attori e comportamenti nuovi (almeno in certa misura) che puntano a sfruttare o eludere a loro vantaggio proprio i paletti che delimitano l'esercizio dello sciopero.

Ma dunque se stiamo parlando di cambiamenti imprevisi, e per certi versi sfuggenti, di che cosa parliamo esattamente?

Intanto il nostro osservatorio – va precisato – riguarda in modo particolare il trasporto locale e ferroviario che da tempo risulta uno degli epicentri dei conflitti terziari (secondo la definizione ormai classica che ne fu data da Accornero)<sup>2</sup>.

Prendiamo alcune informazioni selettive e relative ad alcune delle aziende che operano entro questi settori (anche se possiamo considerare la presenza di trend analoghi in gran parte dei servizi essenziali, e sicuramente in tutti i settori del trasporto).

Partiamo dall'azienda Trenord di Milano. Vediamo ad esempio che nel novembre 2015 uno sciopero proclamato da Cub Usb e Cat che ha ricevuto il 7% di adesione ha prodotto la soppressione di 1172 treni, ovvero sia oltre la metà di quelli mediamente circolanti.

Altro dato. Nel 2016 nella stessa azienda uno sciopero indetto da Cat Sgb Usb e Cub che ha potuto contare su un'adesione del 10% dei lavoratori ha portato alla soppressione di 781 treni, oltre un terzo di quelli circolanti in media.

Un altro dato interessante che riguarda l'EAV di Napoli (in questo manca l'indicazione delle organizzazioni proclamanti). Sciopero del 4 marzo 2015, con adesione del 3,8% dei lavoratori interessati, ma soppressione di 59 delle 87 corse previste per le linee flegree. Ancora un dato piuttosto eclatante

<sup>2</sup> ACCORNERO, *Conflitto terziario e terzi*, in *DLRI*, 1985, p. 17 ss.

nelle sue sproporzioni: sciopero del 21 ottobre 2016 caratterizzato da una adesione dello 0,77%, che però conduce – tra l’altro – alla soppressione quasi completa di alcune linee e in particolare di 124 corse sulle 169 previste dalle linee flegree.

Venendo all’Atac, la più grande azienda italiana di Trasporto pubblico locale, pure in questo caso si registrano delle sproporzioni significative e sulle quali riflettere. Ad esempio uno sciopero aziendale proclamato dall’Orsa e Fast il 10 giugno 2015, che ha ottenuto il 4,8% di adesioni, ha però determinato la soppressione di oltre il 47% delle corse programmate. Ed ancora, uno sciopero indetto da Cub trasporti, effettuato in data 18 marzo 2016, cui hanno aderito il 12,1% dei lavoratori interessati, ha però prodotto la soppressione di quasi il 79% delle corse previste.

Questi sono alcuni tra i dati più eclatanti disponibili, e sono sicuramente rilevanti, anche se non sempre – va avvertito – generalizzabili: questo fenomeno della “ridondanza” dei conflitti sembra più contenuto e sotto controllo in aziende di dimensione maggiore (come nel caso di Trenitalia), appare comunque meno dirompente al Nord (nonostante alcuni delle percentuali sopra ricordate di Trenord). Vanno considerate queste informazioni quindi come degli indicatori di trend, piuttosto che sotto veste di dati statistici compiuti.

Possiamo parlare dunque:

- di conflitti *con effetto ridondanza*, quando, nonostante l’adesione di minoranze, pure dentro mestieri strategici, produce comunque un effetto a cascata del disagio proporzionalmente superiore al numero dei partecipanti;

- di conflitti *con effetto a catena*, quando la proclamazione di piccole organizzazioni investe più settori e quindi produce un effetto moltiplicativo: l’utente è prigioniero di almeno uno dei gangli in conflitto, dove operano con effetto di propagazione anche pochi segmenti conflittuali (come è successo nello sciopero “generale” proclamato dai Cub nel recente venerdì nero del 16 giugno 2017).

- l’esito è quello che potremmo definire come *conflitto polverone*: uno sciopero proclamato da organizzazioni chiaramente minoritarie, e con adesioni limitate, che grazie a propagazioni di varia natura produce, o sembra produrre, effetti di ampia portata. Ad esempio una di queste amplificazioni sproporzionate si verifica quando i commenti generalizzano a tutto il paese gli effetti critici che si registrano nella sola Roma, e che sono direttamente palpabili dai media e dai politici.

## 2. *Una nuova generazione di sindacati e di conflitti*

Pure, nonostante le necessarie cautele, le nostre informazioni ci raccontano delle storie conflittuali in certa misura inedite. Le quali richiedono proprio per questa ragione tanto una rappresentazione che un approccio regolativo almeno in certa misura differenti dal passato.

Il primo aspetto sul quale richiamare l'attenzione riguarda i soggetti sindacali coinvolti. Nei primi anni di vita della Commissione il monitoraggio, promosso da Aris Accornero, relativo ai soggetti proclamanti, ed in alcuni caso operanti al di fuori delle regole previste dalla legge, aveva portato a descrivere un ruolo preponderante del sindacalismo confederale. Anche se ovviamente anche all'epoca appariva vivace ed in crescita la presenza di altre sigle sindacali<sup>3</sup>. Invece negli anni più recenti sembra di potersi dire che le tre Confederazioni si concentrano, con scioperi in genere molto "responsabili", su conflitti di ampio raggio. Mentre i conflitti di raggio più corto, su temi più svariati, che vanno dai diritti a micro-contenziosi di varia natura, risultano in prevalenza appannaggio di organizzazioni extraconfederali<sup>4</sup>, spesso sorte anche in anni recenti proprio con lo scopo di contestare l'eccesso di "responsabilità" dei grandi sindacati. In questo caso dunque l'effervescenza, dovuta a conflitti ripetuti, e spesso chiaramente ripetuti senza forti ragioni di interesse collettivo, si deve ad una costellazione di sindacati eterogenea, ma di ispirazione piccola e particolaristica.

In realtà ci troviamo di fronte ad una nuova generazione di organizzazioni sindacali, qualche volta filiazione di sigle precedenti, ma che sembrano comunque caratterizzate da alcuni tratti comuni<sup>5</sup>, sui quali sarebbe importante indagare più in profondità.

Intanto mentre negli anni ottanta e novanta gli attori sindacali in crescita sembravano essere quelli di natura professionale, legati ad alcuni specifici mestieri di rilievo (come i piloti, i macchinisti o gli insegnanti), in questi anni la tendenza emergente sembrerebbe un'altra.

<sup>3</sup> Si veda i dati di quella stagione raccolti e analizzati in ACCORNERO, CARRIERI, *La conflittualità nei servizi pubblici: tipi di soggetti e livelli di inadempienza*, in DLRI, 1998, p. 573 ss.

<sup>4</sup> In questo caso i dati non hanno una base scientifica e sistematica come nel ricordato Osservatorio promosso da Accornero.

<sup>5</sup> Vale la pena di sottolineare che sarebbe utile poter costruire un repertorio sistematico di queste organizzazioni, del loro insediamento e della loro consistenza rappresentativa. In passato questo tentativo è stato fatto, si veda: CARRIERI, TATARELLI, *Gli altri sindacati*, Ediesse, 1997.

I sindacati professionali non spariscono, ma essi sono affiancati e spesso assorbiti da quelli che in passato sembravano la gamba di sinistra, e minoritaria, del panorama sindacale. Sono quelli che in precedenza erano stati catalogati dentro la famiglia del “sindacalismo di base”.

Questi sindacati si sono ulteriormente articolati rispetto al passato con la comparsa di nuove sigle e di nuove aggregazioni, ma appaiono accomunati da alcuni tratti di fondo. La sottolineatura del carattere militante e assembleare della funzione dei sindacati. La traduzione di questo movimentismo in una propensione al conflitto costante e ripetuto (fonte anche di visibilità per i soggetti promotori), quindi mediante l’orientamento a massimizzare il potere vulnerante del conflitto terziario e ad aumentare i danni agli utenti pur a fronte di numeri di adesione ridotti (non si sa se sempre del tutto intenzionale), la polemica verso il moderatismo o l’accondiscendenza dei sindacati generali-confederali, l’ostilità di principio verso le aziende e il loro management, alimentata anche dall’accesso, soltanto intermittente, di questi attori ai tavoli negoziali in cui sono accettati a misurarsi con queste controparti.

La logica che emerge è quella del conflitto di portata micro o comunque ristretta, anche quando questi soggetti proclamano scioperi “generali”: in realtà la generalità che viene messa in campo riguarda la visione ideologica, di ascendenza antagonista, ma non i contenuti e gli obiettivi dei conflitti, spesso sbiaditi, altamente generici o banalmente corporativi.

Ma i cambiamenti, per così dire molecolari, nei soggetti trascinano con sé anche quelli negli stili e nei comportamenti conflittuali.

Mentre, come ricordato, il volume dei conflitti non si amplia, il dato che appare più influenzato da queste nuove conformazioni è quello della frequenza: in altri termini la tendenza a reiterare conflitti che abbracciano porzioni ridotte di aziende o di lavoratori (ma non per questo rinunciando al conseguimento di un effetto “ridondanza” o “polverone”, se si pensa ad esempio ad alcune aziende di trasporto pubblico locale).

Dunque il fenomeno che prende corpo è quello che potremmo definire come “sciopero di pochi con disagi di molti”. Un fenomeno diffuso, anche se non maggioritario<sup>6</sup>, che radicalizza le opportunità di potere vulnerante di gruppi, qualche volta sparuti di lavoratori, collocati però in gangli vitali. Diversamente dagli assunti del passato i “pochi” di cui parliamo segnalano

<sup>6</sup> I dati in nostro possesso non ci consentono al momento di disegnare un quadro d’insieme compiuto, piuttosto di registrare tendenze.

una adesione limitata da parte dei lavoratori, piuttosto che un elevato potere vulnerante di alcuni gruppi professionali (come si verificava ad esempio per i controllori di volo). Bastano pochi a produrre molti disagi, in quanto aiutati dalle casse di risonanza mediatiche, e dalle pigrizie aziendali, oppure in ragione della loro collocazione strategica nella catena produttiva. In modo paradossale, quanto esemplare, diventa così sufficiente lo sciopero di soli due addetti al controllo del traffico per bloccare l'intera rete della metropolitana di Roma, come è successo nel corso del 2016.

Dunque non stiamo parlando di normali scioperi nei servizi, ma di una loro conformazione e declinazione patologiche.

Come descrivere attraverso formule sintetiche questi fenomeni che si stanno delineando?

Una delle facce è quella che possiamo definire *come scioperi voluti dalle organizzazioni – almeno come dicevamo da “alcune” organizzazioni – ma senza i lavoratori*: ogni tanto nelle cifre che pervengono alla Commissione di garanzia in relazione ad alcuni di questi conflitti appaiono o aderenti, o solo 1, oppure numeri davvero sparuti.

Un'altra faccia, che invece si manifesta nelle situazioni di maggiore disagio (mancati pagamenti, minaccia di perdere il posto etc.), è quella potremmo classificare come *scioperi spontanei dei lavoratori, ma senza le organizzazioni* (e qualche volta contro di esse). In altri termini la tendenza a bloccare i servizi senza rispettare le regole, e scavalcando i sindacati considerati troppo attendisti (soprattutto quelli confederali).

Si tratta di segnali di scollamento nel nostro sistema di rappresentanza che richiedono sicuramente una manutenzione ben dosata.

Infatti al di là della diversità nelle forme in cui si manifestano tali criticità, esse si risolvono nella sottolineatura di un rapporto più fragile tra lavoratori e organizzazioni. Se il conflitto serve alle organizzazioni e non ai lavoratori (come si vede nel primo caso) esso fuoriesce dai suoi confini naturali e andrebbe ricondotto su binari più appropriati. E nella seconda ipotesi si vede come l'esplosione di rabbia dei lavoratori ai fuori della mediazione e della intermediazione offerte dai sindacati possa – se non viene ben gestita – minacciare le stesse fondamenta classiche delle relazioni industriali.

### 3. *Ricostruire un equilibrio tra articolazione ed aggregazione nei conflitti*

Quello che andrebbe ristabilito è un equilibrio accettabile tra le diverse dimensioni coinvolte dagli eventi conflittuali, e che sarebbe bene fossero presenti in modo contestuale.

Intanto le due dimensioni essenziali. Quella della articolazione dei conflitti: vale a dire la presenza di un disagio più o meno condiviso tra i lavoratori (possibilmente non limitato a frange o problemi di natura marginale). Quella della aggregazione dei conflitti: con la quale si allude invece alla attitudine delle organizzazioni a tradurre i disagi, più o meno diffusi, in una proposta di sciopero: possibilmente non limitandosi alla manifestazione del problema, ma cercando anche delle soluzioni; provando cioè ad “intermediare” gli interessi rappresentati con gli altri interessi in gioco.

Come si è detto questo non significa escludere dal ragionamento altre variabili: il ruolo delle aziende e l'esigenza di una loro maggiore attivazione nel ridurre i disagi per i cittadini; ovvero anche l'azione dei media che può contribuire ad enfatizzare la portata degli scioperi di “pochi”.

Ma in primo luogo il nodo da portare in primo piano riguarda la effettiva consistenza dei problemi presso i lavoratori e la “responsabilità” dei sindacati nel selezionare e portare a sintesi conflittuale le criticità davvero rilevanti.

Ma come fare in modo che queste due dimensioni si verifichino praticamente e prendano corpo in modo contestuale e non tendano invece a scindersi come succede, almeno in parte, nella casistica corrente?

La chiave sembra essere quella di rafforzare la verifica del consenso intorno alla proclamazione degli scioperi, in modo da incentivare le organizzazioni ad esercitare in maniera piena e responsabile tutte le funzioni di aggregazione e di intermediazione che caratterizzano, o dovrebbero caratterizzare, il ruolo.

Una prima opzione è quella di rafforzare gli accordi che rendano qualificato il consenso (misurato sul peso dei delegati sindacati) in materia di proclamazione dei conflitti. È la strada sulla quale richiama l'attenzione Santoro Passarelli nel saggio già citato, e in particolare a proposito di un recente Accordo sindacale nelle Ferrovie (Trenitalia). In questo caso si è scelto, di comune accordo tra le parti, di concentrare nelle mani della maggioranza dei delegati delle Rsu il potere di proclamazione dei conflitti. Una soluzione che appare sicuramente interessante ed anche coerente con l'assetto sistemico

delle nostre relazioni industriali. Intanto nel Testo Unico sulla rappresentanza le Rsu vengono investite del potere di deliberare a maggioranza dei delegati la sottoscrizione o meno degli accordi. E dunque appare esservi un nesso logico tra il potere conflittuale e quello contrattuale, che in questo modo si troverebbero ad essere esplicitamente raccordati. Inoltre il ricorso ad un organismo di rappresentanza elettiva delle diverse facce professionali presenti in azienda (nel caso in oggetto in una azienda dalle diverse e composite professionalità) aiuta sicuramente a sganciare la proclamazione dei conflitti da logiche di tipo ristretto o particolaristico. In questo caso possiamo dire che viene favorito un collegamento – potenzialmente virtuoso – tra processi democratici e responsabilità decisionale.

La strada negoziale appare ancora di più valida, e va considerata dunque, come quella maestra, se si ragiona ai fini dell'introduzione di altri strumenti di contenimento degli effetti perversi, come può essere l'adesione preventiva. Questa modalità in alcuni settori specialmente potrebbe aiutare a evitare la massimizzazione degli esiti conflittuali, o aiutare tanto le aziende che gli utenti a programmare meglio i loro comportamenti.

Ma il punto cruciale, da far emergere con chiarezza, investe il collegamento tra azioni conflittuali e il consenso intorno ad esse. A questo riguardo si possono immaginare diverse soluzioni che garantiscano una correlazione più diretta e lineare di quanto non accada attualmente. Ovviamente va rilevato che queste diverse opzioni possono risultare rafforzate nel caso venissero dotate di un qualche supporto legislativo. Infatti anche l'Accordo Trenitalia, che abbiamo sopra ricordato, pur rilevante, appare indebolito dal fatto di essere applicabile solo ai soggetti sottoscrittori. Mentre il nodo da sciogliere, e sul quale abbiamo attirato l'attenzione, riguarda il contenimento delle azioni frequenti dei soggetti piccoli e conflittuali che si situano spesso al di fuori del perimetro contrattuale.

La prima opzione è quella che abbiamo già introdotto nella discussione. Rafforzare il ruolo deliberativo delle rappresentanze sindacali. Il potenziamento di funzioni della Rsu va considerato come uno strumento coerente con i principi della democrazia rappresentativa: i delegati ricevono un mandato elettorale dai lavoratori tutti (un mandato generale, non su specifici oggetti). Ma il funzionamento abituale della democrazia sindacale, che dovrebbe fondarsi su un raccordo costante tra rappresentanti e rappresentati, specie sulle questioni vitali, dovrebbe assicurare anche un collegamento più forte con la volontà puntuale dei lavoratori: cioè con l'atteggiamento da tenere

nei confronti di singoli eventi rilevanti, come uno specifico conflitto o un determinato contratto. Dunque implicitamente viene assecondato un legame tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta (o forse sarebbe meglio dire “partecipativa”).

Un seconda opzione potrebbe invece basarsi su un collegamento esplicito tra proclamazioni e rappresentatività dei sindacati. In prima istanza abilitando alla proclamazione i sindacati che da soli o congiuntamente superano le soglie stabilite dalla misurazione della rappresentanza: che sono fissate fin qui ad almeno il 5% della *constituency* presa in considerazione ai fini dell’accesso ai tavoli negoziali<sup>7</sup>. Questa modalità si presenta come relativamente semplice da mettere in opera. Ma naturalmente presuppone la realizzazione di un sistema diffuso di misurazione del peso dei sindacati, derivante dagli accordi tra le parti (cosa che fin qui non ha funzionato) o da un qualche obbligo legale che spinga in direzione dell’accertamento, effettivo e periodico, della rappresentatività e della sua certificazione.

Vi sono però alcuni problemi che derivano da un approccio di questo genere.

Il primo è che, diversamente dalla opzione precedente, in questo caso viene richiamata ed utilizzata solo una tecnica di democrazia rappresentativa “pura”. Sono le organizzazioni il criterio di misura (attraverso la loro accertata consistenza in ambito aziendale o più ampio), e la misura viene stabilita una volta per tutte (periodicamente), e non in relazione al singolo evento conflittuale considerato in uno specifico momento.

Il secondo è che la soglia del 5% non appare molto scoraggiante o irraggiungibile. Ed anche le organizzazioni più piccole potrebbero toccarla, senza forti costi, nel caso in cui si coalizzassero: ed in effetti esse sono spinte da questa regola a muoversi proprio in questa direzione, attraverso la costruzione di cartelli elettorali<sup>8</sup>. Quindi appare plausibile che il problema da cui siamo partiti – quello del contenimento dei micro-conflitti – verrebbe solo spostato e non del tutto risolto. Per questa ragione bisognerebbe immaginare l’uso di questa tecnica in modo più strutturato. Se quello che si vuole dunque evitare non è il conflitto singolo, ma il ricorso ridondante a micro-conflitti

<sup>7</sup> Come è noto, esiste ormai un consenso generalizzato intorno al fatto che tale misurazione avvenga con il ricorso alla doppia gamba dei voti (nelle elezioni delle rappresentanze di base) e degli iscritti: il modello già applicato nell’ambito delle pubbliche amministrazioni.

<sup>8</sup> Questo è un fenomeno che è stato già sperimentato nel settore pubblico, nel quale la soglia di accesso alla contrattazione è stata introdotta per legge nel 1997.

ripetuti nel tempo, allora le soglie di accesso alla proclamazione per i conflitti successivi (il secondo, il terzo e così via) dovrebbero essere progressivamente innalzate, in modo da rendere possibile accertare l'effettiva essenzialità e condivisione dell'azione di sciopero. Per quanto anche in questo caso non siano da escludere comportamenti opportunistici delle singole organizzazioni, pure tale modalità potrebbe incoraggiare una maggiore responsabilizzazione degli attori sindacali e contenere le spinte particolaristiche. E quindi anche contribuire a facilitare la selezione delle azioni di sciopero.

Ovviamente esiste un'altra possibilità, che in genere viene considerata come macchinosa e punitiva, e per questo viene tendenzialmente criticata o non presa in considerazione: quella del ricorso al referendum tra i lavoratori.

Come è noto, questa modalità viene utilizzata nelle relazioni industriali tedesche, dove contribuisce a rendere più selettive le scelte conflittuali, che vengono di fatto considerate come un'arma-limite, a cui si ricorre da parte del sindacato in modo non abituale. È da considerare che anche in altri sistemi di relazioni industriali (come la Spagna e la Gran Bretagna) essa viene utilizzata più o meno sistematicamente.

Nonostante le perplessità e i pregiudizi, pure essa andrebbe considerata come una delle strade ottimali per affrontare il problema. Infatti tale meccanismo incarna una idea pratica di democrazia partecipativa, nel cui ambito la scelta di effettuazione dello sciopero, operata dalle organizzazioni sindacali, è affidata alla verifica di una soglia di consenso accettabile (che potrebbe essere pari ad almeno il 40% dei lavoratori interessati), tale da rendere il conflitto come una opportunità effettivamente condivisa e concretamente praticabile. Questa appare anche la strada migliore per far confluire le due volontà in gioco: quella delle organizzazioni, che ritengono a vario titolo utile o importante ricorrere al conflitto; quella dei lavoratori cui spetta in ultima istanza una analisi dei costi e dei benefici connessi, ed una valutazione finale della necessità di quella specifica azione conflittuale.

Nonostante la diffusione delle tecnologie telematiche rendano meno drammatica od ostica di un tempo questa modalità, pure essa potrebbe risultare troppo lenta e macchinosa e tale da produrre un effetto di scoraggiamento.

Un'altra ragione che rende più complicato il ricorso al referendum è che esso richiede il salto verso una diversa cultura sindacale e conflittuale: forse auspicabile, ma non di semplice e meccanica realizzazione. Inoltre l'in-

troduzione di questo meccanismo all'interno di un sistema sindacale altamente pluralistico potrebbe anche alimentare nuove patologie, favorendo la gestazione di referendum rissosi e lontani dalla logica dell'argomentazione dialogica e della democrazia deliberativa che sarebbe invece più utile perseguire.

Questo tema scorre sottotraccia e si riaffaccia periodicamente in alcuni frangenti problematici<sup>9</sup>. Nelle tesi dei sostenitori di questo strumento, come Pietro Ichino<sup>10</sup>, sono rintracciabili aspetti condivisibili ed altri che richiedono ulteriori perfezionamenti. Appare plausibile infatti l'idea che "logica vuole che la decisione grave dello sciopero sia presa a maggioranza, o quantomeno con il consenso di una minoranza qualificata"<sup>11</sup>. Più problematica sembra invece la ipotesi, pure affacciata, che il referendum debba essere attivato solo "quando a proclamare lo sciopero sia una coalizione minoritaria nell'azienda o nel settore". Infatti pare di poter dire che il punto nodale da esplorare riguarda il consenso e l'adesione da parte dei lavoratori interessati: questo può mancare anche quando la proclamazione venga effettuata da soggetti "maggiormente" rappresentativi. Nel caso di proclamazione da parte delle grandi organizzazioni il consenso sarebbe presunto (se avviene una misurazione periodica della rappresentatività), ma non è detto che a questo dato faccia poi seguito una adeguata partecipazione dei lavoratori. Sarebbe allora preferibile immaginare un regime misto, basato su criteri di democrazia rappresentativa (la misurazione della rappresentatività) e di democrazia partecipativa (il referendum). Almeno per la prima o la seconda azione di sciopero vale il primo criterio, e nel caso lo sciopero non venga proclamato da sindacati che superano alcune soglie qualificate di consistenza quantitativa, allora si potrebbe dare vita all'obbligo del referendum.

Ma nella logica del ragionamento che si è fin qui condotto si potrebbe immaginare il ricorso al referendum come una opzione estrema – e generalizzabile, che quindi riguarda tutti i sindacati – da effettuarsi quando la stessa organizzazione ricorre alla proclamazione di sciopero per l'ennesima volta (dunque a partire ad esempio dalla terza o dalla quarta proclamazione). In questo modo tale modalità potrebbe davvero svolgere una funzione di cal-

<sup>9</sup> Si confronti ad esempio la recente intervista ad ICHINO (che è anche presentatore di una proposta di legge in materia) *Diritto di sciopero, serve una norma contro la dittatura delle minoranze*, in *Corriere della Sera* del 18 giugno 2017.

<sup>10</sup> Si veda l'intervista sopra citata.

<sup>11</sup> ICHINO, *op. cit.*

mieramento di fronte alle pulsioni iper-conflittuali manifestate o alimentate da alcune sigle sindacali. Ma nello stesso tempo non sarebbe troppo limitante e costringitiva, e spingerebbe tutti i sindacati alla ricerca del consenso (e tendenzialmente a fare solo scioperi “utili”).

Come si vede, il catalogo di strumenti e opzioni in gioco è vario e ricco. La sua attuazione richiede una maggiore cognizione del problema ed una responsabilizzazione degli attori in gioco. Certo in primo luogo le aziende e le grandi organizzazioni sindacali che hanno interesse a qualificare le ragioni del conflitto e a renderlo più rarefatto ed importate. Ma questo riguarda anche gli attori politici che potrebbero assecondare con interventi ad hoc – non episodici ma ben mirati – gli orientamenti e i comportamenti virtuosi delle parti.

#### 4. *Si può attenuare l'impatto dei conflitti terziari “a catena”?*

Abbiamo cercato fin qui di evidenziare i fenomeni in parte sorprendenti e “perversi” (cioè diversi da quanto previsto e immaginato) che attraversano il campo dei conflitti nei servizi essenziali.

La scoperta scientifica e politica del “conflitto terziario” ha portato a definire le regole che costituiscono il fondamento della l. 12 giugno 1990 n. 146. Le quali si basavano su quello scenario, i suoi problemi e le terapie appropriate.

L'approccio seguito all'epoca, ormai circa trenta anni fa, si è ispirato alla logica prevalente di contenimento del danno. Il ragionamento retrostante si basava sull'accettazione realistica dell'esistenza di un potere vulnerante dei sindacati, posizionati in gangli rilevanti dei servizi essenziali. Questo potere non poteva essere rimosso, piuttosto si poteva – e si doveva – invece intervenire sugli effetti, attenuandoli in modo da contenere i disagi per i cittadini-utenti. Questi erano infatti le vittime principali di questi conflitti, o, se si preferisce, gli “ostaggi”, come in modo azzeccatto titolava un saggio dell'epoca.

Il quadro evolutivo che abbiamo sommariamente evocato si muove però a cavallo tra questa esigenza originaria e qualche istanza in certa misura innovativa. Le opportunità che abbiamo esplorato – adesione preventiva, appropriatezza tra numero degli scioperi e blocco dei servizi, proclamazione ancorata al consenso – si situano in certa misura entro questo solco originario.

Me esse, ben dosate, possono anche servire a configurare interventi che

non riguardino solo i fattori a valle (gli effetti da addolcire sugli utenti), ma in certa misura anche quelli a monte (il potere vulnerante, relativo alla capacità di danneggiare in modo più o meno esteso il servizio).

In altri termini alcune delle misure che abbiamo discusso appaiono orientate non a eliminare tale potere, operazione probabilmente tanto discutibile che improbabile. Ma piuttosto a ridurre la rendita di posizione di cui godono alcune organizzazioni, piccole o ad insediamento ristretto. Le quali possono raggiungere effetti ultrattivi nelle loro azioni conflittuali: ad esempio blocco del servizio sproporzionato al numero dei partecipanti e al loro effettivo potere vulnerante, ripresa tardiva del servizio che prolunga lo sciopero oltre i limiti orari previsti limitando nella sostanza le fasce di garanzia per gli utenti, il già citato effetto di “concatenazione” tra gli scioperi in diversi settori.

Le opzioni che abbiamo avanzato non costituiscono uno stravolgimento dei precedenti pilastri, bensì il loro plausibile aggiornamento: che tenga conto della nuova morfologia dei conflitti. Il temperamento, previsto dalle norme vigenti, tra il diritto di sciopero e i diritti dei cittadini/utenti, richiede una visione dinamica ed evolutiva. E questa porta a considerare molte delle attuali azioni di sciopero come doppiamente viziate: dal punto di vista della gestione del conflitto, perché esse producono un coinvolgimento limitato dei lavoratori che alla lunga minaccia il radicamento sociale dei sindacati; dal punto di vista dei cittadini perché su di essi tali azioni impattano con un disagio chiaramente sovradimensionato rispetto alla portata stessa (di molti) dei conflitti.

Di qui la necessità di ricercare una nuova grammatica dei conflitti e del temperamento tra diritti considerati essenziali.

Ovviamente vale la pena di ribadirlo per evitare equivoci. Non è in gioco la rilevanza del conflitto, non solo importante diritto costituzionale, ma anche fattore costitutivo della forza sindacale.

Quello che invece si intende evidenziare è se non sia più opportuno, nell'interesse stesso dei sindacati (maggiori), valorizzare alcuni tipi di conflitto.

Se insomma, per parafrasare Accornero (che lo diceva a proposito del lavoro) non sarebbe preferibile anteporre ai conflitti minuscoli e frammentari un conflitto maiuscolo. Senza avere naturalmente nostalgie per l'epica del conflitto generale. Ma solo a voler ricordare che le funzioni sindacali, oggi spesso messe in discussione, quelle di rappresentanza dei lavoratori e delle

loro domande e quelle di intermediazione nella chiave di soluzioni più vantaggiose, possono essere favorite da conflitti che aiutino la trasversalità dei problemi e quindi favoriscano l'aggregazione intelligente di una pluralità differente di richieste. Se oggi il sindacalismo non solo italiano è alla ricerca di nuove fonti di legittimazione e deve trovare ragioni di riaffermazione del proprio ruolo di soggetto indispensabile nella "intermediazione", questo appare proprio uno dei terreni sui quali esso può impegnarsi a ricostruire un profilo utile ed efficace.

**Raffaele di Raimo**  
Giustizia e fondamento variabile  
dell'autonomia negoziale

**Sommario:** **1.** Il contratto borghese e la sua evoluzione proto-industriale: libertà e procedimento. **2.** Giustizia procedimentale e socializzazione del contratto. **3.** Costituzionalizzazione dell'autonomia negoziale e giustizia distributiva. **4.** Il secondo millennio. Ulteriori antefatti e inizio di svolgimento. **5.** Cambia il mezzo o cambiano i fini?

*1. Il contratto borghese e la sua evoluzione proto-industriale: libertà e procedimento*

“Il diritto è storia e niente altro che storia”, insegnava Riccardo Ostano e – al pari di tutti i fenomeni storici sostanziati da scelte inerenti all’organizzazione delle comunità umane – i suoi istituti e le sue categorie sono soltanto intelligibili in relazione a presupposti squisitamente ideologici.

Tra le categorie ordinanti dell’esperienza giuridica moderna, il contratto è quello che forse più limpidamente, nel corso del tempo, ha espresso i (differenti) fondamenti ideologici che ne hanno condizionato l’elaborazione. È perciò, invertendo la prospettiva, anche la categoria che a mezzo dei suoi sviluppi e della evoluzione del pensiero, non soltanto giuridico, testimonia della correlativa storia politica sociale ed economica dei Paesi dell’Europa occidentale con maggiore dovizia di particolari. Di quest’ultima, la storia del contratto racconta le lente correnti profonde come pure i rapidi movimenti di superficie, la continuità, le discontinuità e le fratture<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L’ampiezza del tema trattato non consente di articolare una bibliografia con aspirazioni di completezza. Può essere tuttavia opportuno segnalare: le letture imprescindibili; quelle rispetto

L'istituto nasce con un contenuto fortemente politico. Il problema della giustizia gli è tuttavia, inizialmente, del tutto estraneo.

alle quali le pagine che seguono sono maggiormente debitorici; i lavori con i quali vi è stato un confronto maggiormente proficuo per chi scrive; un paio di lavori del medesimo autore di queste pagine dove taluni profili si trovano maggiormente approfonditi. L'elencazione, per essere unitaria, mette assieme opere eterogenee per epoca, taglio e punto di osservazione: essenziale sarà la tolleranza dei lettori.

Per la nascita dello Stato e del diritto privato moderno, anche con riguardo al contesto politico ed economico: DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, trad. it. a cura di Candeloro, 3a ed., Rizzoli, 2000; CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Bocca, 1918, ora in ID., *Opere*, I, Giuffrè, 1959, p. 130 ss.; VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, a cura di D'AGOSTINO, D'ETTORRE, Jaca Book, 1986; VON LEYDEN, *Hobbes e Locke. Libertà e obbligazione politica*, trad. it., il Mulino, 1984; HOBBSAWM, *Le rivoluzioni borghesi. 1789-1848*, trad. a cura di Nicotra, Il Saggiatore; HIRSCHMAN, *Felicità privata e felicità pubblica*, trad. it., il Mulino, 1991. Con più specifico riguardo al diritto privato e all'autonomia negoziale, POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, trad. it. a cura di Bernardi, Sonzogno, 1809; LAURENT, *Principii di diritto civile*, XV, trad. it., 2a ed., Vallardi, s.d. (ma 1900); FERRARA F. sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, *Dottrine generali, Parte prima, Il diritto - I soggetti - Le cose*, Athenaeum, 1921 (rist. inalt., Camerino-Napoli, 1985); GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1955; BELLOMO, *Negoziio giuridico (dir. interm.)*, in ED, XXVII, Giuffrè, 1977, p. 929 ss.; ARNAUD, *Essay d'analyse structurale du code civil français. Le règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1973; TARELLO, *A proposito del "Code Napoléon"*, II, "Code civil" e regola del gioco borghese, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, 1988, p. 136 ss.; BIROCCHI, *Notazioni sul contratto (A proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, in QF, 1990, p. 638 ss.; WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, nonché *La lotta per i codici nazionali nell'ottocento*, entrambi in ID., *Diritto privato e società industriale*, trad. it. a cura di Liberati, ESI, 1983; GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di L. Saleilles*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, 2008, p. 282 ss.

Per l'evoluzione del contratto a far capo dai codici di commercio, alla disciplina dei contratti di lavoro fino agli ultimi decenni del XX secolo: BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, 3a ed., Società Editrice Libreria, 1914, p. 460 ss.; VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, 4a ed., Vallardi, 1916; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, 1901; MESSINA, *I contratti collettivi ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, Unione cattolica tipografica, 1905; ID., *I concordati di tariffa*, in RDCom, 1904, I, p. 438 ss.; RAVA, *Dal Codice civile al Codice del lavoro: discorso letto per la inaugurazione dell'anno scolastico 1912-1913 nella Regia Università di Bologna dal prof. Luigi Rava*, Zanichelli, 1913; WIEACKER, *Diritto civile e mutamento sociale*, nonché *Pandettistica e rivoluzione industriale*, entrambi in ID., *Diritto privato e società industriale*, cit.; LEED, *Class and Disillusionment in World War I*, in JMH, 1978, 50, p. 67 ss.; VASSALLI F., *Arte e vita nel diritto civile*, in RDC, 1931, ora in *Studi giuridici*, II, Giuffrè, 1960, p. 399 ss.; ID., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in RISC, I, 1947, ora in *Studi giuridici*, III, 2, Giuffrè, 1960, p. 605 ss.; PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, in RDCom, 1942, I, p. 358 ss.; ID., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in RGL, 1950, I, p. 189 ss.; PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in DL, 1953, I, p. 99 ss.; GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960; TREU, *sub art. 36*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, 1979; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Ti. Vassalli*, XV, 2, 2a ed., Utet, 1950; ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, ora in *Azione, diritti soggettivi, persone*

L'ideologia del contratto quale espressione di potere privato di autoregolamentazione, (significativamente) assieme a quella del contratto sociale

giuridiche, il Mulino, 1978, p. 115 ss.; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, 1987; BARCELONA P., *Diritto privato e processo economico*, Jovene, 1973; GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *RTDPC*, 1976, I, p. 449 ss.; ID., *Negozio giuridico*, II, *Diritto privato: a) Premesse problematiche e dottrine generali*, in *ED*, XXVII, Giuffrè, 1977, p. 946 ss.; FERRI G.B., *Ordine pubblico a) diritto privato*, in *ED*, XXX, Giuffrè, 1980, p. 1038 ss.; RESCIGNO P., *Introduzione al Codice civile*, 7a ed., Laterza, 2001; RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *FP*, 1964, I, c. 1283 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1984; FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, 1999; GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffrè, 2000; DI RAIMO, *Economia mista e modelli di sviluppo: lo Stato imprenditore nell'opera cinquantenaria del Giudice delle leggi*, in DI RAIMO, RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, p. XI ss.

Sul *revirement* neolibérale: FRISCH, *On Welfare Theory and Pareto Regions*, in *IEP*, 1959, 9, p. 39 ss.; SUNSTEIN, *Lochner's Legacy*, in *CLR*, 1987, 87, p. 873 ss.; BUCHANAN, *La rilevanza dell'ottimalità paretiana*, in ID., *Stato, mercato e libertà*, trad. it., il Mulino, 1989, p. 123 ss.; LE GRAND, *Equity versus Efficiency. The Elusive Trade-off*, in *Ethics*, 1990, 100, p. 554 ss.; K. MATHIS, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, trad. ingl. a cura di Shannon, Springer, 2009; POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press (Mass.), 1981; COLEMAN, *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice"*, in *SLR*, 1982, 34, p. 1105 ss.; MATTEI, *The Rise and Fall of Law and Economics: an Essay for Judge Guido Calabresi*, in *MaLR*, 2005, 64, p. 220 ss.; O'HANLON, *Equality, Entitlement, and Efficiency: Dworkin, Nozick, Posner, and Implications for Legal Theory*, in *CPLPEJ*, 2009, 8, p. 31 ss. Per il diritto del mercato europeo: OPPO, *Principi*, in *Tr. Buonocore*, I, 1, Giappichelli, 2001; PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato - problemi del diritto civile*, ESI, 2003; ID., *Il "diritto privato europeo" fra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *EDP*, 2010, 2, p. 356 ss.; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, ESI, 2003; BARCELONA P., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *EDP*, 2011, 2, p. 329 ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2011; BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *ED, Annali*, V, 2012, p. 1 ss. Infine, come contributi per la discussione successiva alla crisi: STIGLITZ, SEN, FITOUSSI, *Mismeasuring Our Lives: Why GDP Doesn't Add Up*, trad. it. *La misura sbagliata delle nostre vite. Perché il PIL non basta più per valutare benessere e progresso sociale*, ETAS, 2010; MATTEI, *Civiltà e benessere: Stato, Stato minimo, collettività organizzate*, in *AA.VV.*, *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, ESI, 2015, p. 106 ss.; CAPRA, MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Berrett-Koehler Publishers, 2015; LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2011, 22 ss.; ZOPPOLI L., *La corresponsività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991; ID., *La retribuzione tra contratto, mercato e diritti sociali*, in *SI*, I, 1992, p. 90 ss.; MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2000, p. 181 ss.; PROSPERETTI, *Nuove politiche per il Welfare State*, Giappichelli, 2013; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015; GRISI, *Diritti e coesione sociale*, in *RDpriv*, 2012, p. 486 ss.; ID., *L'inadempimento di necessità*, in GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, 2014, p. 281 ss.

come giustificazione del potere dello Stato, raggiunge una sua prima maturazione nella montante crisi della sovranità che segna il tramonto *dell'ancien régime* e poi la nascita dello Stato moderno. L'una ideologia e l'altra, entrambe si affermano nel passaggio dal Diciottesimo al Diciannovesimo secolo, là dove l'emersione e l'affermazione della borghesia sono frutto di una profonda frattura storica: di nette discontinuità economica e politica e, a monte, etica. Discontinuità economica per l'effetto travolgente della rivoluzione industriale sugli equilibri sociali, demografici e territoriali. Discontinuità politica, per ciò che di per sé implica la costruzione di uno Stato nuovo, fondato sull'unità nazionale e sulla libertà privata, nel quale la stessa borghesia integralmente si immedesima.

Libertà, dunque, non giustizia.

L'etica della quale si fa carico il contratto è quella fondante le “due rivoluzioni”. Presupposto ne è il trasferimento dei valori della vita attiva dall'arena pubblica alla sfera privata. Centrale ne è l'affermazione che “il perseguimento dei propri privati interessi materiali è una forma perfettamente legittima di condotta umana, la quale può di fatto essere preferibile, *dal punto di vista della società*, ad una vita di coinvolgimento intenso negli affari pubblici” (il virgolettato riproduce un passaggio della nota quanto mirabile ricostruzione di Albert Hirshman).

Il contratto, avente a epicentro il consenso, costituisce dunque, da un lato, il mezzo per tradurre in principio politico la conquista del potere da parte della classe emergente; dall'altro lato, è strumento parimenti essenziale di espansione della prima economia industriale.

Il libero consenso in sé è perciò stesso il criterio di legittimazione di una nuova sovranità e, al contempo, il fondamento necessario e sufficiente della vincolatività delle fonti autonome di regolamentazione dei rapporti economici privati: “Il contratto ha forza di legge” (ovvero, nella matrice costituita dall'art. 1134, primo comma, del codice di Napoleone, “Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte”). L'enfaticizzazione è voluta, se è vero, come osservava Gino Gorla, che ben oltre la regola inerente all'efficacia si tratta della “proclamazione” del principio del nudo consenso quale generale principio ispiratore delle codificazioni del XIX secolo. Coerentemente con ciò è assente una regolamentazione del consenso: è necessario affermare l'efficacia e salvaguardare l'autonomia della volontà. Predisponendo mezzi per controllarlo si andrebbe in direzione opposta poiché, sintetizza Laurent qualche anno più tardi, “co-

ercizione e convenzione sono incompatibili”. Certo, proclamato il potere formativo della libera volontà, la tematica della causa invade la teoria del negozio. È tuttavia, in un primo momento, un fatto di mera giustificazione formale dell'efficacia delle regole prodotte dall'autonomia privata ridotto, in tale prospettiva, alla individuazione di limiti esterni che assicurino il rispetto dell'ordine pubblico quale nucleo essenziale delle norme cogenti che salvaguardano l'assetto istituzionale dello Stato liberale; di uno Stato autodefinitosi neutrale per sua propria vocazione nei confronti delle finalità perseguite dai privati nell'ambito della loro propria sfera di autonomia.

Il più ampio quadro entro il quale si inserisce il nostro istituto è quello delineato da una pagina classica di Franz Wieacker: “dal punto di vista della politica economica, la libertà di costituire rapporti giuridici, che si esprimeva nelle tre figure fondamentali dell'autonomia privata – nella libertà contrattuale, nella proprietà e nella trasmissione ereditaria – corrispondeva esattamente alle aspettative della società imprenditoriale del primo e del più maturo capitalismo, che era in continua espansione, e per le sue attività pionieristiche dipendeva soprattutto da liberi vincoli contrattuali, investimenti di capitali e trasmissioni ereditarie”.

Connaturata con il contratto proto-liberale è una funzione strettamente retributiva, rappresentabile a mezzo della valutazione delle prestazioni secondo il criterio marginalista.

La prospettiva muta, già nel corso del Diciannovesimo secolo, quando la maturazione dell'economia industriale produce un importante allargamento dei mercati oltre a una accelerazione dei traffici. Allora, l'epicentro dell'attività d'impresa si sposta dall'acquisto dei mezzi di produzione alla distribuzione dei prodotti e la necessità di certezza nella contrattazione profila una diversa funzione della disciplina dei procedimenti formativi. Allargamento dei mercati, si diceva, sviluppo dei mezzi di comunicazione e di trasporto e contrattazione a distanza.

I codici di commercio – al margine dei disegni e delle proclamazioni dei codici civili – dettano regole per la soluzione di problemi pratici. Non muta invece il contesto ideologico.

Non si pone problema di giustizia. La funzione resta strettamente retributiva.

La separazione tra codici, civili e di commercio, risponde all'emersione di una doppia anima della borghesia ottocentesca. L'affermazione del dominio della volontà da un lato; la necessità della sicurezza offerta dai proce-

dimenti regolamentati, dall'altro. Da un lato la borghesia media e quella fondiaria, l'aspirazione a un ordine statico e la difesa dei diritti acquisiti con la rivoluzione francese, anzitutto quelli proprietari; dall'altro lato i ceti industriale e del commercio e la necessità di sostenere l'allargamento dei mercati con una disciplina idonea a garantire certezza agli scambi. Due differenti e contrapposte espressioni dell'individualismo borghese, fondate su due differenti concezioni della stessa finalità del diritto e della ragione delle tutele da questo apprestate: la conservazione (e la certezza c.d. statica); la circolazione (e la certezza c.d. dinamica). La specialità dei codici di commercio consente comunque di rappresentare la complessiva disciplina dell'attività negoziale come l'espressione – sia pure articolata e non omogenea in tutte le sue componenti – di una società mono-classe.

## 2. *Giustizia procedimentale e socializzazione del contratto*

Affinché si cominci a parlare di giustizia nelle contrattazioni sono necessarie nuove tensioni ideologiche. Avviene già alla fine del XIX secolo, in una società divenuta insofferente rispetto all'ordine borghese; in uno Stato che non riesce più a identificarsi nelle aspirazioni di una sola classe.

Si fa chiara in questa fase la consapevolezza che la strumentalità del diritto proto-liberale, con la pretesa neutralità delle codificazioni ottocentesche, rispetto allo sviluppo del primo capitalismo porta in realtà con sé la prevaricazione dell'impresa sul (e lo sfruttamento del) lavoratore, quella del borghese, per definizione proprietario, sul proletario, per definizione nullatenente.

La giustizia del contratto diviene un tema rilevante già nelle discussioni precedenti la codificazione tedesca del 1900. Si guarda specificamente al profilo della formazione. La libertà è reputata la principale ragione di sopraffazione dei contraenti più avveduti, in quanto forti economicamente o istruiti, sugli altri. La disciplina dei procedimenti è al contrario reputata garanzia di giustizia.

Giustizia, dunque, che oggi diremmo *procedimentale*.

Il BGB reca qualche primo chiaro segnale di un montante orientamento alla tutela della effettività del consenso ma è fin dai primi commenti reputato, sul punto, deludente. Si ricorre tuttavia nuovamente all'introduzione di statuti speciali, primo fra tutti quello dei contratti di lavoro.

È questa volta un bivio importante. Negli statuti speciali confluiscono

istanze forti, non compatibili con il modello recato dai codici. Dal tronco centrale si cominciano a distaccare rami la cui diversa direzione si coglie sul piano funzionale e dei principi, ma ancora prima su quello della legittimazione politica dell'autonomia.

La figura generale del contratto continua a evolversi nei primi decenni del XX secolo, sulla scorta della nuova inversione etica tra pubblico e privato prodotta dall'affermazione dell'idealismo filosofico, delle ideologie collettiviste e, per altri versi, delle derive nazionaliste. La presentazione del progetto di riscrittura del codice civile al Senato da parte del guardasigilli fascista Alfredo Rocco, "architetto dello Stato nuovo", è accompagnata da un'invettiva contro l'individualismo borghese e contro l'ideologia liberale nonché dall'affermazione della superiorità della dimensione pubblicistica anche nel diritto privato.

Il codice civile del 1942: disciplina i procedimenti formativi e – primo tra i codici europei – contiene altresì una disciplina dei contratti *standard*, delle condizioni generali di contratto e delle clausole vessatorie (disciplina orientata a una giustizia ancora di tipo procedimentale); ridetermina il fondamento volontaristico del contratto circoscrivendo, a mezzo degli artt. 1428 ss., il ruolo legittimante del consenso e profilando un'ampia area di rilevanza oggettiva fondata su elementi estrinseci totalmente indipendenti dalla volontà del titolare del diritto disposto; introduce gli istituti della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Si tratta di una evoluzione intelligibile certamente nella logica della giustizia contrattuale – *sub specie* di tutela del consenso, anche qualora espresso in caso di bisogno, ancora in chiave procedimentale – ma altresì, almeno in piccola parte, in una logica di giustizia commutativa se è vero che, come anche la relazione del guardasigilli induce a credere, queste disposizioni aprono per la prima volta la porta del sistema a un principio di proporzionalità. Non sembra tuttavia che questa chiave di lettura sia in grado da sé sola di spiegare il nuovo disegno complessivo, orientato più verso obiettivi di socializzazione che di tutela delle parti deboli.

In definitiva, è vero che il contratto liberale muta i propri caratteri e che la forza creatrice della libera volontà, manifesto della rivoluzione borghese, appare sovrastata da un sistema normativo che spesso e volentieri risolve i conflitti (riconosce la produzione di effetti e attribuisce beni e diritti) prescindendo dalla medesima volontà dei titolari delle situazioni interessate. Tuttavia, ciò sembra essere in parte maggiore conseguenza della maturazione

del capitalismo e di una correlativa necessità di rafforzare la certezza dinamica del diritto, nella già segnalata dialettica tra tutela della conservazione e tutela della circolazione.

### 3. *Costituzionalizzazione dell'autonomia negoziale e giustizia distributiva*

Nel nostro Paese, nel secondo dopoguerra, l'evoluzione anche del tema della giustizia contrattuale si innesta, come ovvio, sulla discontinuità sistemica determinata dalla promulgazione della Costituzione repubblicana. Da un punto di vista ideologico, l'evoluzione esprime il carattere dell'esperienza dell'economia mista che caratterizza in quegli anni tutte le democrazie occidentali. Esprime altresì, in Italia, la politica di crescita e di pacificazione sociale realizzata attraverso il finanziamento pubblico del lavoro, della sicurezza sociale e del *welfare*, sostenuto, tale finanziamento, grazie a misure di politica monetaria fondate sul circuito inflazione/svalutazione. La funzione retributiva del contratto è, in tale contesto, messa per la prima volta radicalmente in dubbio. Ciò avviene nella disciplina dei contratti agrari. Avviene con i contratti di lavoro. È particolarmente visibile nella disciplina delle locazioni, regolate dal c.d. equo canone.

Il fine di giustizia distributiva è differente per ognuno dei menzionati settori, regolati da discipline speciali. Guardando *a posteriori*, la coerenza delle rispettive misure dipendeva dall'esistenza di principi a monte idonei a fondare una specifica modalità di esplicazione dell'autonomia oltre che dalla loro collocazione in un quadro politico compatibile. Così era per i rapporti agrari come pure per il lavoro, gli uni e gli altri dotati di un proprio solido riferimento costituzionale nonché parti di un complessivo disegno idoneo a socializzare (ossia a trasferire sulla collettività) almeno parte considerevole del peso economico delle misure adottate. Non era così per le locazioni: il meccanismo risultava irrazionale e, diremmo, cieco poiché *collocava in toto* il peso delle politiche abitative in capo ai proprietari quale che fosse la loro condizione economica anche in confronto con i singoli conduttori. Mentre gli altri statuti erano impiegati quali esempi di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, l'equo canone fu reputato una prova della vocazione (giammai redistributiva e invece) necessariamente retributiva del contratto.

Troppa grazia, si potrebbe chiosare.

Sul piano della disciplina generale dei contratti si fa strada l'idea della

penetrazione dell'interesse pubblico nella causa e dell'integrazione degli statuti operata in concreto a mezzo delle clausole generali riempite di senso con i principi costituzionali.

La seconda metà del XX secolo e in particolare gli anni Sessanta, Settanta e Ottanta dettano le premesse, anche teoriche, per il superamento del mito della neutralità del contratto e della sua insensibilità rispetto ai temi della giustizia distributiva. Attraverso la causa, si diceva, e il controllo di conformità a un ordine pubblico non più soltanto di polizia e invece permeato dai principi di solidarietà ed eguaglianza; attraverso il controllo di meritevolezza dell'assetto di interessi programmato.

#### 4. *Il secondo millennio. Ulteriori antefatti e inizio di svolgimento*

Con la fine degli anni Ottanta del XX secolo termina l'esperienza giuridica caratterizzata dalla centralità del codice civile, sia pure reinterpretato alla luce della Carta costituzionale. Parallelamente alla storia che, per sommi capi, si è tentato di rievocare, si sono svolte altre vicende. Quella dello sviluppo economico, delle istituzioni dell'economia reale, caratterizzata dal primo liberismo statunitense – il *laissez faire* della c.d. *Lochner's era*, sintetizzato dall'affermazione della *Supreme Court* statunitense che il mercato è uno stato di natura – infrantosi nella crisi del 1929 e, poi, dalle politiche keynesiane e, infine, dalla riemersione pervasiva del liberismo attraverso l'economia neoclassica e una importante fetta degli studi di analisi economica del diritto. Quella dello sviluppo della finanza internazionale. Altre vicende, si diceva, entro le quali il contratto gioca un ruolo centrale ma non nella prospettiva della giustizia, semmai in quella dell'efficienza economica elevata a fine ultimo.

Il primo millennio consegna al secondo millennio una teoria e una pratica del contratto largamente dominate dalla dimensione mercantile. Punto di partenza e punto di arrivo è il mercato. Oggetto di intervento sono i suoi "fallimenti", imputati in gran parte alle asimmetrie informative dalle quali è fisiologicamente caratterizzato. Tutto il diritto europeo dei contratti come pure i progetti di codificazione europea del medesimo diritto dei contratti sono orientati alla ricerca di un nuovo libero consenso da perseguire tramite l'adempimento di obblighi informativi i quali – riequilibrati gli squilibri – consentano alla mano invisibile di definire le regole più efficienti nell'interesse di tutti gli operatori.

Giustizia dunque anzitutto procedimentale. Ma, poi, anche commutativa nell'affermazione di un principio generale di proporzionalità e nel parimenti generale disfavore verso regolamenti eccessivamente squilibrati.

Nell'arco di pochi decenni queste tesi, accompagnate da un cospicuo ventaglio di corollari, hanno conquistato la scena – quella, in particolare, del diritto europeo – dimostrando tuttavia la loro inadeguatezza dinanzi alla crisi economica. La giustizia procedimentale, ovvero il riequilibrio della capacità e della forza dei contraenti, non è sempre perseguibile e non è perseguibile sempre allo stesso modo. La giustizia commutativa implica l'impiego di *standard* valutativi la cui selezione è frutto di una scelta ideologica operata a monte: scelta ideologica qual è anche l'adozione di un modello di mercato.

Per impostare un discorso sulla giustizia contrattuale nel contesto attuale si mostra anzitutto utile fissare quattro punti, per taluno scontati ma forse non per tutti.

Primo: nel nostro sistema – dove un'esigenza democratica fondamentale induce a reputare che la validazione di qualsiasi norma debba essere riferibile (in via diretta o tramite rappresentanza) a tutti i destinatari dei suoi effetti – che il contratto in quanto norma deve essere liberamente voluto dalle parti esprime una condizione di validità, non già un criterio di giustizia. Altra cosa è la modalità di evidenziazione dell'interesse e conseguentemente la definizione del contenuto. Ma questo implica valutazioni più specifiche relative all'ambito della contrattazione, alle parti, all'oggetto e implica, in fin dei conti, che si varchi il confine del procedimento e che si acceda al terreno della giustizia del regolamento.

Secondo: non è disponibile un concetto astratto di giustizia nei contenuti ma è necessario un parametro di riferimento per predicare in concreto cosa è giusto e cosa non lo è.

Terzo: il contratto può essere guardato come latore di un assetto di interessi giusto tra le parti o, diversamente, come elemento costitutivo di una rete nella quale si sostanzia uno specifico mercato il quale a sua volta può essere giudicato in termini di giustizia. Sono tuttavia sempre, rispettivamente, necessari parametri e modelli di riferimento.

Quarto: contratto non è necessariamente libertà piena di autoregolamentazione. Anzi non lo è quasi mai. Vi è invece sempre una combinazione di auto ed etero regolamentazione, con meccanismi ed equilibri differenti a seconda delle materie della contrattazione.

Per farla breve, vi è a monte una posizione da assumere in ordine al fon-

damento dell'autonomia negoziale: se sia unitario, costituito da una libertà originaria recepita e garantita – seppure circoscritta dal limite meramente esterno della utilità sociale, della sicurezza, libertà e dignità umana – dall'art. 41 Cost.; se sia invece variabile in ragione del concorso di altri principi, i quali volta per volta si combinano con la mera enunciazione dell'art. 41 determinando un diverso assetto funzionale e, così, una differente forma di iniziativa. La prima conta numerosi appassionati sostenitori. L'esperienza storica e la struttura del sistema costituzionale inducono tuttavia a reputare preferibile la seconda, alla cui stregua si rintraccia una significativa indicazione in termini di giustizia nei principi che integrano l'art. 41: quelli degli artt. 2 e 3 ove si tratti di iniziativa a contenuto non patrimoniale; quelli degli artt. 2, 3, 29 ss. ove si tratti di autonomia in ambito familiare; quelli degli artt. 35 ss. quando si tratta di lavoro; quello dell'art. 47 in ambito bancario e finanziario; quelli dell'art. 97 ss. nella iniziativa contrattuale della Pubblica Amministrazione. Ciascuno di questi principi – e l'elenco non è certamente esaustivo – esprime una finalità rispetto alla quale l'iniziativa non può non essere reputata strumentale, giacché si tratta delle finalità ultime del sistema.

Il contratto di lavoro è stato il primo ramo, dopo il quale molti altri si sono staccati dal tronco in diverse direzioni trasformando l'immagine dell'autonomia negoziale nel segno di una pluralità di statuti irriducibili a unità. Ciascuno con la sua propria giustizia procedimentale e, se del caso, sostanziale, talora riferita ai singoli rapporti altre volte mirata a conformare settori di attività.

Chiariti i presupposti, la prospettiva, da un lato, è il ritorno dei rapporti di lavoro a una contrattazione puramente individuale; dall'altro lato, è l'introduzione di forme di regolamentazione non contrattuale, ma diremmo, forse più esattamente, contrattuali ma *non contrattate* dei rapporti (i civilisti sono ben usi alla tematica dei c.dd. “contratti senza accordo”, seppure confinati ai distributori di bevande o tra le mura di grandi magazzini).

Sorge spontanea una domanda: cambia soltanto lo strumento o cambiano i fini?

##### 5. *Cambia il mezzo o cambiano i fini?*

Il contratto è strumento duttile. Poco più di due secoli di storia del diritto moderno e contemporaneo ne hanno mostrato attitudini molteplici.

L'attitudine a servire la libertà senza se e senza ma. Libertà anche di sfruttare il lavoro in un assetto post-rivoluzionario dove l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge era quella stigmatizzata da Anatole France nel *Giglio Rosso*: quella del ricco e del povero parimenti sottoposti al divieto di fare l'elemosina e di dormire sotto i ponti. L'attitudine però anche a perseguire una giustizia di tipo procedimentale o una commutativa e finanche una giustizia redistributiva.

L'iniziativa contrattuale è fonte di regole che, inserite nel tessuto ordinamentale costituzionale, possono contribuire a perseguire modelli di giustizia coerenti con il medesimo tessuto ossia – come si è ampiamente detto – tarati sui principi fondanti dell'ordinamento. Questo è però soltanto vero finché si conservi la consapevolezza della variabilità del fondamento normativo dell'autonomia negoziale e conseguentemente della specificità del fondamento di ciascuna forma di autonomia. È meno vero se invece si decide di eliminare tali specificità e di tagliare i rami con l'illusione che un tronco comune del contratto libero e consapevole possa realizzare assetti giusti per qualsivoglia tipologia di rapporto.

Cambia il mezzo o cambiano i fini?

Per rispondere occorre ancora contestualizzare. V'è certamente, nel sistema di fine millennio, una spinta al mutamento dei fini nel senso della riconduzione dello stesso fondamento politico della forza normativa del contratto di lavoro al libero mercato e alla libertà d'impresa. È, tutto sommato, una delle tante manifestazioni dell'aspirazione neo liberista (o anche neo liberale, magari nella più ipocrita versione ordoliberal) alla quale si è fatto più sopra cenno, comune anche alla disciplina europea dei contratti; un corollario dell'aspirazione alla restaurazione di un'etica meramente privata, liberata da finalità pubblicistiche o eteroimposte, a mezzo di un approccio regolatorio asetticamente correttivo. La privatizzazione oltre che dei mercati anche degli interessi perseguiti dallo stesso diritto generale rende infine chiaramente prospettabile una prevalenza di tutela dell'offerta rispetto alla domanda ovvero della produzione rispetto ai salari.

Questo prima della crisi.

Con la crisi, qualche entusiasmo nelle sorti magnifiche e progressive del libero mercato si è certamente raffreddato. La tendenza alla fuga dai principi costituzionali fondanti la contrattazione di lavoro (individuale e collettiva) non è però cessata. Il quadro è assai più complesso e si ricompone anzitutto con le discipline della crisi d'impresa e del sovraindebitamento nonché con

le politiche punitive del risparmio, soprattutto piccolo e non speculativo, e con l'incentivazione del credito al consumo. In tale quadro non è neanche più attuale la rappresentazione della politica di sostegno salariale quale incentivo (nella specie, mancato) alla domanda, giacché questo incentivo è semplicemente sganciato dalla capacità reddituale ed è invece sistematicamente agganciato all'indebitamento del lavoratore. Si genera così una forma di precariato economico e sociale che, aggiungendosi a quella tradizionale, prospetta l'emersione di un nuovo proletariato capace di ricomprendere in sé quella che un tempo era definita classe media.

Vi è dunque, certamente, una spinta al mutamento dei fini. Vi è e vi deve essere però, esattamente per questo o, meglio, a fronte di questo, anche la spinta contraria, a riaffermare i medesimi fini nelle linee di una riflessione critica che riprenda l'avvio dall'istanza di fondo, posta dall'art. 36 Cost., di una "vita libera e dignitosa" del lavoratore: in questa direzione, se è vero che il contratto può realizzare una giustizia commutativa tramite la proporzionalità delle prestazioni, è anche chiaro però che la *ratio* della proporzione non è mai oggettiva ma sempre relativa e la sua valutazione dipende da criteri che, in positivo o in negativo, si collocano sul piano della giustizia distributiva. Allargando la prospettiva, è chiaro che la giustizia contrattuale è essenzialmente problema di fondamento ideologico e di legittimazione politica dell'autonomia.

Soprattutto per riordinare il quadro attuale – dove senza mezzi termini sono in crisi la vita e il benessere collettivi come progettati dal costituente repubblicano nonché l'ambiente sociale, naturale e artificiale entro il quale tale progetto deve trovare attuazione – è perciò importante non rinunciare a uno strumento normativo duttile qual è il contratto, in particolare ove esso sia frutto di contrattazione e di accordo. Ma questo a condizione che sia il diritto dei contratti a cercare, settore per settore, il proprio fondamento assiologico e i propri (variabili) principi di riferimento anziché il diritto del lavoro a obliterare i propri principi per mimare una figura velleitaria generale di contratto assiologicamente neutro.



## Giovanni D'Amico

### “Giustizia contrattuale” nella prospettiva del civilista\*

**Sommario:** **1.** Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto. **2.** Segue. “Giustizia contrattuale” e tutela dell’integrità del consenso. **3.** “*Qui dit contractuel dit juste*”? L’abbandono dell’idea che fa(ceva) coincidere “autonomia contrattuale” e “giustizia”, e la emersione dell’esistenza di “distorsioni (o fallimenti) del mercato” come causa di regolamenti “iniqui”. La normativa “*antitrust*” e la “costruzione” del mercato concorrenziale. **4.** Un esempio emblematico di intervento normativo volto a correggere squilibri (o “fallimenti”) *di mercato*: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla “dottrina ordoliberal”). **5.** Conclusioni dell’indagine “preliminare”.

#### 1. Premessa. “Giustizia contrattuale” e regolamentazione eteronoma del contratto

Affrontare il tema della “giustizia contrattuale” impone, più di quanto accada con altri argomenti, la necessità di precisare *in limine* (quanto meno a livello “stipulativo”) il significato secondo il quale si assumerà la nozione oggetto di indagine.

Il termine “giustizia contrattuale” è suscettibile, invero, di evocare molteplici problemi<sup>1</sup>, ed è indispensabile pertanto delimitare il terreno sul quale verrà condotta la discussione.

\* Il testo che si pubblica mantiene il carattere (in funzione del quale è stato pensato) di una introduzione generale (sia pure dalla prospettiva specifica del civilista) al tema della “*Giustizia contrattuale*”, oggetto di un Seminario di studio svoltosi a Reggio Calabria il 3 giugno 2016 su iniziativa della cattedra di Diritto del lavoro. Ciò giustifica il fatto che le indicazioni bibliografiche siano limitate all’essenziale (e, comunque, non abbiano minimamente aspirazione alla completezza), al fine di non appesantire in maniera eccessiva l’esposizione.

Il contributo è destinato agli Studi in onore di Giovanni Furguele.

<sup>1</sup> Ne fornisce riprova l’interessante raccolta giurisprudenziale curata da CHIODI, *La giu-*

La “giustizia” *del* contratto (o – se si vuole – *nel* contratto) – se si conviene di intenderla in termini “contenutistici” (e non meramente “procedurali”)<sup>2</sup> – sembra, intuitivamente, evocare un “equilibrio” (una “proporzione” o anche una “equivalenza”) tra le prestazioni che attraverso il contratto le parti programmano di scambiarsi<sup>3</sup>. Può aggiungersi che chi assume che la “giustizia”

*stizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2009, nella quale compaiono sentenze che vanno dalla materia della clausola penale eccessiva a quelle degli interessi usurari, dalla presupposizione alla clausola *rebus sic stantibus*, alle clausole vessatorie nei contratti di adesione; e così via.

<sup>2</sup> Anche le concezioni “procedurali” finiscono per presupporre una nozione “contenutistica” (o “sostanziale”, che dir si voglia) della “giustizia contrattuale”; solo che esse ritengono che l’obiettivo di un contratto “giusto” possa (e debba) essere conseguito non *in via diretta* (e con interventi eteronomi), bensì assicurando le condizioni di esplicazione effettiva della *autonomia privata* e/o (per quanto possibile) l’equilibrio delle “posizioni di partenza” dei contraenti (si pensi, ad es., alla funzione della contrattazione collettiva nel diritto del lavoro, come strumento per “riequilibrare” la disparità di forza contrattuale che altrimenti caratterizzerebbe la contrattazione tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore).

Risulta peraltro abbastanza evidente che non esiste (in concreto) una *alternatività assoluta* tra i due modi di intendere e di realizzare la “giustizia contrattuale” indicati nel testo, perché nella realtà degli ordinamenti il *legislatore* utilizza entrambi, anche se – almeno *tendenzialmente* – il principio di autonomia contrattuale dovrebbe indurre ad interventi *diretti* sul contenuto contrattuale solo quando l’obiettivo della “giustizia” (del contratto) non possa essere raggiunto (adeguatamente e/o con certezza) attraverso l’esplicazione “corretta” (ossia rispettosa delle regole “procedurali”) dell’autonomia privata. Il variabile dosaggio tra “*autonomia (regolata)*” ed *eteronomia* è, peraltro, un dato che – a propria volta – non può essere fissato *a priori* e *in maniera immutabile*, perché esso è soggetto a modificarsi nel tempo, in relazione ai *contesti generali* che sul piano sociale ed economico caratterizzano le varie epoche. Così – per fare soltanto qualcuno dei tantissimi esempi che potrebbero farsi – la vicenda del contratto di locazione di immobili urbani (in particolare *ad uso abitativo*) ha visto – dal 1978 (anno in cui fu emanata la legge c.d. sull’equo canone) ad oggi – succedere ad una fase di notevole compressione dell’autonomia contrattuale (con un incisivo intervento diretto sul contenuto del contratto) una fase in cui – al fine di “sbloccare” e rivitalizzare il mercato delle locazioni – si è ripristinata (almeno parzialmente) la libertà delle parti di determinare il regolamento negoziale, sia pure nel quadro di modalità di contrattazione (c.d. “assistita”) volte a “riequilibrare” le posizioni contrattuali “diseguali” dei contraenti.

<sup>3</sup> Due osservazioni, a integrazione dell’affermazione di cui al testo:

a) la prima consiste nell’evidenziare come sia implicita, nella delimitazione suggerita, l’assunzione che la “giustizia contrattuale” abbia a che fare soprattutto (anche se non esclusivamente) con il contenuto “economico” del contratto, benché sia indubitabile che un problema di “equilibrio” si possa porre (e si ponga) anche con riferimento al contenuto c.d. “normativo” (nel § 4, del resto, prendiamo in esame la disciplina delle “clausole vessatorie” nei contratti dei consumatori, che è diretta a porre rimedio – tipicamente – proprio ad uno squilibrio “normativo”), e benché si debba ulteriormente avvertire che la distinzione tra contenuto “economico”

(nel senso appena indicato) costituisca un dato che *deve* caratterizzare *sempre* il contratto (ad es. in virtù dell'applicazione di una clausola generale, o di uno o più principi costituzionali che si riferiscano a qualsiasi contratto e che prescindano da "fattispecie" particolari), ipotizza (implicitamente) che possa/debba individuarsi un *rimedio* per il caso in cui la singola stipulazione appaia "squilibrata" (o "sproporzionata"), rimedio che implica naturalmente un sindacato (giudiziale) sull'atto di autonomia negoziale che in ipotesi venga valutato come "ingiusto". Sotto questo profilo, il problema della giustizia contrattuale si risolve nel problema del *controllo giudiziale sul contenuto del contratto* (e in tali termini esso sarà, principalmente, considerato nel presente contributo).

In tale prospettiva, un problema di "giustizia contrattuale" (nel senso specifico appena indicato) sembra potersi porre solo per quei regolamenti contrattuali (o per quelle *parti* dei regolamenti contrattuali) che sono effet-

e contenuto "normativo" del contratto non può che essere concepita come relativa (è evidente, infatti, che le clausole "normative" sono spesso connesse a quelle economiche: basti pensare – ad es. – al caso delle garanzie, delle clausole di esonero da responsabilità, ecc.);

b) la seconda consiste nel sottolineare come la nozione in tal modo individuata (stipulativamente), evocata – con tutta evidenza – un problema di "giustizia commutativa", non anche di "giustizia distributiva" (o di "giustizia sociale"), la quale ultima – a nostro avviso – è, *come tale*, estranea al tema della giustizia contrattuale *in senso stretto*, intesa (secondo un ulteriore assunto dal quale muoviamo) come "giustizia" che debba/possa essere assicurata attraverso un intervento giudiziale, correttivo del contenuto contrattuale.

La "giustizia sociale" – *in linea di principio* – non può, infatti, che essere affidata a interventi (necessariamente del legislatore, e non del giudice) che facciano gravare sulla "fiscaltà generale" l'onere di assicurare alcune prestazioni "sociali", evitando di far ricadere quest'onere su alcuni soggetti (privati) soltanto, e non sugli altri (sul punto si vedano anche le condivisibili considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *RDC*, 2016, p. 1262 ss., spec. p. 1285 ss., dove – fra l'altro – si afferma con decisione che "il contratto rinnega se stesso se è orientato verso la logica distributiva"; ritiene invece che "nell'esperienza giuridica contemporanea, va[da] emergendo, anche se in maniera non sempre uniforme, una tendenza a considerare il contratto anche come strumento di giustizia distributiva", LIPARI, *Intorno alla "giustizia" del contratto*, in *ID.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, p. 235 ss., spec. p. 263). Quel che, al più, sembra potersi dire è che "anche dal contratto, se improntato a giustizia, possa venire – trattandosi di fatto dotato di sicura rilevanza economica e a volte anche di particolare valore sociale (si pensi al contratto di lavoro nella prospettiva dell'art. 36, comma 1, Cost.) – un contributo non secondario alla costruzione di una moderna economia sociale di mercato e dunque alla realizzazione di una maggiore giustizia sociale" (così SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi. Fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, 2007, p. 253 ss., spec. p. 255, e poi anche in SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, p. 363).

tivamente lasciati alla regolamentazione *autonoma* dei contraenti. Quando, invece, il contenuto del contratto sia predeterminato (in maniera più o meno ampia) dal legislatore, con previsioni che possano considerarsi imperative (ossia non derogabili dai privati), non c'è spazio per un problema di “giustizia contrattuale” (nel senso specifico che qui intendiamo). Il che non vuol dire – beninteso – che la “giustizia” sia estranea in questi casi all'operazione economica considerata (ché – anzi – proprio esigenze di “giustizia contrattuale”<sup>4</sup> sono alla base, assai spesso, delle norme cogenti<sup>5</sup> che il legislatore detta per il contratto, o per specifici contratti, come ad es. il contratto di lavoro)<sup>6</sup>, ma vuol significare, piuttosto, che – in presenza di una disciplina legislativa specifica volta ad assicurare la “giustizia” del contratto (si pensi ad es. alla nor-

<sup>4</sup> Magari anche di “giustizia distributiva”, e non soltanto di “giustizia commutativa” (v. la nota precedente). È assai diffusa, peraltro, l'idea che “l'uso del diritto privato per finalità redistributive sia immancabilmente destinato a generare esiti allocativi inefficienti, a danno di quelli che si vorrebbero proteggere” (lo ricorda CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *ED*, *Annali*, VII, 2014, p. 447 ss., spec. p. 455 e nt. 53, ove richiami al dibattito su questo tema; e v. anche *ivi*, § 7, p. 457 ss., dove peraltro si prospetta una singolare idea di “giustizia distributiva” – identificata con la “redistribuzione di ricchezza da chi detiene l'informazione a chi ne è privo” –, che porterebbe ad ascrivere agli interventi volti a realizzare la giustizia “distributiva” anche l'imposizione di obblighi di informazione, che solitamente sono visti come strumento della giustizia c.d. “procedurale”).

<sup>5</sup> Il problema della “giustizia” (nel senso specifico di contemperamento equilibrato degli interessi dei contraenti) non è estraneo, ovviamente, neanche alla formulazione del c.d. “diritto dispositivo”, ma la “derogabilità” di questo diritto fa assumere alla “giustizia” di cui esso sia in ipotesi espressione un significato diverso da quello di cui si può parlare con riguardo al diritto cogente.

<sup>6</sup> Cfr. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *DDPCiv*, Aggiornamento, VII, 2012, p. 534 ss., spec. p. 535, ove si legge espressamente che “Il diritto italiano concede alla giustizia contrattuale uno spazio ampio”, affermazione che viene subito esplicitata osservandosi che “Nel nostro sistema, se l'ingiustizia si accompagna al consapevole sfruttamento scattano i rimedi intitolati all'incapacità naturale, allo stato di pericolo e di bisogno. Richiami alla giustizia, all'equità, alla buona fede, all'eccessiva onerosità intervengono in tema di arbitrio mero e *boni viri*, di interpretazione e integrazione del contratto, di eccezione di inadempimento e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità e per inadempimento. Le clausole vessatorie sono osteggiate (ma la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non dipende mai dall'adeguatezza del corrispettivo). Il requisito della causa è altamente proclamato. I calmieri, le proroghe, i blocchi dei contratti sono all'ordine del giorno [...]”.

Si noti come – nell'elencazione di Sacco, appena riportata – si mescolino interventi legislativi volti ad assicurare la giustizia “sostanziale” del regolamento contrattuale, con interventi che più specificamente attengono a quella che potrebbe chiamarsi la giustizia “procedurale” della contrattazione (si pensi alla disciplina dei vizi del consenso).

mativa sul c.d. "equo canone", che era stata dettata in materia di locazioni di immobili urbani ad uso abitativo nella originaria formulazione della l. 27 luglio 1978 n. 392) – non c'è spazio per un *ulteriore* controllo (*sotto questo profilo*) dell'atto di autonomia privata, ma occorrerà soltanto verificare la conformità o meno di esso alla normativa cogente (e, dunque anche – ma solo *indirettamente* – agli scopi di "giustizia" che essa, in ipotesi, persegue)<sup>7</sup>.

Non è detto peraltro che *legalità* e *giustizia* siano sempre coincidenti (ossia che il regolamento *legale* sia un regolamento *anche* "giusto", nel senso – qui assunto – di *rispondente a un criterio di "equilibrio" o "proporzionalità" tra le prestazioni*), in quanto è ben possibile che l'intervento legislativo (imperativo) risponda ad esigenze diverse, e miri a conseguire obiettivi differenti da quello della giustizia "commutativa"<sup>8</sup>. Per un verso, infatti, la "giustizia" che il legislatore intenda perseguire potrebbe essere una giustizia "distributiva", e non soltanto (o non anche) "commutativa"<sup>9</sup>. Per altro verso, invece, può

<sup>7</sup> Una singolare previsione, che sembrava suggerire l'idea che il regolamento dettato dalla legge potesse essere considerato dal giudice come "iniquo" (*recte*: non escludere un ulteriore valutazione giudiziale circa l'equità del contratto) – tanto da indurre a scartarlo come regolamento da sostituire a quello convenzionale invalido, preferendo piuttosto utilizzare a tale fine una "misura" individuata dallo stesso giudice, e in ipotesi diversa anche da quella "legale") – era quella contenuta (prima che la previsione del potere integrativo del giudice venisse eliminata dal d.lgs. 9 novembre 2012 n. 192) nell'ultimo comma dell'art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 sui "ritardi di pagamento", il quale stabiliva che "Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali *ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo*", quasi che applicazione dei termini legali e riconduzione ad equità potessero divergere).

<sup>8</sup> Cfr. SACCO, *op. cit.*, p. 536, laddove l'A. osserva che "la legalità non è una garanzia di giustizia", in quanto "motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile [...]".

<sup>9</sup> Potrebbe esemplificare questa ipotesi proprio il caso (che abbiamo richiamato nel testo) della legge sull'equo canone del 1978, intervento al quale non erano estranei obiettivi di giustizia "distributiva" (o, se si vuole, di "giustizia sociale"). E così, per quanto riguarda la disciplina delle locazioni commerciali, era sottesa alla legge l'idea di un trasferimento di ricchezza dalla "rendita" al "profitto" (dalla proprietà all'impresa); mentre, per quanto riguarda le locazioni ad uso abitativo, si era inteso (nella formulazione originaria dell'intervento normativo) favorire la realizzazione dell'obiettivo (di giustizia) "sociale" di consentire l'accesso al "bene-casa" (per realizzare l'interesse fondamentale all'abitazione), facendo (parzialmente) gravare sui privati (proprietari di immobili urbani) il costo di questo risultato (salvo poi a rendersi conto che lo

ben accadere che l'obiettivo che il legislatore si proponga di raggiungere (dettando la disciplina cogente di un determinato rapporto contrattuale) sia un obiettivo diverso da quello di una determinazione "equilibrata" delle prestazioni: ciò è abbastanza evidente nel campo dei "prezzi imposti", dove ad es. il prezzo *elevato* di un prodotto (non corrispondente al suo effettivo valore, o al prezzo che si formerebbe "spontaneamente" sul mercato) può essere stabilito (in genere, da una autorità amministrativa o da un'agenzia regolatoria) per scoraggiare (poniamo) il consumo di quel bene, ovvero per (altre) ragioni che comunque prescindono dalla "equivalenza" tra le prestazioni delle parti<sup>10</sup>.

Quanto sin qui detto consente, dunque, di tenere fuori dal campo di analisi (per le ragioni e con le precisazioni appena svolte) le ipotesi in cui il contenuto del contratto sia (in tutto o in parte) *eterodeterminato*, e pertanto la "giustizia" (o magari – per quanto appena detto – la "ingiustizia") di esso non inerisca – propriamente parlando – al contratto *in quanto tale* (ossia come atto espressione di autonomia privata), bensì alla legge (o al provvedimento amministrativo)<sup>11</sup> al quale il contratto si conforma (*recte: deve conformarsi*). Del

strumento prescelto ha avuto sovente l'effetto di inaridire il mercato delle locazioni o, alternativamente, di alimentare – di fatto – una vasta area di violazione della legge).

Un altro esempio di "giustizia distributiva" perseguita attraverso il contratto potrebbe essere fornito dalla normativa sui contratti agrari degli anni '60 e '70 del secolo scorso.

<sup>10</sup> Magari facendo gravare sul bene una forte imposizione fiscale: si considerino, ad es., le "accise" su beni come le sigarette, o la benzina.

Si osservi che può parlarsi di "prezzo legale" non soltanto quando il prezzo sia *direttamente* fissato da una autorità pubblica, ma anche quando sulla sua entità (lasciata in qualche modo, o entro determinati margini, alla libertà dell'imprenditore) influiscano *in maniera determinante* provvedimenti pubblici come agevolazioni, incentivi, sgravi, ecc. Questi provvedimenti – come accenniamo nel testo – hanno talora lo scopo di promuovere la "giustizia" dello scambio contrattuale, ma – spesso – si propongono altri obiettivi, come quello di incentivare l'acquisto di determinati beni (ad es. automobili con motore elettrico) o di indurre l'impresa ad offrire un servizio che altrimenti sarebbe "antieconomico" erogare (in quest'ultimo caso, sovente la P.A. accorda all'imprenditore una "concessione" di esercizio esclusivo, e stipula con lo stesso un "contratto di servizio" con il quale si impegna a "riparare" le perdite conseguenti allo svolgimento del servizio di interesse sociale). Come scrive SACCO (*op. cit.*, p. 536) "Queste misure bloccano l'attività degli operatori capaci di produrre e offrire il prodotto al prezzo quale si formerebbe in regime di mercato, ma non adatti a produrre al prezzo legale; oppure incoraggiano a produrre a costi che risultano vantaggiosi solo perché il produttore ovviamente non conteggia tra gli elementi del costo quelli che l'incentivo pone a carico della collettività. Il disastroso crollo delle economie fondate sul piano ha travolto anche il mito del prezzo imposto, fissato da un'autorità paziente e paterna [...]".

<sup>11</sup> Questo è quanto accadeva (e, in parte, accade ancora) negli ordinamenti di "area socialista" in virtù della c.d. "pianificazione" che caratterizzava quei sistemi economici.

resto, in questi casi (o in alcuni di essi) – anche quando la (etero-)regolamentazione del prezzo sia dettata da ragioni di “giustizia” – potrebbe trattarsi non tanto della giustizia *del contratto* in sé considerato, quanto semmai di una “giustizia” che viene perseguita (dalla pubblica autorità) *attraverso il contratto* (piuttosto che con altri mezzi)<sup>12</sup>, e che non implica necessariamente (anche) la giustizia *del (singolo) contratto*.

Ciò comporta anche che – varie potendo essere le *rationes* che, di volta in volta, giustificano (e stanno alla base del) l'intervento imperativo sul regolamento negoziale (in particolare nella forma della determinazione della *misura dello scambio*, che potrebbe essere determinata da motivazioni diverse

In questi ordinamenti, l'economia (fondata sulla proprietà statale dei mezzi di produzione) era regolata in base ad una “pianificazione”, che partiva da un “piano di Stato” (*gosplàn*), della durata di un quinquennio, e si articolava e si specificava, poi, in piani annuali, piani territoriali e piani settoriali, fino ad arrivare a piani (*narjád*) che avevano come destinatari le singole imprese. “[...] Il piano vincolava l'impresa alla conclusione di contratti funzionali allo svolgimento della relativa attività. Il *narjád* infatti precisava le condizioni, le quantità e i soggetti dai quali l'impresa doveva approvvigionarsi di materie prime, come quelli cui doveva destinare i propri prodotti. I *narjady* di più imprese in rapporti economici [tra di loro] riportavano dunque voci simmetricamente contrapposte ...” (così DE LUCA, *Russia*, in DIURNI (a cura di), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, 2008, p. 311 ss., spec. p. 319 ss.).

Come scrive SACCO, *op. cit.*, p. 536, “da questi contratti “economici” esulava l'autonomia (tranne che per la definizione di dettagli, quali le date delle consegne). La merce prodotta veniva alienata – alla fine del ciclo – al consumatore, in specie al cittadino, ad un prezzo prefissato (...). La giustizia qui non consisterà nella proporzione fra il prezzo e la merce (nei contratti tra imprese, l'uno e l'altra escono da una tasca dello Stato per entrare in un'altra tasca – del medesimo Stato), ma nella ragionevolezza con cui si tratteggiano le priorità dei bisogni da soddisfare. *La giustizia contrattuale sarà tutt'uno con la giustizia del piano. Il contratto si limita ad eseguire il piano* (corsivo aggiunto)”.

Detto altrimenti, i contratti posti in essere in attuazione del “piano” possono – nel contesto considerato – dirsi “giusti” o “ingiusti”, a seconda della “giustizia” o “ingiustizia” del piano, il quale, poi – naturalmente – potrebbe non preoccuparsi della “giustizia” *del singolo scambio* (imponendo, ad es., che un certo bene “essenziale” sia commercializzato a prezzi inferiori ai costi di produzione) purché sia assicurata *complessivamente* la “giustizia” nella distribuzione delle risorse e dei beni nell'ambito del sistema economico generale.

<sup>12</sup> Non c'è dubbio, ad es., che la P.A. potrebbe farsi carico *direttamente* del servizio “antieconomico” (ma di “utilità sociale”), come è accaduto per un certo periodo con le “aziende municipalizzate” gestite dai Comuni per l'erogazione di alcuni tipi di servizi essenziali (trasporto locale, erogazione dell'acqua, dell'elettricità, ecc.), prima che si adottasse il modello della trasformazione di tali aziende in società per azioni (formalmente autonome, anche se sostanzialmente “controllate” dagli enti pubblici, che sovente detengono le partecipazioni societarie maggioritarie).

dall'esigenza di assicurare un "equilibrio" e/o "proporzione" tra le prestazioni<sup>13</sup> – è difficile immaginare che da queste normative si possa ricavare un *principio generale*. Anche ad abbandonare l'argomento secondo il quale si tratterebbe di normative "eccezionali" (argomento che presuppone che si muova dall'assunto che esista un generale principio di "libertà contrattuale", al quale porterebbero deroga le disposizioni che introducono limiti all'autonomia privata), non è nemmeno agevole ritenere che queste disposizioni siano (all'opposto) espressione – esse – di un "principio generale"<sup>14</sup>.

## 2. Segue. "Giustizia contrattuale" e tutela dell'integrità del consenso

C'è un altro modo (diverso da quello, sin qui esaminato – che consiste, come visto, nel fissare *direttamente*, con una disciplina cogente, il contenuto del contratto) mediante il quale l'ordinamento giuridico si fa carico (questa volta, in maniera *indiretta*) del problema che il contratto non finisca per contenere pattuizioni "inique" (che svantaggino ingiustamente una parte, avvantaggiando l'altra).

Questo modo è costituito dalla disciplina dei *vizi del consenso* (errore, violenza, dolo, altri eventuali "vizi del volere" individuati dal legislatore), in

<sup>13</sup> E cfr. ancora SACCO, *op. cit.*, p. 536, il quale scrive (con molta efficacia): "... La domanda è questa: lo scambio in cui l'ammontare delle prestazioni è direttamente fissato dal diritto è esso intrinsecamente, ontologicamente giusto? La conformità al volere del legislatore è giustizia? Il prezzo giusto a Ginevra sarà ingiusto ad Aosta ove vige un'altra legge e opera un'altra autorità? Il prezzo giusto ieri sarà ingiusto questa mattina, se la legge è cambiata? – La risposta alle domande ora fatte è certa. La legalità non è una garanzia di giustizia. Motivi di ogni genere possono consigliare al politico, cioè al legislatore, di imporre un prezzo che non ha carattere di giustizia. Può farlo per scoraggiare un consumo, per proteggere una data classe di cittadini. Lo scopo può essere sublime; ma la giustizia contrattuale non è posta in atto da ogni possibile modo di protezione di un interesse socialmente apprezzabile. (...) – Quando il legislatore fissa un prezzo, quasi sempre vuole fissare un prezzo giusto. Interviene proprio perché vuole che il prezzo sia giusto. E, auguriamoci, molte volte esso sarà giusto. Ma la sua giustizia non dipende dalla sua legalità ...".

<sup>14</sup> V., ad es. – volendo esemplificare due diverse posizioni al riguardo – da un lato, GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *RDC*, 2004, II, p. 27 ss., spec. p. 52, dall'altro, VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *EDP*, 2006, p. 53 ss., spec. p. 58 (nonché ID., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo*, cit., p. 393 ss.; ID., *Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *CI*, 2012, p. 1190 ss.).

presenza dei quali – naturalmente – il tema dell'“equilibrio” tra le prestazioni previste nel contratto è destinato certamente a porsi, perché in tal caso il *consenso* pur formalmente prestato dal contraente a quel determinato regolamento negoziale non garantisce (nemmeno *in astratto*) che un ipotetico svantaggio patrimoniale sia stato da lui effettivamente valutato ed accettato<sup>15</sup>.

Due circostanze vanno tuttavia subito evidenziate:

a) la prima è che la disciplina dei vizi della volontà mostra (almeno nel nostro ordinamento) come il legislatore intenda tutelare l'integrità del consenso *anche indipendentemente dall'esistenza di un pregiudizio patrimoniale*, tant'è che l'annullamento del contratto può essere chiesto *pur quando difetti un siffatto pregiudizio* (essenziale è solo l'esistenza del vizio del volere)<sup>16</sup>;

b) la seconda è che l'esistenza del vizio del volere (e del connesso – eventuale, se pur probabile – “squilibrio” contrattuale) non sempre determina l'annullabilità del contratto (l'errore deve essere *ricoscibile*, il dolo deve essere *determinante*, la violenza deve essere *idonea fare impressione su una persona sensata*, ecc.); in particolare, non è causa di annullabilità del contratto l'errore *sui motivi*, e in specie *l'errore sul valore* (o sulla convenienza economica), come pure non comporta annullabilità il raggio che abbia soltanto *inciso* sulle condizioni patrimoniali di un contratto che il *deceptus* avrebbe comunque concluso, se pure a condizioni diverse (art. 1440 cod. civ.).

Tutto ciò mostra che *nemmeno quando il consenso sia “viziato”* è possibile sempre far valere l'iniustizia/ingiustizia del contratto (ossia uno “*squilibrio economico* che, in ipotesi, sussista tra le prestazioni). Anche per questa ragione, si conferma dunque che dalla disciplina dell'annullabilità per vizi del consenso non si può trarre un “principio generale” che escluda la validità (e

<sup>15</sup> Alla disciplina dei vizi del consenso può essere accostata, sotto il profilo che qui interessa, la disciplina dell'*incapacità naturale* (art. 428 cod. civ.), che prevede che l'annullamento dei contratti non possa essere pronunciato se non quando per il *pregiudizio* che dall'atto possa conseguire all'incapace risulti la *mala fede* dell'altro contraente (salvo poi a vedere se tale mala fede si risolve nella mera consapevolezza dello stato di incapacità naturale in cui versa la controparte, ovvero richieda un comportamento attivo di *approfittamento* di tale condizione).

<sup>16</sup> Altro è che possa ritenersi che sia proprio la supposizione secondo cui una volontà “viziata” non è in grado di effettuare una corretta valutazione di *convenienza economica* a costituire la ragione principale (se pure non esclusiva) della disciplina dei vizi del consenso.

Non potrebbe, invece, dirsi che questa disciplina si faccia carico anche di una *ratio* di tutela *del mercato*, in quanto essa prende in considerazione (solo) *occasionali ed episodiche deviazioni* da uno standard di comportamento *razionale*, tali da non costituire (nella maggior parte dei casi, almeno) un fatto idoneo ad incidere sulle dinamiche di mercato.

l'efficacia) di un contratto affetto (in ipotesi) da squilibrio economico. Di più: nei limiti in cui questa disciplina tutela il contraente (anche) contro lo squilibrio, essa mostra di farlo non tanto in considerazione dello squilibrio *in sé* quanto piuttosto per la presenza del vizio del consenso (che ne abbia – in ipotesi – costituito il presupposto).

Quanto appena detto vale – *mutatis mutandis* – anche in presenza di quelle situazioni (“stato di bisogno”, “stato di pericolo”) che – ai sensi degli artt. 1447 e 1448 cod. civ. – costituiscono il presupposto della *rescindibilità* del contratto. In questo caso, all’“iniquità” del regolamento contrattuale viene dato rilievo *indipendentemente dall'esistenza di un vizio del consenso*<sup>17</sup>, ma – ancora una volta – il legislatore non mostra di volere in tal modo applicare (o esplicitare) un principio *generale* che imponga nei contratti l’“equivalenza” delle prestazioni tra le parti. Intanto, perché solo la lesione *ultra dimidium* legittima il contraente a chiedere (*ex art. 1448 cod. civ.*) la rescissione del contratto; ma, soprattutto, perché proprio in questa norma trova conferma *a contrario* che lo squilibrio (economico) tra le prestazioni non costituisce *di per sé* causa di invalidità e/o impugnabilità del negozio, tale potendo diventare solo in presenza di qualche *ulteriore requisito* (che, nel caso della rescissione per lesione, è costituito dallo “stato di bisogno” del contraente)<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Anche se è diffusa la considerazione della disciplina della “lesione” come previsione di un c.d. “quarto vizio del consenso”.

<sup>18</sup> Concetto recentemente ribadito da Cass. 4 novembre 2015 n. 22567, dove si legge che “Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare ai fini della rescissione del contratto a norma dell’art. 1447 cod. civ. o dell’art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti, oppure può rilevare ai fini dell’annullabilità a norma dell’art. 1428 cod. civ. del contratto stipulato da persone incapaci; *ma, di regola, lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto*”. Nella motivazione della sentenza si legge ancora che “Secondo la giurisprudenza più recente ... lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell’autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, “le parti sono i migliori giudici dei loro interessi”.

È appena il caso di osservare, poi, che diversa da una nullità del contratto per sproporzione tra le prestazioni (nullità – come appena detto – da escludere), e diversa altresì dalla rescindibilità del contratto *ex artt. 1447 e 1448 cod. civ.*, è la “inefficacia” dello stesso a seguito dell’esercizio (da parte dei creditori) dell’azione revocatoria. In particolare, con riferimento all’imprenditore fallito, l’art. 67 l. fall. (in sede di disciplina dell’azione revocatoria fallimentare), nella sua attuale versione (risultante dalla modifica introdotta con d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. nella l. 14 maggio 2005 n. 80), prevede che “Sono revocati, salvo che l’altra parte provi che non conosceva lo stato d’insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell’anno anteriore alla di-

Conclusioni, quest'ultima, che non è destinata a mutare neanche di fronte a quella che appare oggi come la previsione più ampia (e più generale) che dia rilevanza, nel nostro ordinamento, al profilo della "lesione". Intendiamo riferirci alla disposizione del nuovo art. 644 cod. pen. (quale risultante dopo la modifica introdotta dalla l. 7 marzo 1996 n. 108), che, nel punire il reato di usura, dispone (al 3° comma) che "La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari", aggiungendo che "sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria".

Prescindendo qui dalla previsione (cui allude l'inciso iniziale della disposizione citata) della c.d. "usura in astratto" (che riguarda soltanto il mutuo e gli altri contratti di "finanziamento", in cui il corrispettivo è costituito dagli "interessi"), quanto alla previsione (*di più vasto ambito di applicazione*<sup>19</sup>,

chiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso ...") (nella versione precedente si parlava di atti a titolo oneroso compiuti nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite e le obbligazioni assunte dal fallito "sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso").

<sup>19</sup> Perché non riguarda soltanto gli "interessi", bensì qualsiasi "prestazione di danaro o di altra utilità", e dunque si applica non soltanto ai contratti di finanziamento ma (tendenzialmente) a qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive e/o a qualsiasi forma di "utilità" che possa configurarsi a favore di uno dei contraenti (ad es. costituisce – sotto questo profilo – una tipica pattuizione "usuraria" il patto commissorio [non a caso vietato dall'art. 2744 cod. civ.], che consente al creditore di lucrare [sia pure per effetto dell'inadempimento di controparte] un "vantaggio" eccessivo, rappresentato dal maggior valore del bene che il creditore acquisisce in proprietà rispetto all'entità del credito, non diversamente da quanto sarebbe accaduto se il mutuante avesse preteso la restituzione della somma consegnata al mutuatario *maggiorata di interessi particolarmente elevati*) (e v. Cass. 26 gennaio 1980 n. 642, sebbene la pronuncia sembri riferirsi ad una ipotesi di *datio in solutum*, senza la previa stipula di una pattuizione commissoria: "Il trasferimento della proprietà di un bene il cui valore sia di gran lunga superiore all'ammontare del debito che con quel trasferimento venga pagato integra quel vantaggio usurario che vale a configurare il delitto di usura previsto dall'art. 644 cod. pen., sicché, ove sia dedotto come fatto costitutivo della rescissione del contratto per lesione "*ultra dimidium*", il giudice deve accertare la sussistenza di tale fatto e la correlativa configurabilità, in concreto, del delitto di usura al fine di applicare all'azione di rescissione la prescrizione prevista per l'azione penale relativa a tale delitto").

Più in generale, è da ritenere che *qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive* (ad es. una ven-

e quindi maggiormente significativa ai fini del nostro discorso) della c.d. “usura in concreto” (cui si riferisce la seconda proposizione del 3° comma dell’art. 644 cod. pen.), è agevole osservare come la norma richiede comunque che la valutazione del carattere (eventualmente) usurario [degli interessi, se pur sotto-soglia, o] degli “altri vantaggi o compensi” possa essere formulata qualora essi risultino *sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità*, ma a condizione (altresì) che *chi li ha dati o promessi si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria* (presupposto ulteriore, senza il quale la semplice “sproporzione” – che non raggiunga la soglia della “usura in astratto”<sup>20</sup> – non basterebbe a rendere nulla la pattuizione).

Ammesso pure che questi due presupposti (carattere genericamente “sproporzionato”, ed esistenza di una condizione di “*difficoltà economica o finanziaria*”) abbiano “abbassato” la soglia civilistica di rilevanza (quanto meno ai fini risarcitori, in part. ex art. 1337 cod. civ.) rispetto ai più severi requisiti dello “stato di bisogno” e della “*laesio enormis*” (che continuano ad essere richiesti dall’art. 1448 cod. civ., *ai fini della rescissione del contratto*)<sup>21</sup>, resta dunque pur sempre vero che continua a non essere consentito né sindacare qualsiasi “sproporzione” (in particolare, *non sembra che sia sindacabile una “sproporzione” che si allinei alle condizioni di mercato*<sup>22</sup>), né sindacare una spro-

dita) sia suscettibile di rientrare nella previsione che sanziona l’usura in concreto. In particolare, la dazione o la promessa di un bene il cui valore risulti (costituire un *vantaggio*) “sproporzionato” rispetto alla prestazione di danaro o di altra utilità dell’altra parte (e v. esplicitamente in tal senso: Cass. 22 gennaio 1997, n.628, in *GI*, 1998, p. 926).

<sup>20</sup> È appena il caso di osservare che il “tasso-soglia” definisce il limite (*superiore*) della c.d. “usura in concreto” (in quando, *al di sopra di esso*, la sproporzione rileva automaticamente, e senza bisogno di ulteriori requisiti), solo quando venga in gioco un contratto di finanziamento (ossia un contratto nel quale il corrispettivo sia costituito da “interessi”). Nelle ipotesi, invece, di contratti diversi – nei quali la prestazione (utilità) promessa non è costituita dalla restituzione di un capitale maggiorato di interessi, ma consiste ad es. nel trasferimento della proprietà di un bene (verso una controprestazione) –, casi in cui viene in gioco la c.d. “usura reale”, non esiste un parametro “oggettivo” (come è – per gli interessi – il “tasso soglia”), ma ciò non muta la valutazione giudiziale, che – per quanto riguarda il requisito della “sproporzione” – presenta gli stessi caratteri (e – semmai – nella c.d. “usura reale” potrebbe consentire al giudice di fissare una “soglia” alquanto elevata, prima di riconoscere l’esistenza di un regolamento “sproporzionato”).

<sup>21</sup> Il problema delle conseguenze civilistiche dell’usura è diventato – dopo la legge 108/1996 – particolarmente difficile da decifrare, e decisamente controverso. Sull’intera questione ci limitiamo a rinviare alla sintesi del dibattito che si legge in DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, p. 473 ss., spec. p. 478 ss.

<sup>22</sup> Condizioni di mercato che potrebbero essere – in ipotesi – “squilibrate” (se così può

porzione che (fuori naturalmente dai casi di "usura presunta" o "in astratto") non trovi la sua causa nell'esistenza di una condizione di "difficoltà economica o finanziaria" del contraente<sup>23</sup>.

3. *"Qui dit contractuel dit juste"? L'abbandono dell'idea che fa(ceva) coincidere "autonomia contrattuale" e "giustizia", e la emersione dell'esistenza di "distorzioni (o fallimenti) del mercato" come causa di regolamenti "iniqui". La normativa "antitrust" e la "costruzione" del mercato concorrenziale*

Le disposizioni menzionate nel paragrafo precedente non esauriscono le ragioni (mancanza di integrità del consenso, esistenza di particolari situazioni di difficoltà economica o finanziaria di uno dei contraenti, ecc.) che possono indurre il legislatore a dare rilievo allo "squilibrio" tra le prestazioni che il regolamento negoziale eventualmente evidenzia (per lo meno quando tale "squilibrio" superi una certa "soglia").

Se in passato il legislatore è sembrato accontentarsi di queste condizioni "minime" (di integrità del consenso, e di "normalità" della situazione in cui il contraente si trova a stipulare il contratto) per ritenere non necessario un

dirsi), per una molteplicità di fattori. Si pensi alla crisi del mercato immobiliare, cui si è assistito nell'ultimo decennio, in conseguenza (soprattutto) delle notevoli restrizioni del credito che si sono accompagnate alla crisi economico-finanziaria scoppiata nel 2007-2008. È chiaro che molti dei proprietari che hanno deciso di (o sono stati costretti a) vendere in quegli anni hanno dovuto "accettare" dei corrispettivi inferiori (a volte di molto) rispetto ai prezzi che lo stesso immobile aveva qualche anno prima. Ma è altrettanto evidente che questi corrispettivi non possono essere considerati "ingiusti" (almeno fintantoché essi riflettono l'andamento di mercato).

Con riferimento alla fattispecie degli interessi, è significativo che per la valutazione della loro (eventuale) usurarietà "in concreto" l'art. 644, co. 3, stabilisca che si debba tener conto del "tasso medio" [ossia del tasso di mercato] praticato per operazioni similari (il che sembra escludere – quanto meno – che possa essere considerato "usurario" un tasso che si allinei a quello medio di mercato).

<sup>23</sup> Sul modo in cui deve essere inteso il requisito della "difficoltà economica o finanziaria" v. in part. Cass. Pen. 25 marzo 2014 n. 18778; la sentenza è relativa alla nota vicenda che ha visto imputati alcuni funzionari della Nomura in relazione alla negoziazione con il Monte dei Paschi di Siena di uno strumento derivato denominato "Alexandria", che novava una precedente operazione rivelatasi disastrosa per la banca senese, che costituisce forse la prima pronuncia della Corte italiana di legittimità in materia di reato di "usura in concreto" (così gli stessi giudici, nel § 6.5 della motivazione).

proprio intervento sul regolamento contrattuale (sulla base del ragionamento che, in assenza di elementi perturbatori della volontà o di uno “stato di necessità”, nessuno presterebbe il proprio consenso ad un contratto che lo danneggia, e, se lo ha fatto, significa che ha avuto delle ragioni per farlo, senza che sorga alcun problema di “giustizia contrattuale”<sup>24</sup>), oggi questa prospettiva si ritiene generalmente superata.

Come osserva – infatti – Sacco, “l’ottimismo ispirato dalla visione liberista è stato duramente contestato. Il contratto viene concluso in un quadro economico dominato da cento strettoie: a parte le norme legali che incidono sui prezzi, la volontà di produttori monopolisti o oligopolisti, i cartelli, le pratiche restrittive falsano il mercato ed obbligano il consumatore indifeso a strapagare i beni e i servizi di cui ha bisogno. Il produttore trova comodo limitare l’afflusso di beni sul mercato per mantenere alta la domanda e scarsa l’offerta e produrre lievitazioni artificiali dei prezzi. Il contraente professionale dispone dei mezzi occorrenti per abusare del consumatore non professionale”<sup>25</sup>.

Di qui, allora, l’idea di intervenire (bensì – ancora una volta – sul contratto, ma questa volta) al fine di “correggere” gli effetti negativi che sull’equilibrio delle prestazioni (e, dunque, sulla “giustizia contrattuale” di cui quell’equilibrio dovrebbe essere espressione) possono produrre (alcune) *distorsioni del mercato*, o meglio le distorsioni che possono caratterizzare determinati “mercati”.

Il mutamento di prospettiva (o, se si vuole, di “paradigma”) è radicale<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> È questo il fondamento razionale della celebre formula “*qui dit contractuel dit juste*” del filosofo francese Alfred Fouillé (1838–1912) (v. *La science sociale contemporaine*, Paris, 1<sup>re</sup> éd. 1880, 2<sup>re</sup> ed. 1885), resa celebre presso i giuristi da Emmanuel Gounod, che la citò nella sua celebre tesi su *Le principe de l’autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l’étude critique de l’individualisme juridique* (Paris, 1912), apparsa l’anno stesso della morte del Fouillé, nella quale l’A. si occupava fra l’altro della contrapposizione tra la concezione individualista (Capitant, Ripert) e quella sociale (Duguit, Génys, Saleilles, Démogue) del diritto.

È appena il caso di dire che la formula di Fouillé sottintendeva (dietro l’apparenza di una deduzione *prima facie* “logica” e, come tale, difficilmente contestabile) un contenuto “ideologico”, fondato sull’idea che l’individuo è alla base dell’edificio sociale e giuridico, e che l’autonomia della volontà è a fondamento dell’idea stessa di giustizia. Non solo quindi “*qui dit contractuel dit juste*” (purché – naturalmente – ciascun contraente abbia rispettato la libertà dell’altro), ma anche (ecco il risolto ideologico) “*Toute justice doit être contractuelle*” (FOUILLÉ, *La science sociale*, cit., p. 410, cit. da Gounod a p. 73 della sua tesi).

<sup>25</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 535.

<sup>26</sup> A ben vedere, il mutamento di prospettiva non mette tanto in gioco l’idoneità (in

Non si muove più dall'idea che la "libera" esplicazione dell'autonomia privata attraverso la conclusione di scambi sul mercato determini – nell'unico modo ritenuto possibile (ossia, in base al gioco della domanda e dell'offerta) – le condizioni per una ottimale allocazione delle risorse (garantendo, al contempo, la "giustizia" dei singoli contratti), bensì si prende atto della circostanza che il mercato "concorrenziale" (ossia il "modello"/presupposto al quale si attribuisce l'idoneità a produrre questi risultati<sup>27</sup>) non esiste *in rerum natura*, né è in grado di costituirsi in virtù dell'operare spontaneo degli attori economici.

Detto altrimenti: il mercato concorrenziale è *locus artificialis* (e non *naturalis*), *prodotto* delle (e non dato preesistente alle) regolamentazioni pubbliche, chiamate a contrastare e a correggere le distorsioni che possono impedire (o escludere del tutto) l'operare della concorrenza<sup>28</sup>.

Di qui la normativa *antitrust*, e i fondamentali divieti in essa sanciti: dal divieto delle "intese" tra imprese<sup>29</sup> volte a restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante<sup>30</sup>, al divieto di "abuso di posizione dominante", in particolare

*astratto*) del "contratto" a realizzare regolamenti "convenienti" per entrambe le parti (in base all'idea secondo la quale ogni contraente, di regola, "conclude solo quando il contratto è vantaggioso per lui, perciò ogni contratto è vantaggioso per l'uno e per l'altro contraente; e pertanto il contratto, purché non produca externalità negative, è ben armonizzato tanto con l'esigenza di equità quanto con l'esigenza di socialità": così SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Ti. Rescigno*, II, Utet, 2002, p. 366 e p. 369), ma piuttosto l'esistenza *in concreto* delle condizioni (esterne) che consentono al contraente di effettuare "valutazioni di convenienza" *consapevoli* (ossia, formulate con appropriata conoscenza degli elementi rilevanti per la decisione) e, perciò, *razionali*. Detto altrimenti: è il "mercato" (come luogo deputato a fornire le "informazioni" rilevanti per le decisioni di scambio) a non funzionare correttamente; *se esso funzionasse*, (anche) il contratto (inteso come regolamentazione "autonoma" degli interessi in gioco) continuerebbe a rappresentare il criterio migliore per realizzare l'equilibrio (naturalmente "soggettivo") e la "giustizia" dei singoli scambi.

<sup>27</sup> Ottimale allocazione delle risorse (e dunque "equilibrio" macroeconomico), in uno con la "giustizia" dei singoli contratti.

<sup>28</sup> V. anche quanto diremo nel paragrafo seguente.

<sup>29</sup> Art. 2, co. 1, della l. 287/90, secondo il quale per "intese" devono intendersi "gli accordi e/o le pratiche concordati tra le imprese nonché le deliberazioni anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese e altri organismi similari".

<sup>30</sup> Tra le attività che possono produrre questo risultato, l'art. 2 indica (esemplificativamente) le "attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; b) impedire o limitare la produzione, gli sboc-

quando esso consista nell’“imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali *ingiustificatamente gravose*” (art. 3, lett. a, l. 10 ottobre 1990 n. 287).

L’idea sottesa a questa normativa è che garantendo il corretto (ed effettivo) funzionamento del mercato concorrenziale si tutela anche la “giustizia” dei singoli scambi, che si effettuano sul mercato in questione<sup>31</sup>. Sennonché, ancora una volta, il legislatore non pretende di imporre un particolare contenuto (economico), come tale, *del singolo contratto*: l’iniquità della stipulazione che *non* si collochi a valle di una “intesa” vietata<sup>32</sup> o che *non* sia conseguenza di un *abuso* della posizione dominante conseguita nel mercato dall’impresa<sup>33</sup>, non è colpita da questa normativa, che dunque non può essere intesa (neanch’essa) come espressiva propriamente di un *principio generale* che richieda che il singolo contratto sia “giusto” (nel senso – che ormai conosciamo – dell’“equilibrio”/“proporzionalità” tra le prestazioni).

chi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all’accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l’oggetto dei contratti stessi”.

<sup>31</sup> La “giustizia” del contratto non viene più fatta dipendere soltanto dalla “integrità del consenso” del singolo contraente e dalla possibilità che egli ha avuto di esplicitare liberamente la propria autonomia negoziale (*qui dit contractuel dit juste*), ma anche dalla circostanza che la contrattazione si collochi *in un contesto di mercato funzionante correttamente* (o meglio: non alterato da “cartelli” tra imprese, o posizioni dominanti).

Cfr. SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tr. Rescigno*, I, Utet, 2004, 26: “... l’equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato ... La lotta per la giustizia contrattuale è la lotta per il funzionamento del mercato ...”.

Anche SCALISI, *op. cit.*, p. 275 e nt. 61, osserva che [nei *Principles of European Contract Law* e nei *Principi Unidroit*] “sembrerebbe che sia proprio il mercato a fare da metro dello squilibrio, e perciò anche alla “giustizia”.

<sup>32</sup> E nemmeno tenti di “approfittare” dell’esistenza di una tale intesa tra altre imprese, ponendosi – per così dire – ... sulla scia di tale intesa (e così ad es., approfittando del rialzo dei prezzi che essa ha comportato sul mercato), con un comportamento che non trova giustificazione se non in un “*conscious parallelism*” (che fa sospettare l’esistenza di una “intesa”, sia pur tacita, che interessa anche l’impresa formalmente estranea al cartello).

<sup>33</sup> Il fatto che sia represso solo l’*abuso* implica che non è vietato *trarre vantaggio* dalla posizione dominante acquistata sul mercato. È lecito – in altre parole – il sovrapprofito da posizione dominante.

Un siffatto principio (generale) – ammesso che esista – deve, dunque, essere ricercato altrove<sup>34</sup>.

Prima di svolgere questa indagine ulteriore, è opportuno tuttavia esaminare qualche sviluppo *particolare* dell'idea secondo la quale la "giustizia contrattuale" può essere assicurata (almeno *tendenzialmente*) puntando a "correggere" le cause che impediscono al mercato (o – più esattamente – ai singoli specifici mercati) di funzionare in senso concorrenziale.

4. *Un esempio emblematico di intervento normativo volto a correggere squilibri (o "fallimenti") di mercato: la disciplina dei contratti dei consumatori e le sue premesse teoriche (cenni alla dottrina "ordoliberal")*

L'idea secondo la quale – per assicurare la giustizia contrattuale – bisogna intervenire per rimuovere i fattori che impediscono al mercato (*rectius*: ai diversi mercati) di funzionare correttamente – ossia in maniera *il più possibile conforme* alle condizioni che caratterizzano un (teorico) mercato "concorrenziale" (modello in realtà puramente astratto, e non riscontrabile mai nella realtà concreta) – è alla base della costruzione della regolamentazione europea dei "contratti dei consumatori", ossia della disciplina di quei particolari contratti che si stipulano sui mercati c.d. "finali", quelli in cui avviene appunto l'incontro tra i produttori/distributori e i consumatori/utenti, destinatari ultimi dei vari beni e servizi<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Il che non significa affatto sminuire la valenza fondamentale che la normativa *antitrust* riveste per la tutela dei consumatori e degli utenti. Dire che questa normativa non basta a garantire *sempre e comunque* la "giustizia" dello scambio contrattuale, non significa affatto negare il dato che questa "giustizia" (intesa come tendenziale "equivalenza" tra le prestazioni) trova nel funzionamento del mercato in senso *il più possibile concorrenziale* il presupposto principale (e, spesso, sufficiente) della sua realizzazione.

<sup>35</sup> Concorre a indicare la direzione, che assume adesso l'intervento normativo (al punto da porsi come "paradigma" nuovo, o comunque come sviluppo originale del "paradigma" che abbiamo esaminato nel paragrafo precedente), l'inedito rapporto (non più unidirezionale, bensì biunivoco) che si instaura *tra "contratto" e "mercato"* nelle economie "di massa". Nelle quali – in estrema sintesi – il contratto non è più operazione economica "isolata" (come tale, di per sé, inidonea ad incidere sulle dinamiche di mercato, e oggetto di correzione proprio in quanto "deviazione" – occasionale – dagli standard che definiscono la "normalità" delle contrattazioni), ma diventa operazione "seriale", che – in quanto ripetuta in forma standardizzata in un numero indeterminato di casi (con decine di migliaia e, a volte, con milioni di attuali o potenziali controparti contrattuali) – ben acquista o può acquistare (in questa dimensione "collettiva") una

I pilastri teorici sui quali poggia la costruzione del diritto contrattuale europeo in questo ambito sono solitamente individuati nella dottrina del c.d. “ordoliberalismo”<sup>36</sup>, il cui nucleo centrale – sulla premessa che i meccanismi di mercato e la libera concorrenza sono gli unici strumenti in grado di far funzionare in modo efficiente e ordinato non solo l’economia ma anche la società e la politica (le quali devono organizzarsi, appunto, in maniera “*conforme al mercato*”) – risiede nell’idea che, poiché mercato e concorrenza non sono dei dati naturali ma delle *costruzioni istituzionali*, lo Stato deve intervenire attivamente per creare le condizioni–quadro e poi tutelarne il buon funzionamento<sup>37</sup>.

significativa incidenza sul funzionamento del mercato (anche rispetto all’operare della concorrenza con le altre imprese).

E se da un lato, per quanto appena detto, si scopre l’(inedita) incidenza del contratto sul (funzionamento del) mercato, dall’altro – e reciprocamente – si rafforza l’idea che il corretto funzionamento del mercato non è più un problema che concerne soltanto (o prevalentemente) le imprese (concorrenti), ma è un profilo che si riverbera *immediatamente* sul contratto (e non soltanto nelle ipotesi in cui esistano monopoli, cartelli o posizioni dominanti), incidendo sull’equilibrio tra le prestazioni delle parti (detto in breve: la disciplina del mercato diventa un problema di tutela *anche dei consumatori*, e non solo delle imprese concorrenti).

<sup>36</sup> La dottrina “ordolibérale” affonda le sue radici in un movimento di pensiero che si affermò in Germania tra le due guerre, e che ebbe i suoi esponenti principali in alcuni giuristi (come Franz Böhm e Hans Grossman-Doerth) e soprattutto in alcuni economisti (tra cui: Walter Eucken, Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke).

Un’utile antologia, che raccoglie alcuni degli scritti più significativi degli autori riconducibili al pensiero “ordolibérale”, è quella apparsa con il titolo *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell’economia sociale di mercato*, a cura di F. Forte e F. Felice, Rubbettino, 2010.

<sup>37</sup> Molti degli autori “ordoliberali” avevano assunto una posizione critica nei confronti dell’esperienza della Repubblica di Weimar, la cui fragilità veniva da essi individuata nella incapacità dello Stato di resistere alle pressioni “di parte”, provenienti tanto dalle organizzazioni dei lavoratori quanto dalle forze del capitale.

La critica degli ordoliberali si indirizzava nei confronti del “pluralismo” e della democrazia, visti come fenomeni capaci di minare la tenuta del “sistema”, favorendo la nascita e il rafforzamento di “poteri privati” (in particolare di centri di potere economico), come dimostrava fra l’altro la diffusione (alla fine del primo conflitto mondiale) di numerosi “cartelli” di imprese (gli stessi contro i quali il legislatore statunitense aveva, oltre un quarto di secolo prima, emanato il famoso Sherman Antitrust Act del 1890). Di qui l’auspicio per la costruzione di uno Stato forte, capace di ripristinare e garantire l’“ordine dell’economia” (*die Ordnung der Wirtschaft*).

Se da un lato gli ordoliberali (e, in particolare, Röpke) ripropongono l’idea (tipica, appunto, della concezione “liberale”) che occorre porre dei limiti ed attivare dei controlli nei confronti dello Stato, per evitare che esso degeneri in totalitarismo, dall’altro essi ritengono che anche una illimitata libertà degli individui sia foriera di risultati indesiderabili. Di qui la proposta

L'intervento europeo nella materia dei "contratti dei consumatori" (formula che apparentemente delimita una materia circoscritta, ma che in realtà individua un ambito che – nelle moderne "economie di massa" – coincide con una larghissima, e ormai decisamente preponderante, porzione degli scambi di mercato) si colloca esattamente in questa prospettiva.

E la prima considerazione da fare è, appunto, quella secondo cui si fraintenderebbe il senso di un tale intervento se lo si identificasse (principalmente) con l'obiettivo di assicurare tutela ad un "contraente debole", allo scopo di realizzare una sorta di "giustizia" del (singolo) contratto<sup>38</sup>. Certo, questo è

di una "terza via" (capace di evitare questi due pericoli, e) basata sulla concezione secondo cui la società si articola in cerchie diverse (giuridica, politica, economica), tra di loro connesse, e il cui rapporto reciproco esclude la prevalenza di taluna sulle altre (e dunque l'esistenza di una gerarchia tra le stesse), riconducendosi piuttosto all'idea della "sussidiarietà".

Gli ordoliberali non propugnano affatto, dunque, il *non intervento* (in assoluto) dello Stato (o comunque una concezione fortemente restrittiva delle condizioni giustificanti tale intervento, come avveniva secondo il pensiero liberale ottocentesco). La "terza via", che essi teorizzano, si basa su un concetto (che ha il sapore, quasi, di un ossimoro) di "interventismo liberale", concetto che è stato di recente così illustrato da un giovane studioso: "Lo Stato si impegna a fornire un quadro giuridico, ossia un ordine di regole originarie attraverso cui l'economia di mercato (ossia il regime dei prezzi) possa funzionare secondo giustizia e in modo conforme alla natura umana (Röpke, Eucken). Lo Stato non interviene, in senso stretto, nella sfera economica. Non si può dire che la costituzione giuridico-politica guidi il mercato, perché in tal caso si ricadrebbe nelle svariate forme di dirigismo e interventismo economico. Non si può nemmeno optare per il disinteresse verso la sfera economica, impossibile tra l'altro visto e considerato il rapporto che lega le tre sfere. La politica, sostengono gli ordoliberali, deve influenzare l'economia istituendo uno spazio giuridico di regole, un ordine appunto, in cui il mercato possa evolvere secondo natura (regime di perfetta concorrenza e stabilità monetaria) e giustizia. Il giuridico non è determinato come sovrastruttura dell'economico. Il giuridico dà invece forma all'economico che non sarebbe ciò che è senza il giuridico. La dimensione economica si caratterizza quindi come un insieme di attività regolate. A questo punto gli ordoliberali possono dire che il mercato non è un dato naturale, in natura non troveremo mai un mercato in cui vige un regime concorrenziale sano e scevro di monopoli. Sarebbe un'ingenuità naturalistica credere nella sua esistenza. L'ordine giuridico-economico, l'*ordo* che lo Stato deve istituire, gestire e proteggere, svolge la cruciale funzione di rendere possibile un'economia di mercato ed insieme ad essa lo spazio adeguato all'esercizio della libertà economica. Il governo deve essere quindi attivo e vigilante...": così MESINI, *L'ordoliberalismo: un'introduzione (Seconda Parte)*, in [www.pandarivista.it/articoli](http://www.pandarivista.it/articoli), 30 giugno 2015.

<sup>38</sup> Giustamente sono state criticate le letture che ricostruiscono la disciplina dei contratti dei consumatori in termini di interventi di tipo "protezionistico", aventi il "fine di compensare uno squilibrio socio-economico", determinando la prevalenza degli interessi sostanziali dei consumatori rispetto a quelli dei fornitori di beni e servizi (i professionisti), e così realizzando "una politica del diritto latamente redistributiva, incompatibile con il mercato, e destinata pro-

(probabilmente) il *fine ultimo* di tale normativa, ma esso è assunto (e perseguito) sulla base dell'idea (che già conosciamo) secondo cui è *il mercato (purché esso funzioni correttamente) a costituire il migliore strumento* per realizzare una ottimale allocazione delle risorse (selezionando, fra l'altro, le imprese più efficienti, ossia quelle che riescano a produrre e immettere sul mercato i beni e i servizi migliori al prezzo più competitivo) e, con essa, *il più elevato grado di "giustizia" dello scambio*.

Il legislatore, pertanto, si guarda bene – in linea di principio – dall'interferire con i meccanismi di formazione dei prezzi (che sono poi anche i meccanismi più rilevanti di orientamento delle scelte individuali), e la sua preoccupazione è piuttosto quella di eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del c.d. "fallimento del mercato"). E, siccome queste cause – nel caso dei mercati "finali" – si iden-

prio, in nome della giustizia sociale, a correggerne dall'esterno i risultati": cfr. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *RDC*, 2004, I, p. 787 ss., spec. p. 793, il quale conclude nel senso che "La tutela del consumatore, secondo il modello di politica del diritto adottato dal legislatore comunitario, non è quindi complementare, ma conforme al mercato, e anzi, rovesciando la prospettiva generalmente adottata, costituisce un presupposto necessario per l'instaurazione e il funzionamento del mercato unico ... Non si tratta infatti di discipline "finalistiche", che impongano agli operatori del mercato un determinato assetto dei loro interessi economici, bensì di discipline "condizionali": esse creano le "regole del gioco" necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo il meccanismo del mercato"; e v. anche, per una analoga sottolineatura del carattere socialmente neutrale della regolazione del mercato, MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali : come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *CIE*, 2005, p. 523 ss.).

Sul punto, per una valutazione critica rispetto a questo aspetto dell'ordinamento europeo, v. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *RCDP*, 2003, p. 659 ss., spec. p. 663 ss. Più in generale esprime una valutazione fortemente polemica nei confronti della disciplina europea del contratto, accusata di realizzare una "involuzione liberista", SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Giappichelli, 2003, *passim* e spec. p. 21 ss. (e già ID., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *RCDP*, 2002, p. 263 ss.; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *RTDPC*, 2001, p. 263 ss.; e, successivamente, ID., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Giuffè, 2007). Questo punto di vista critico è condiviso dal gruppo di giuristi europei (riunito nello *Study Group on Social Justice in European Private Law*) che poco più di un decennio fa ha pubblicato un *Manifesto* dal titolo *Social Justice in European Contract Law* (in *E.L.J.*, 2004, 653; il *Manifesto* è stato poi pubblicato anche in Italia, con il titolo *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *RCDP*, 2005, suscitando anche da noi un discreto dibattito: si veda, ad es., M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, spec. il cap. V dedicato a *Giustizia sociale e giustizia contrattuale nel diritto europeo dei contratti*).

tificano (secondo la visione del legislatore europeo) con la c.d. "asimmetria informativa", cioè con la situazione di strutturale carenza nel consumatore delle informazioni necessarie per compiere scelte negoziali consapevoli e razionali, ecco che lo strumento fondamentale dell'intervento legislativo diventa l'imposizione al professionista di penetranti e diffusi "obblighi di informazione" (è il tema della c.d. "trasparenza contrattuale"), al cui adempimento dovrebbe legarsi la possibilità per il consumatore (o l'utente) di ponderare adeguatamente la decisione di porre in essere il contratto<sup>39</sup>.

A proposito della tutela che viene garantita attraverso rimedi contrattuali quali obblighi di informazione, *ius poenitendi*, formalismo negoziale, divieto di pratiche commerciali scorrette, ecc. si è parlato di una "giustizia soltanto formale" o "fredda"<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Un controllo volto a garantire direttamente l'equilibrio economico del contratto si ritrova – piuttosto – nella disciplina di alcuni rapporti contrattuali tra imprese. E così, ad es., la l. 6 maggio 2004 n. 129 sull'affiliazione commerciale (*franchising*) stabilisce all'art. 3, co. 3, che "Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". E l'art. 7 della d.lgs. 231/02 (mod. dal d.lgs. 192/12), in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, dispone la nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, "quando risultano gravemente inique a danno del creditore". Infine – e si tratta della disposizione dotata della maggiore potenzialità applicativa – l'art. 9 della l. 18 giugno 1998 n. 192 prevede il c.d. "abuso di dipendenza economica" (definito come "la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi"), stabilendo che "l'abuso può anche consistere nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie", e sanzionando l'abuso con la nullità del patto attraverso cui esso si realizza.

Menzione merita anche l'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 conv. in l. 24 maggio 2012 n. 27, il quale dispone che i contratti aventi ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari (ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore) "devono essere informati a principi di trasparenza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni con riferimento ai beni forniti", stabilendo altresì che "nelle relazioni commerciali tra operatori economici" è vietato "imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose", applicare "condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti", conseguire indebite "prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali".

Su queste normative cfr. (anche per ulteriori riferimenti) GITTI, VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, il Mulino, 2008, e, quanto all'art. 62 (da ultimo ricordato), PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, 2013, p. 178 ss.

<sup>40</sup> Così SCALISI, *op. cit.*, 262 ss.

Il giudizio appare sostanzialmente condivisibile. Aggiungeremmo soltanto l'osservazione che lo stesso giudizio può essere probabilmente espresso anche per la tutela assicurata attraverso il controllo di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti dei consumatori<sup>41</sup> (controllo che la dottrina appena citata ascrive al capitolo della “giustizia sostanziale”), se è vero che (in linea di principio) questo controllo *non* è ammesso relativamente alle clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto e la “perequazione” tra il prezzo (o la remunerazione) e la controprestazione (*salvo che nel caso in cui le clausole medesime non risultino formulate in modo chiaro e comprensibile*), e se è vero altresì che la “vessatorietà” viene meno (*recte*: non può essere sindacata) in presenza di una *trattativa individuale* (il che conferma che – quando vi sia stata la possibilità di una normale esplicazione dell'autonomia privata – il legislatore ritiene di dovere continuare ad astenersi da un sindacato sul contenuto del regolamento negoziale).

##### 5. Conclusioni dell'indagine “preliminare”

La prospettiva in cui ci si è collocati nella pagine che precedono è una prospettiva *descrittiva*, non *prescrittiva*. Non ci si è chiesti – in altre parole – se sia o meno preferibile/opportuno/necessario che il legislatore regoli il contratto al fine di garantirne la giustizia “sostanziale” (direttamente e/o attraverso un sindacato giudiziale sul regolamento negoziale) o se piuttosto il suo intervento in questa materia sia legittimo solo in quanto si ponga l'obiettivo di garantire (da un lato attraverso l'operare delle regole della concorrenza, dall'altro attraverso una disciplina che garantisca l'autenticità del processo di autodeterminazione) le condizioni per una piena esplicazione dell'autonomia privata. Ci si è interrogati, invece, su come – nella realtà effettiva di un concreto ordinamento storico (nella specie: l'ordinamento italiano) – il legislatore risulti aver affrontato il problema della “giustizia” del contratto, problema che ovviamente egli non può non porsi.

È chiaro peraltro che la distinzione tra giustizia c.d. “sostanziale” e giustizia “procedurale”<sup>42</sup> può profilarsi con nettezza (sebbene – anche qui – su

<sup>41</sup> A conferma – per altro verso – che la stessa distinzione tra “giustizia formale” e “giustizia sostanziale” (o – secondo la dicotomia che abbiamo utilizzato all'inizio di queste pagine – tra “giustizia procedurale” e “giustizia contenutistica”) è una distinzione *relativa*.

<sup>42</sup> Sulla relatività di questa distinzione (sulla quale cfr. anche ROPPO, *Strumenti procedurali*

un piano meramente concettuale e astratto) solo nella prospettiva "prescrittiva", poiché in quella "descrittiva" questa distinzione (come qualsiasi altra analoga) è destinata ad essere superata dalla *libertà* del legislatore, il quale evidentemente può legittimamente utilizzare (e, di fatto, utilizza), di volta in volta, strumenti di giustizia (meramente) "procedurale" oppure strumenti di giustizia "sostanziale" (e, financo, di giustizia "distributiva")<sup>43</sup>.

È una "libertà" – questa, cui si è appena fatto riferimento – che ovviamente sussiste solo nei limiti in cui non sia (o non si ritenga) presente un "principio" superiore (ossia, di ordine costituzionale) che imponga (anche al legislatore) un criterio di giustizia "sostanziale", come – per fare un esempio – accade nel caso dell'art. 36 Cost., e del precetto (in esso contenuto) secondo cui la retribuzione del lavoratore deve essere tale da garantire a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

Resta aperta la domanda se – al di là di quello appena indicato (che è un principio specifico), o di altri analoghi (e anch'essi specifici) – possano individuarsi ulteriori e (più) *generali* principi costituzionali (ad es., art. 2: solidarietà sociale ed economica; art. 3, co. 2: eguaglianza sostanziale; art. 41: utilità sociale e tutela della sicurezza della libertà e della dignità umana come limiti all'iniziativa economica privata; art. 42, co. 2: funzione sociale della proprietà; ecc.)<sup>44</sup> che *impongano* al legislatore di regolare il contratto (o determinate tipologie di contratti) in base ad un criterio di giustizia "sostanziale" (salvo ad individuare quale possa essere questo criterio).

*e contenuti sostanziali di un diritto contrattuale giusto*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nella costruzione della nuova Europa*, Giuffrè, 2007, p. 597 ss.; nonché, più di recente, PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Giappichelli, 2015, p. 504 ss.) v. quanto abbiamo già osservato *retro*, nella nota 2.

<sup>43</sup> In questo senso, si può condividere l'affermazione di chi – premesso che per rispondere alla domanda su chi e cosa fondi la "giustizia" (posto che questa sia a fondamento anche del contratto) "è necessario allargare l'orizzonte al mondo delle istituzioni, considerando l'autonomia contrattuale come parte di una complessa architettura sociale" – ha concluso nel senso che possa dirsi "... forse che non esiste una giustizia del contratto, ma molte" (così CALDERAI, *op. cit.*, p. 475, ed ivi la citazione di BERLIN, *The hedgehog and the fox*, London, 1978, trad. it. *Il riccio e la volpe e altri saggi*, Adelphi Edizione, 1986, p. 71 ss., spec. p. 72, secondo cui il diritto dei contratti persegue "molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, *de facto* [...] non unificati da un principio morale o estetico").

<sup>44</sup> In particolare, sul "principio di proporzionalità nei contratti" (e sul suo fondamento costituzionale) cfr. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in RDC, 2001, p. 334 ss., nonché ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed., ESI, 2006, p. 376 ss., spec. p. 380 ss.

E resta, altresì, aperto l'ulteriore quesito se – ammesso che si risponda affermativamente alla domanda precedente – il giudice, oltre a poter sollevare la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative che non appaiano conformi a detti principi (sempreché non sia stato possibile adeguare – *in via interpretativa* – le medesime disposizioni ai principi in questione), abbia anche il potere di *correggere* il contratto facendo *diretta applicazione* dei principi medesimi (superando la “insoddisfacente” e/o “inadeguata” disciplina normativa)<sup>45</sup>.

Ma queste sono domande alle quali non può fornirsi neanche un inizio di risposta in questa sede<sup>46</sup>, nella quale si intendevano svolgere (come indicato dal titolo del contributo) solo alcune considerazioni “preliminari” sul tema della “giustizia contrattuale”.

<sup>45</sup> Un'ulteriore possibilità è quella che si attribuisca (come molti sono propensi a fare) alla clausola generale di “buona fede” – autonomamente, ovvero considerandola come “veicolo” di un principio costituzionale (ad es.: il principio di solidarietà) – l'idoneità a legittimare in capo al giudice un generale potere “correttivo” esercitabile con riferimento al contenuto del contratto, per garantirne la “giustizia” (criticamente su questo orientamento v., di recente, le considerazioni di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico”*, cit., spec. p. 1267 ss., e p. 1274, dove si parla esplicitamente di un “ naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto”).

Se si accoglie questa prospettiva non soltanto entra in crisi la tradizionale distinzione tra “diritti speciali” (ad es. il diritto contrattuale dei consumatori) e “diritto (contrattuale) generale”, ma – a ben vedere – finisce per smarrirsi il senso stesso della “specialità” di una disciplina, atteso che ad analoghi risultati si può pervenire (anche indipendentemente da un intervento legislativo specifico) sulla base dell'applicazione delle clausole generali (e in particolare, appunto, della clausola di buona fede) che presiedono al diritto dei contratti.

<sup>46</sup> Sul problema indicato nel testo sia consentito, comunque, il richiamo a D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (con particolare riferimento ai rapporti contrattuali)*, in GC, 2016, p. 443 ss. (e poi anche in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, p. 49 ss.).

**Abstract**

Il saggio si propone di verificare se e in che limiti la "giustizia contrattuale" costituisca un "principio" del quale il giudice debba tener conto nella valutazione (e nella eventuale "correzione") del regolamento contrattuale, al di là delle regole specifiche attraverso le quali il legislatore persegue l'obiettivo di assicurare l'equivalenza e la proporzionalità tra le prestazioni dei contraenti.

In the present essay we investigate whether and to what extent "justice in contract" can be construed as a principle that judges ought to take into account when interpreting – and, if necessary, amending – the contractual arrangements, over and above the particular rules that legislator has deemed essential to ensure equivalence or proportionality between the parties' contractual obligations.

**Key words**

Giustizia contrattuale.

Justice in contract.



## Lorenzo Zoppoli

### Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro\*

**Sommario:** **1.** Contratto di lavoro, funzioni di giustizia e approssimazioni linguistiche. **2.** Attualità del contratto nel lavoro robotizzato e frammentato. **3.** Sensibilità civilistiche in tema di giustizia contrattuale. **4.** Contratto di lavoro, impresa e tendenze deregolative. **5.** Contratto e autonomia nel diritto del lavoro maturo. **6.** Ritorno al diritto civile come modalità per rilanciare le funzioni di giustizia del contratto di lavoro.

#### 1. *Contratto di lavoro, funzioni di giustizia e approssimazioni linguistiche*

Come sanno i giuristi da alcuni secoli, il contratto, principe degli istituti giuridici<sup>1</sup>, è un sofisticato prodotto dell'autonomia negoziale dei privati attentamente, e variamente, regolato dal legislatore in modo da consentire alla nominata autonomia di esprimersi sì, ma senza ledere principi di ordine pubblico o rompere altri argini (di mutevole altezza e consistenza), al contempo perseguendo finalità meritevoli di rilevanza e tutela da parte dell'ordinamento giuridico nel suo insieme. Un istituto assai complesso, sempre in bilico tra libertà dei contraenti e controllo di soggetti diversi dalle parti (su tutti: il

\* Lo scritto prende spunto da una relazione tenuta in un convegno su “La giustizia contrattuale”, organizzato dall'Università di Reggio Calabria il 3 giugno 2016, e da una lezione al Dottorato del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari di Venezia su “Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro”, tenuta il 26 gennaio 2017. È destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Santoro Passarelli*.

<sup>1</sup> Per la dottrina italiana basta ricordare il pensiero di F. Santoro Passarelli su cui, di recente, v. RESCIGNO, *Francesco Santoro Passarelli*, in TEDESCHI (a cura di), *Rileggere i Maestri*, Editoriale scientifica, 2011, p. 46; POLLICE, *La civilistica a Napoli tra la fine dell'Ottocento e il Novecento*, in *Atti dell'Accademia Portianiana*, Nuova serie - Vol. LXV, Giannini Editore, 2017, p. 88 ss.

giudice), forniti di poteri tali da restringere, mutilare, azzerare la libertà che è ossigeno per il contratto. Un istituto dalle antiche tradizioni, che ha ormai un'ampiezza e un'articolazione mirabili e miscela in molti modi autonomia e controllo<sup>2</sup>.

In Italia, nel corso della storia più recente (poco più di cent'anni), l'istituto del contratto ha "incrociato" anche il lavoro, soprattutto quello subordinato. Dall'incrocio è nato un "prodotto d'avanguardia", tutt'altro che assestato e rigido, ma caratterizzato da un delicatissimo equilibrio di regole grazie alle quali il contratto deve realizzare fondamentali esigenze di "giustizia", esigenze che si biforcano e divaricano perché, soprattutto da quando il lavoro gode di una particolare tutela costituzionale, devono rispondere a criteri non solo di giustizia commutativa, ma anche di giustizia distributiva: la prima, per così dire, tutta interna al contratto e la seconda, invece, più intrecciata con proiezioni e dinamiche che caratterizzano i contraenti per profili anche esterni al contratto<sup>3</sup>.

Questo punto di approdo dell'incrocio tra contratto e lavoro era abbastanza pacifico ancora fino a una decina d'anni fa, nonostante già dalla metà degli anni '80 nel mondo del diritto si fosse rotta la monoliticità del contratto di lavoro e, accanto al contratto a tempo indeterminato, regolato originariamente dal codice civile (art. 2094) e integrato successivamente da una cospicua legislazione speciale, siano stati introdotti nell'ordinamento un numero ben più ampio di fattispecie contrattuali aventi ad oggetto il lavoro umano sotto molteplici varianti (c.d. lavoro non standard). La moltiplicazione dei moduli contrattuali non sembrava però intaccare più di tanto il centro del sistema, cioè il contratto di lavoro subordinato *tout court* che, per quantità e qualità, continuava a svolgere, pur con esiti pratici mutevoli e meno soddisfacenti per la collettività, la sua complessa funzione di presidiare giustizia commutativa e giustizia distributiva. Poi – e in modo precipitoso negli ultimi 5/6 anni – molto sembra essere cambiato. Al punto che oggi, quando si usa

<sup>2</sup> V., per tutti, GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 922, che parla di "pancontrattualismo". Da un'angolazione particolare ma molto interessante v., anche, DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *GC*, 2014, spec. p. 1110-1118.

<sup>3</sup> Per approfondimenti su questa distinzione e i necessari riferimenti bibliografici v. i miei *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *DRI*, 2015, p. 76 ss. e *Il contratto a tutele crescenti e le altre forme contrattuali*, in *questa riv.*, 2015, p. 11 ss.

il termine contratto riferendolo al lavoro delle persone, quasi non sappiamo a cosa esattamente si alluda<sup>4</sup>. Almeno se il termine contratto lo si pronuncia nella lingua dei giuristi<sup>5</sup>, una lingua che, pur essendo polisensa come ogni lingua, dovrebbe però tendere a mettere in contatto istituzioni, persone, interessi, culture, evitando di alimentare equivoci ed oscurità e, anzi, favorendo affidamento e certezza<sup>6</sup>.

In questo scenario un brano tratto da un racconto di un grande scrittore americano mi è parso il miglior viatico per mettere a fuoco ciò che oggi manca al giurista del lavoro che riflette su questa tematica: “Una lingua che finalmente dica quello che dobbiamo dire. Perché le nostre parole non corrispondono più al mondo. Quando le cose erano intere, credevamo che le nostre parole le sapessero esprimere. Poi a mano a mano quelle cose si sono spezzate, sono andate in schegge franando nel caos. Ma le nostre parole sono rimaste le medesime. Non si sono adattate alla nuova realtà. Pertanto, ogni volta che tentiamo di parlare di ciò che vediamo, parliamo falsamente, distorcendo l’oggetto che vorremmo rappresentare. Tutto si fa disordine. Ma le parole...hanno la capacità di cambiare. Il problema è come dimostrarlo... Consideri una parola che corrisponde a una cosa: “ombrello”, per esempio. Quando pronuncio la parola “ombrello”, lei nella sua mente vede l’oggetto. Vede una sorta di bastone con alla sommità dei raggi pieghevoli di metallo facenti da telaio a un tessuto impermeabile che, una volta aperto, proteggerà la sua persona dalla pioggia. Quest’ultimo dettaglio è importante: un ombrello non è solo una cosa, ma è una cosa che svolge una funzione...in altri termini esprime la volontà dell’uomo. Se ci riflette un poco, ogni oggetto è analogo all’ombrello in quanto svolge una funzione. Una matita serve per scrivere, una scarpa per essere calzata, un’auto per essere guidata. Ora la mia domanda è questa. Cosa succede quando una cosa non svolge più la propria funzione? È sempre quella cosa, oppure diventa qualcos’altro? Se lei lacera

<sup>4</sup> Tra i lavoristi è tornato di moda il tema del mutamento di “paradigma”: per tutti v. SPECIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *DLM, Quad.* n. 2. 2016, p. 33-106.

<sup>5</sup> È ovvio che se si usano altri linguaggi – ad esempio quello di alcune correnti della teoria economica – i significati sono ben diversi: v. il mio *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011.

<sup>6</sup> Sebbene il diritto del lavoro sia abituato anche all’uso mistificatorio del linguaggio tecnico: v. il noto e sempre efficacissimo D’ANTONA, *La neo-lingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, p. 237 ss.. Da ultimo in tema v. ALPA, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, 2017.

la tela dell'ombrello, quest'ultimo è ancora un ombrello? Spiega i raggi, se li pone sopra la testa, esce sotto la pioggia e si bagna. E' possibile persistere a chiamare questo oggetto ombrello? Per me questo è un grave errore, fonte di tutti i nostri disagi. Giacché non può più svolgere la propria funzione, l'ombrello ha smesso di essere un ombrello. Può assomigliargli, può pure essere un ex ombrello, ma ora si è trasformato in un'altra cosa. Tuttavia la parola è rimasta la stessa: perciò non rappresenta più la cosa. E' imprecisa; è falsa; cela l'oggetto che dovrebbe svelare. E se noi non possiamo neppure nominare un oggetto comune, quotidiano che teniamo tra le mani, come potremo sperare di discorrere delle cose che veramente ci riguardano?"<sup>7</sup>.

Il giurista del lavoro che constata la confusione e quasi il senso di vertigine che oggi il riferimento al contratto procura, non può, con Auster, non chiedersi perché la "nostra" parola – contratto – "non corrisponde più al mondo".

## 2. *Attualità del contratto nel lavoro robotizzato e frammentato*

La domanda può apparire troppo ampia, specie se si volesse affrontarla in tutti i suoi innumerevoli risvolti. Sarebbe per questo necessario avere a disposizione tanto più tempo e spazio di quello di cui ora dispongo. Però si può abbozzare una traccia di una possibile analisi che ci conduca almeno un po' oltre quanto generalmente sappiamo o ci diciamo sull'abbinamento contratto/lavoro.

Un primo passaggio ineludibile mi pare quello di fare i conti con i mutamenti del c.d. mondo reale, essendo ormai quotidiano e generalizzato l'avvertimento sul definitivo tramonto del lavoro su cui si è modellato finora il diritto del lavoro italiano ed europeo. Si dice: "È il mondo reale che è cambiato. Il lavoro si presenta robotizzato e frammentato. Non si può racchiudere né in uno né in 50 contratti. Ci vuole altro!". Il discorso è importante e "tosto" (direbbero quelli della "generazione z"); e non è appannaggio di studiosi dell'ultim'ora in cerca di visibilità o di ultràs neoliberalisti. Mi ha colpito, da ultimo, l'affermazione di uno studioso di diritto romano, tanto autorevole quanto equilibrato nel pensiero e nelle sue manifestazioni, che, prendendo

<sup>7</sup> AUSTER, *Città di vetro*, in *Trilogia di New York*, Einaudi, 2014 (ma il racconto risale al 1985), p. 82-83.

atto dei potenziali effetti devastanti della robotizzazione sulla riduzione dell'occupazione, afferma: “se davvero si concretizzasse questa prospettiva, problemi enormi si porrebbero ai giuristi e un intero e così importante settore dell'esperienza giuridica, quello del diritto del lavoro, andrebbe completamente rivisitato e riscritto”<sup>8</sup>.

In questo scenario si potrebbe drasticamente revocare in dubbio il riferimento all'istituto del contratto per regolare il lavoro, tanto più che al riguardo i lavoristi nel proprio seno hanno sempre coltivato più di un dubbio<sup>9</sup>. E, d'altronde, cosa potrebbe mai essere l'abbandono dello schema contrattuale dinanzi a trasformazioni così radicali e profonde come l'avvento della robosfera, la frammentazione dei lavori nella *gigonomics* o *share economy on demand* (saranno poi sinonimi?), la digitalizzazione e smaterializzazione del substrato organizzativo dell'impresa, la drastica riduzione anche dei lavori di qualità con la sopravvivenza solo dei c.d. *bullshit jobs*<sup>10</sup>, l'informalità e la fluidità dei legami professionali, il *crowdworking*<sup>11</sup>? Non possiamo certo mettere in cima alle nostre preoccupazioni la conservazione di schemi giuridici dalla storia ambigua, sempre soggetti a mistificazioni ideologiche o funzionali. Occorre guardare al sodo e ripensare la sostanza delle tutele non il loro involucre formale.

Può essere. Io però sarei prudente<sup>12</sup>. Sia perché le profezie – più o meno suffragate da ricerche “scientifiche” – sono sempre state abbondanti e fallaci<sup>13</sup>, mentre la realtà appare ancora molto variegata. Sia perché prima di

<sup>8</sup> DE GIOVANNI, *Il diritto romano nella crisi del diritto*, in BIROCCHI, BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari*, Giappichelli, 2016, p. 249

<sup>9</sup> V., da ultimi, SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in RIDL, 2014, I, p. 179 ss., spec. p. 195; LOFFREDO, *Dal diritto del lavoro delle origini a quello moderno e ritorno, ovvero del ruolo del contratto*, in CERASI (a cura di), *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, SISlaw, 2016, p. 107 ss.

<sup>10</sup> Per David Greaber – antropologo americano controcorrente invitato nel 2006 a tenere la *Malinowsky Lecture* alla LSE di Londra – sono: *telemarketing*, pr, dipendenti da *fast food*, addetti al lavaggio cani.

<sup>11</sup> Definito come “l'esternalizzazione verso la moltitudine della rete”: v. da ultima, anche per ulteriori articolazioni e indicazioni bibliografiche, TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, in RGL, 2016, I, p. 757 ss.

<sup>12</sup> Le ragioni della prudenza dinanzi a questi ricorrenti fenomeni già in un mio risalente scritto: *Lavoro e non-lavoro nella stagione dello sviluppo senza occupazione*, in CAPPELLETTI, GAETA (a cura di), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, ESI, 1998, p. 251 ss.

<sup>13</sup> Fu un “mostro” come John Maynard Keynes nel 1930 che, guardando allo sviluppo tec-

buttar via strumenti giuridici faticosamente modellati sulle esigenze del lavoro moderno per fare salti nel buio occorre pensare e discutere molto approfonditamente. Io sono d'accordo con chi sostiene che modernità non significa abbandonare gli strumenti del passato, ma revisionarli, migliorarli, magari integrandoli con strumenti nuovi<sup>14</sup>. E mi risuona nella testa un av-

nologico, predisse nel nuovo millennio un orario di lavoro settimanale di 15 ore alla settimana; in Italia oggi si lavora mediamente oltre 30 ore a settimana (v. QUERZÈ, *Chi lavora troppo*, in *il Corriere della Sera* del 1 aprile 2017): siamo in ritardo clamoroso di qualche decennio, ammesso che si inverta in molti paesi, tra cui l'Italia, una tendenza all'aumento di fatto dell'orario individuale di lavoro. A metà dello scorso millennio venne elaborato un ottimistico rapporto su economia e lavoro (e vari altri aspetti) nei successivi vent'anni, *The Fabulous future: the America in 1980*, New York, 1956: quasi nessuna delle previsioni ivi contenute si è realizzata in misura apprezzabile. Oggi a questo rapporto si richiamano MORSON, SCHAPIRO (a cura di), *The Fabulous Future?: America and the World in 2040*, Northwestern University Press, 2015, dove un *pool* di super accademici americani preconizzano come sicura solo una crescita delle disuguaglianze di reddito, all'interno della quale resteranno costanti i redditi da lavoro più bassi (il 71% dei lavoratori con guadagni tra 1 e 10 dollari al giorno). Anche sul fronte occupazionale – sebbene cresca l'allarme per le tecnologie che divorano lavoro umano (da ultimi v. FORD, *Il futuro senza lavoro*, il Saggiatore, 2017; ATTALI, *Finalmente dopodomani. Breve storia dei prossimi vent'anni*, Ponte delle Grazie, 2017, p. 112; DE MASI, *Lavoro 2025. Il futuro dell'occupazione (e della disoccupazione)*, Marsilio, 2017) – c'è chi, certo nel proprio interesse, segnala che l'automazione ha creato oltre 10 milioni di posti di lavoro in tutti i settori, bilanciando le perdite; e comunque i lavori caratterizzati da *empatia* (interazione sociale, *team building*, e tutto quanto richieda negoziazione, convinzione, confronto) non potranno mai essere sostituiti dai robot (così l'*International Federation of Robotics*: v. CONDLIFFE, *L'automazione sta realmente distorcendo il mercato del lavoro come crediamo?*, in *MIT Technology Review Italia*, 19.5.2017; v. anche DONATI, *Quale lavoro? L'emergere di un'economia relazionale*, Marietti, 2017). E il *Kinsey Global Institute* chiosa sostenendo che il QI sarà sostituito dal QE (quoziente di empatia). Ma altri, tornando a far rabbrivire non solo i giuristi, prevedono che si ricorrerà alla chirurgia bionica per rendere gli esseri umani competitivi con i robot (notizia recente: 150 dipendenti sui 2000 dell'impresa svedese Epicenter hanno accettato di farsi installare nella mano il chip Rfid, con cui non solo possono timbrare il cartellino, ma anche azionare stampanti e computer: TARQUINI, *Il dipendente-cyborg*, in *la Repubblica* del 7 aprile 2017) e che gli algoritmi dell'intelligenza artificiale saranno parte di noi, trasformando profondamente la razza umana entro il 2050 (HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, 2017). Prospetta scenari meno fantasiosi, da ultimo, BRANCACCIO, *Tassare i robot è un pannicello*, in *l'Espresso* del 19 marzo 2017. Alla tematica, specie per i risvolti giuslavoristi, è dedicato il n. 2/2017 di RGL, curato da LOI e SPECIALE, con contributi di SALENTO, FAIOLI, AURIEMMA, LOI P., PRASSL-RISAK, DE STEFANO, PERULLI.

<sup>14</sup> V. TULLINI, *op.ult.cit.*, p. 748 ss. che fa riferimento ai modelli francesi o tedeschi o al prendere quota della tutela della persona in quanto tale. Da non trascurare anche una felice intuizione di BARBERA M. (*Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *DLRI*, 2010, p. 235) che quasi dieci anni fa ipotizzava che, con la crescente informatizzazione, si potrebbe assistere ad un movimento di ritorno dal nesso organizzativo “materiale” a quello “contrattuale”. Di recente la riforma volta a tutelare il c.d. *smart working* o lavoro agile (definito all'art. 18 c. 1 della l. 22 maggio 2017 n. 81, “modalità di esecuzione del

vertimento di un altro grande Maestro, formulato in tempi non sospetti: “evitare lo scadimento del discorso giuridico in una futurologia da strapazzo o peggio”<sup>15</sup>.

Occorre allora verificare assai in profondità se il contratto può restare un istituto fondante del diritto del lavoro, ma chiedendosi molto seriamente con quale funzione eventualmente lo conserviamo. Perché è vero che in altri settori si sviluppano i c.d. contratti asimmetrici<sup>16</sup>, ma è altrettanto vero che la moltiplicazione dei moduli contrattuali non può dar luogo a facili trapianti da un settore all’altro (nemmeno terminologici), salvo correre il rischio di aprire lo spazio ai c.d. “contratti alieni”, cioè a modelli contrattuali nati in contesti completamente diversi da quelli in cui si tende a trapiantarli<sup>17</sup>. Al riguardo mi interrogherei molto profondamente sulla possibilità di importare nel diritto del lavoro nuove o vecchie asimmetrie nella regolazione dei punti cruciali degli equilibri contrattuali: proprio quelle asimmetrie che alterano in profondità le funzioni di giustizia, tanto commutativa quanto distributiva. Un contratto che legittimasse asimmetrie di fatto, sarebbe ancora il contratto su cui abbiamo fondato il moderno diritto del lavoro? Sarebbe ancora l’ombrello di cui scrive Paul Auster? O sarebbe un ex-ombrello (contratto)?

E comunque, pur se si escludesse che il contratto sia lo strumento adatto, questo non varrebbe certo nell’imprevedibile futuro ad espungere dalla regolazione del lavoro l’esigenza di garantire giustizia commutativa e giustizia distributiva per tutti i soggetti coinvolti in qualche modo in una relazione professionale. Occorrerebbe pensare a strumenti diversi. Qualche esperienza, rudimentale e rapidamente consumata all’insegna di una scarsa capacità progettuale, l’abbiamo pure fatta. In fondo i voucher – di recente malamente soppressi (v. d.l. 17 marzo 2017 n. 25 convertito in l. 29 aprile 2017, n. 49) e

rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti”) è incentrata su un accordo individuale da stipulare per iscritto, soggetto per molti aspetti (compreso il recesso) ad una sorta di legislazione speciale, fatto salvo il “diritto al trattamento economico e normativo non inferiore a quanto complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all’art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all’interno dell’azienda” (art. 20 c. 1). Per un primo commento v. SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 327/2017, p. 7 ss.

<sup>15</sup> ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, in *RTDPC*, 1974.

<sup>16</sup> TULLINI, *op.ult.cit.*

<sup>17</sup> V. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Giappichelli, 2010.

poi altrettanto malamente resuscitati (v. art. 54 bis del d.l. 24 aprile 2017 n. 50, introdotto con la legge di conversione 21 giugno 2017 n. 96) – sono stati un tentativo di riconoscere diritti (pochi) e doveri prescindendo, almeno secondo alcuni, da un contratto (ripeto: in maniera maldestra)<sup>18</sup>. Non mi pare si possa essere troppo soddisfatti di nessuno degli aspetti (nascita, vita, morte e resurrezione) di questa esperienza. E pure inquietante proposte di matrice sociologica, molto moderne e provocatorie, volte essenzialmente a redistribuire il tempo di lavoro (con una riduzione dell’orario di lavoro), ma che prefigurano stravolgimenti e contraddizioni teorico-pratiche davvero notevoli<sup>19</sup>.

### 3. *Sensibilità civilistiche in tema di giustizia contrattuale*

In fondo dal “mondo reale” – per quanto avviato a imprevedibili sviluppi – non ci sono veri ostacoli alla conservazione dell’istituto del contratto di lavoro edificato nella seconda metà del secolo scorso. Si potrà dire che si restringerà man mano l’area degli utilizzatori; che occorrerà pensare ad altri strumenti di tutela per quei lavori così fluidi e volatili da rivelarsi del tutto refrattari ad un minimo di relazione negoziale; che la ripartizione-distribuzione del lavoro in quanto tale – e dei redditi conseguenti – non potrà essere incentrata sul contratto di lavoro individuale ma dovrà essere affiancata da altri strumenti per chi non riesca (o non voglia) entrare nella cittadella degli occupati (*in primis* il c.d. reddito di cittadinanza) da raccordare agli standard retributivi garantiti dai contratti di lavoro. Ma non si tratta di problemi nuovi. Si può persino sostenere che il diritto del lavoro ne ha sempre dovuto tenere

<sup>18</sup> Sulla configurazione giuridica del lavoro accessorio v., da ultimo, PONZIO, *Prestazioni di lavoro accessorio*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, spec. p. 255 ss., ed ivi gli essenziali riferimenti dottrinali.

<sup>19</sup> V. il paradosso contenuto nell’ultimo libro-pamphlet di DE MASI (*Lavorare gratis lavorare tutti*, Mondadori, 2017) che, riprendendo la sua ultraventennale critica ad un capitalismo fondato sempre più su un *jobless growth* coniugato ad una sempre più mistificatoria etica del lavoro, propone un movimento di massa dei disoccupati di tutto il mondo che mettano in crisi le regole del mercato capitalistico offrendo gratuitamente il proprio lavoro tramite apposita *app*-piattaforma digitale (“perché meglio lavorare gratis che non lavorare affatto”: p. 257). Per inciso De Masi riduce il diritto del lavoro a quel che è diventato dopo “il trattamento Renzi” (“un diritto a tutela degli interessi del capitale”: p. 220), mettendo tra parentesi i precedenti cinquant’anni di un’evoluzione sofferta ma caratterizzati dalla ricerca di equilibri molto più complessi.

conto. Forse cambieranno dimensioni e proporzioni tra occupati e disoccupati; tra lavoratori dai guadagni lauti, o almeno decenti, e *working poors*; tra regole universali e regole settoriali/territoriali/aziendali: ma nulla di tutto ciò costituisce argomento sufficiente ad accantonare un istituto giuridico in fondo tanto sperimentato quanto duttile come il contratto di lavoro generato dagli sviluppi del diritto del Novecento.

Questo però non basta a convincere su prospettive e solidità di questo strumento. Occorre al riguardo fare i conti con la dogmatica giuridica, specie quella che considera il contratto un istituto troppo permeato dai valori di libertà e di mercato per potersi fare veicolo di esigenze di giustizia commutativa o, addirittura, distributiva. A fronte di questa caratteristica congenita il progetto regolativo del diritto del lavoro novecentesco sarebbe troppo ambizioso. Il contratto non può sostenere un carico che nel diritto civile non sostiene.

Questo versante del discorso è particolarmente complesso e tecnicamente assai denso. Svilupparlo fino in fondo significa analizzare in profondità molti istituti del diritto civile, colti però non solo nella loro originaria matrice, ma anche negli sviluppi più recenti. Senza dimenticare che pure il diritto civile ha dovuto fare i conti con profonde trasformazioni ordinamentali, passando da una tardiva “costituzionalizzazione”, improntata anche a valori sociali, ad una nuova ondata di principi liberistici di provenienza unieuropea. Al punto che qualche lavorista sostiene che “nel diritto europeo dei contratti anche la tutela del consumatore come contraente debole risponde più a fini di efficienza del mercato che a scopi di giustizia contrattuale”<sup>20</sup>.

Tuttavia non mi pare che la scena teorico-pratica del diritto comune dei contratti registri una generale chiusura rispetto alle funzioni di giustizia/equità che non sono mai state del tutto estranee alla materia<sup>21</sup>. E certo non si giustificerebbe oggi un approccio rinunciatario al riguardo proprio da parte della dottrina giuslavorista, tenuta a non marginalizzare il piano dei principi e delle norme costituzionali<sup>22</sup>. Restando comunque, e innanzitutto, a livello di una pur superficiale panoramica dell’elaborazione dot-

<sup>20</sup> LO FARO, *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, in *DLRI*, 2008, p. 225 ss.

<sup>21</sup> V. la interessante ricostruzione storico-dogmatica di NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del “nuovo” diritto civile*, in *EDP*, 2013, p. 959 ss.

<sup>22</sup> In questo concordo più con SPEZIALE, *op. cit.*, p. 98 ss., che con DEL PUNTA, *Il nuovo giuslavorista*, in *DLM*, 2016, n. 3

trinale e giurisprudenziale che si muove nell'ambito del diritto civile, la mia impressione è che si tenda piuttosto ad enfatizzare categorie concettuali e tecniche regolative dirette a restringere l'autonomia negoziale evocando non solo la tutela del contraente debole, ma anche la rilevanza della causa in concreto<sup>23</sup>, l'ingiustizia contrattuale, l'abuso del diritto<sup>24</sup>, l'abuso di dipendenza economica, il limite dei diritti fondamentali, la ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi. Tutti elementi, istituti o "clausole generali" da cui esce potenziato lo spazio di intervento giudiziale nel controllo e nell'eventuale ingerenza riguardanti la "giustizia contrattuale" realizzata dalle parti. Al punto che i maggiori studiosi del contratto invitano a "ripensare come il diritto dei contratti possa spostare il suo asse dall'idea di libertà a quella di giustizia (contrattuale)"<sup>25</sup>. Temendo, peraltro, un "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale" volto a ristabilire un "equilibrio contrattuale alterato dalla posizione di potere di cui un contraente forte si avvale a danno di quello debole"<sup>26</sup>.

Anche nei dibattiti più accesi tra i civilisti – come ad esempio quello suscitato dal c.d. caso Renault (ovvero dalla sentenza della Cass. 20106/2009) – non si mette in dubbio la necessità di limitare l'arbitrio del contraente forte nell'esercizio del potere di recesso, ma si discute di quali siano le regole e le tecniche più adeguate onde evitare una incontrollabile duplicazione di strumenti e valutazioni interpretative<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> V. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, 2008, spec. cap. IV intitolato "la causa come strumento di controllo della congruità dello scambio contrattuale".

<sup>24</sup> Forse con qualche eccesso: v. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: noterelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *RDC*, 2016.

<sup>25</sup> ROPPO, intervento al convegno *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole*, Roma 20 ottobre 2010, Aula Magna della Corte di Cassazione (consultabile in rete). Ma v. già GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 509 ss. V. anche FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in GITTI, VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 265 ss. e spec. 281, ove si afferma "bisogna costringere il contratto a conoscere il proprio sé oscuro: il potere".

<sup>26</sup> POLLICE, *Il contratto*, Giappichelli, 2015, p. 295, che cita GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tr. Cicu-Messineo*, 2002, III, p. 499 ss. Da ultimo scrive di "laburizzazione" del diritto dei rapporti interprivati GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle giornate di studio dell'Aidlass di Cassino, 18-19 maggio 2017, su "Frammentazione organizzativa e lavoro: i rapporti individuali e collettivi", p. 77 del paper.

<sup>27</sup> In particolare sull'abuso del diritto di recesso si vedano D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.; GALGANO, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311 ss.; D'AMICO, *Ancora su recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss.

Ma, tornando all' Europa, nemmeno oltre i confini nazionali il diritto dei contratti pare interamente dominato dalle logiche della libertà di mercato<sup>28</sup>. Basti ricordare gli sforzi che da più parti si fanno quanto meno per enucleare una omogenea categoria di contratti in cui occorre dare rilevanza anche ad esigenze e bisogni che poco hanno in comune con le dinamiche della concorrenza<sup>29</sup>.

#### 4. *Contratto di lavoro, impresa e tendenze deregolative*

C'è poi chi, tra i giuslavoristi, dubita che il contratto sia strumento utile per ogni stagione legislativa. Si dice: il contratto al più è servito quando si trattava di regolare i rapporti di lavoro, oggi si tratta di de-regolarli e, ammesso che prima abbia avuto una resa soddisfacente, si può quanto meno dubitare che possa ben assolvere anche a questa finalità<sup>30</sup>. Più di recente si aggiunge: ove così fosse si dovrebbe poi tenere in massimo conto l'interesse dell'impresa modernamente intesa, dove l'imprenditore è solo il *residual claimant*<sup>31</sup>.

Si tratta di due profili diversi e corposi da affrontare *ab imis*. Il primo ci riporta alle funzioni del contratto: e mi pare abbastanza certo che, se il contratto di lavoro deve continuare ad assolvere la doppia funzione commutativo/distributiva all'insegna di un equilibrio sostanziale tra le parti, è difficile che possa fungere da veicolo di de-regolazione. Anzi c'è da aggiungere – tenendo conto di un altro profilo ancora, divenuto di recente sempre più rilevante – che scegliere di nuovo il contratto novecentesco come veicolo di

<sup>28</sup> COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in RCDP, 2003, p. 667, afferma “il diritto dei contratti non può evitare l'imposizione di *standard* di giustizia, con uno sguardo rivolto al raggiungimento degli effetti distributivi”.

<sup>29</sup> V. NOGLER, REIFNER (a cura di), *Life time contracts. Social long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven, 2014.

<sup>30</sup> V. CARUSO, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT- 84/2010, specie pp. 5-10.

<sup>31</sup> “L'impresa è una rete di contratti, vantaggiosa per ciascuno e per tutti, con cui il compito di monitorare è affidato al *residual claimant*, il quale userà a questo fine i diritti, nominati, derivanti dai contratti stipulati con gli altri partecipanti e quelli, innominati e residuali, derivanti dalla proprietà dei mezzi di produzione” DENOZZA, *Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo-liberale*, in RIDL, 2015, I, p. 46. Criticamente v. ID., *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una teoria così debole?*, in *Ars interpretandi*, 2013, 3, p. 43 ss.; PERULLI, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, in LD, 2015, spec. p. 266 ss.; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 95.

regolazione dei rapporti di lavoro comporta un obbligo di coerenza per tutti i rapporti di lavoro in cui vi siano dipendenze tecnico-organizzative che minano la parità formale tra le parti. Quindi il contratto di lavoro novecentesco non può essere confinato nell'area della "vecchia" subordinazione. Questo aspetto – riguardando sfaccettature importantissime, ma molto diverse dalla "giustizia contrattuale" in senso proprio (anche se certo non estranee al profilo funzionale del contratto, intendendo qui per funzione la causa astratta del tipo negoziale) – non lo affronterei però in questa sede<sup>32</sup>.

Invece tocca il cuore del problema la questione del ruolo e del peso che deve avere l'impresa in un assetto regolativo moderno del contratto di lavoro. Il tema è antico e già molto dibattuto sin dai primordi del diritto del lavoro. Ne siamo usciti con un contratto di lavoro riconducibile alla categoria dei contratti di scambio – sebbene permeato da principi costituzionali di tutela del lavoro – e un'impresa improntata alla dialettica degli interessi tra capitale e lavoro, ma le cui esigenze, soggettivizzate, sono ben presenti nella funzione organizzativa riconosciuta al contratto attraverso la disciplina dei poteri datoriali<sup>33</sup>. Un equilibrio molto complesso e delicato – nonché dinamico – influenzato dai mutamenti di varie leggi speciali, dalla contrattazione collettiva, specie nazionale, dagli orientamenti giurisprudenziali. Ma un equilibrio in cui nessuno ha mai negato che l'interesse dell'impresa/imprenditore dovesse avere pieno riconoscimento anche nel diritto del contratto individuale, pur nel presupposto che fosse l'imprenditore a rivestire i panni del "contraente forte". Si può sempre rivedere tutto e lo si sta facendo, dato che i tempi sembrano imporlo. E, a mio parere, oggi il contratto di lavoro improntato allo scambio con funzione organizzativa è stato rivisitato nel senso di ridurre al minimo l'incidenza dei principi costituzionali di tutela del lavoratore, mentre l'assetto giuridico dell'impresa vede un'esaltazione dei poteri unilaterali dell'imprenditore che si trova dinanzi un sindacato sempre più debole.

Forse in Italia mai c'è stato un diritto del lavoro così univocamente configurato intorno all'impresa messa in condizione di agire liberamente in un

<sup>32</sup> Interessante in questa prospettiva è lo spunto che può venire dal pur tanto discusso art. 2 c. 1 del d.lgs. 81/2015: v. da ultimo, anche per esaustive indicazioni bibliografiche, SANTAGATA, *Indisponibilità del tipo ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo art. 2, comma 2, del d.lgs. 81/2015*, in *DRI*, 2017, p. 397 ss.

<sup>33</sup> V., da ultimo anche per ulteriori riferimenti, MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002; MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2012.

mercato (teoricamente) improntato alla concorrenza. Nel codice civile il ruolo dell'imprenditore in quanto capo dell'impresa (art. 2086) era bilanciato dall'impalcatura corporativa che, almeno ideologicamente, rendeva l'impresa un ingranaggio di un sistema economico nazionale guidato dal potere politico o soggetto all'applicazione di contratti collettivi fonti del diritto oggettivo. Oggi – con una politica dominata dalle logiche del *laissez faire* e una contrattazione fragile giuridicamente e indebolita nei fatti – siamo davvero oltre un assetto giuslavoristico compatibile con i valori e gli equilibri costituzionali<sup>34</sup>. Ma non tutti la pensano così<sup>35</sup>. Per converso è difficile immaginare che un moderno diritto del lavoro (ma non solo) possa rilanciare il mito settecentesco dell'imprenditore che, *legibus solutus*, realizza d'incanto l'interesse generale (neanche Adam Smith lo pensava).

Quindi se, per un verso, molto si potrebbe lavorare sul fronte di un modello giuridico d'impresa volto a superare una contrapposizione dialettica grazie ad un maggiore coinvolgimento collettivo dei lavoratori<sup>36</sup>, per altro verso abbandonare lo schema giuridico del contratto sarebbe molto rischioso proprio in una prospettiva di equilibrata regolazione. Poco utile quello schema è per deregolare ulteriormente, perché ormai il diritto civile offre talora tutele più incisive del diritto del lavoro. Avallare una de-regolazione al di fuori di ogni coerenza con il diritto comune dei contratti sarebbe sbagliato tanto sul piano dell'opportunità quanto sul piano dell'intima coerenza del sistema giuridico. In presenza di una Costituzione che continua a contenere un principio giuslavoristico – per quanto interpretato in modo sempre più *light* – quanto reggerebbe un diritto del lavoro permeato da una specialità *pro business*, di segno diametralmente opposto a quella *pro labour* degli anni

<sup>34</sup> V. efficacemente VOZA, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, p. 1037 ss.

<sup>35</sup> Da ultimo v. l'acceso dibattito sul licenziamento per gmo a scopo di profitto sollevato da Cass. 20256/2016; per tutti SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in corso di pubblicazione in volume collettaneo, Giappichelli, 2017; CARUSO, *Riflessioni retrospettive sul giustificato motivo oggettivo (a prescindere dal Jobs Act): la fattispecie*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT-323/2017; SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: la fattispecie*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT-317/2016; NATULLO, *Piove sul bagnato: la Cassazione interviene a delimitare il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *RGL*, 2017.

<sup>36</sup> V., da ultimi, ZOPPOLI L., SANTAGATA, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese e l'azionariato su base collettiva*, in CARRIERI, NEROZZI, TREU (a cura di), *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, il Mulino, 2015, p. 299 ss.

1966-2012? E poi abbandonare il parametro del contratto dentro il quale leggere sia l'equilibrio negoziale sia i vincoli ai poteri datoriali servirebbe a rendere più congruo il diritto del lavoro con gli interessi non solo generali ma anche delle parti? Si pensi alla retribuzione<sup>37</sup>; o alla disciplina dei poteri datoriali<sup>38</sup>: abbandonare per tali cruciali istituti lo schema contrattuale significherebbe privarsi di una cornice concettuale e valoriale dentro la quale i diversi punti di vista possono comunque essere contemperati e bilanciati secondo logiche e argomentazioni condivise e sperimentate da vastissime comunità tecnico-professionali.

L'alternativa è ricorrere ad una regolazione tanto ampia quanto minuziosa con una potenziale espansione dell'invasione legislativa e della discrezionalità prima politica e poi ermeneutica. Ma non è di maggiore legificazione che ha bisogno un diritto del lavoro moderno e più calibrato sulle esigenze produttive; casomai di ripristinare un buon rapporto tra legge e contrattazione collettiva<sup>39</sup>. Dove però la contrattazione collettiva – per es-

<sup>37</sup> Mi sia consentito rinviare, per i tantissimi aspetti da considerare, a *La retribuzione*, in ROMEI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2017 (in corso di pubblicazione). V. anche, da ultimi, DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2016; BELLOMO, *La retribuzione*, in SANTORO PASSARELLI G., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, p. 925 ss.; MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017. Interessante il Codice del terzo settore (ad oggi ancora schema di decreto attuativo della c.d. riforma del terzo settore, cioè la l. 106/2016, approvato dal Governo il 12 maggio, AC417), che prevede che “i lavoratori degli enti del Terzo settore hanno “diritto al trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di cui all’art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81. In ogni caso in ciascun ente del Terzo settore, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti “non può essere superiore al rapporto uno a sei, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda” (art. 16).

<sup>38</sup> V., per un caso emblematico, Cass. 19 gennaio 2016 n. 836, che, in applicazione dell’art. 1460 c.c., nega la possibilità di esercitare il potere disciplinare se il datore di lavoro è inadempiente agli obblighi di sicurezza. Lo *jus variandi* come oggi rimodellato dall’art. 3 del d.lgs. 81/15 è stato poi considerato un errore sotto il profilo della modifica del “pattuito negoziale” in quanto concede “al datore di lavoro un potere ampio e tendenzialmente eversivo dei principi di determinatezza dell’oggetto del contratto”: FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 39.

<sup>39</sup> Si tratta di un cavallo di battaglia di Mario Rusciano: v., da ultimo, RUSCIANO, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, n. 4. In questa prospettiva mi pare interessante la Carta dei diritti della Cgil: v il mio *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica (in corso di pubblicazione).

sere genuina e non asfissiante – andrebbe a sua volta raccordata meglio che in passato con la dimensione del contratto individuale.

Certo le potenzialità del contratto individuale di lavoro non sono neanche da sopravvalutare. Ad esempio non è lì che possono trovare spazio le esigenze di nuova regolazione che coinvolgono aspetti di Welfare oggi sempre più importanti<sup>40</sup>. Ma sarebbe sbagliato farne a meno proprio quando nuovi equilibri sistematici potrebbero concorrere con una sua rivisitazione volta a fondare relazioni di lavoro più consapevoli e durature, magari all'insegna di discipline di legge o di contratto collettivo con più spazi per adattamenti negoziati tra le parti dei contratti individuali.

##### 5. *Contratto e autonomia nel diritto del lavoro maturo*

Lungo questa strada si incontrano due obiezioni molto serie. La prima: il contratto presuppone l'autonomia, due dimensioni che nel diritto del lavoro non si incontrano mai. Di recente si sarebbe passati “da un contratto senza autonomia ad un'autonomia senza contratto”<sup>41</sup>. La direzione evolutiva così efficacemente scolpita è innegabile. Però la brillante formula assertiva rischia di offuscare i tormenti del diritto del lavoro in crisi d'identità. In effetti la materia non va da un estremo all'altro senza cercare nuovi baricentri. Uno di questi era appunto la regolazione di un contratto individuale caratterizzato da una maggiore “giustizia contrattuale” in coerenza, da un lato, con principi/norme costituzionali e, dall'altro, con un diritto civile evoluto e moderno. Il nodo su cui si è incagliata la ricerca del nuovo baricentro non è stato però, a mio parere, l'ontologica assenza dell'autonomia, come se il lavoratore subordinato o parasubordinato avesse nel suo dna una sorta di “impotenza negoziale”<sup>42</sup>. Piuttosto quell'autonomia non è mai decollata perché il nostro diritto del lavoro non ha mai circondato di tutele veramente efficaci

<sup>40</sup> V. CASILLO, *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione*, ESI, 2016; BOZZAO, *Anzianità lavori e diritti*, Editoriale scientifica, 2017; CARUSO, «The bright side of the moon» politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in *RIDL*, 2016, I, p. 192; TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 297/2016.

<sup>41</sup> VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *DLM*, 2012, p. 441.

<sup>42</sup> Mette bene in luce i profili inaccettabili di questa raffigurazione un risalente lavoro di SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993.

un interesse prioritario del lavoratore rispetto all'esercizio dell'autonomia negoziale individuale, che è quello alla conservazione del contratto di lavoro. Tale interesse si persegue solo rendendo radicalmente privo di effetti l'esercizio arbitrario del potere datoriale di recesso, cioè del licenziamento. E, com'è noto, a tanto non è mai arrivata nemmeno la punta di diamante della normativa giuslavoristica novecentesca, cioè l'art. 18 Stat. Lav.<sup>43</sup>. Se questo si è configurato come limite invalicabile, esso va però ricondotto alla tutela prioritaria delle prerogative imprenditoriali mai ritenute veramente confidabili all'interno di una relazione contrattuale paritaria. Il vero nodo è allora quello di una libertà (d'impresa) che non tollera limiti pattizi se i patti provengono da una dimensione realmente autonoma e non gerarchica. Ma questo assunto ci porta a dover rilevare un palese contrasto dell'impresa così concepita con fondamentali norme costituzionali (art. 41 Cost.)<sup>44</sup>. Perciò tentare di realizzare questo assetto (da Viscomi battezzato "autonomia senza contratto") porta il diritto del lavoro a scontrarsi frontalmente con la Costituzione repubblicana. Mentre la strada percorribile è quella di riprendere a bilanciare libertà di impresa e vincoli genuinamente pattizi, prima individuali e poi collettivi. Anche se nel bilanciamento è insita l'idea che mai il lavoratore potrà avere una piena parità contrattuale con l'imprenditore che pretende un margine di libertà gestionale incompressibile in un'economia di mercato.

Va pure considerato infine che in un'economia di mercato non si può pensare ad uno statuto speciale del lavoratore per assoggettarlo ai poteri imprenditoriali privandolo di una sua identità, non solo come persona, ma anche come forza di mercato<sup>45</sup>. Sotto questo profilo impresa e lavoratori devono essere posti in condizione di agire in mercati aperti ma permeabili alle esigenze di tutela dei contraenti *sub specie* di "giustizia contrattuale". Se la libera concorrenza è la regola di cornice, essa deve valere per tutti i soggetti economici, ponendoli egualmente in grado di reggerla, senza preconstituire condizioni di prevalenza monopolistica o oligopolistica. Privare il lavoratore

<sup>43</sup> Per un riepilogo di una sofferta evoluzione durata oltre mezzo secolo v. ZOPPOLI L., *I licenziamenti e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, p. 415 ss.

<sup>44</sup> Sul punto v. ancora SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, p. 15 ss.

<sup>45</sup> Questo versante di analisi poco è stato praticato per il lavoro subordinato in genere, di più per le categorie dirigenziali: v. ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro, organizzazione*, ESI, 2000.

della sua piena autonomia negoziale in virtù di una tutela privilegiata della gerarchia nell'impresa introdurrebbe un *vulnus* nel cuore della stessa cellula portante del sistema economico.

La seconda obiezione al rilancio del contratto nella regolazione dei rapporti di lavoro è meno radicale e più storico-concettuale: il diritto del lavoro ha utilizzato in modo sbagliato il contratto di lavoro, antepo- nendo il rafforzamento della contrattualizzazione collettiva alla valorizzazione del contratto individuale, che alla lunga ne è risultato fagocitato aprendo lo spazio ad una reazione politico-culturale incentrata su un contrattualismo di matrice economicistica<sup>46</sup>. Dinanzi a questa *revanche* liberista, che si appropria anche dell'istituto giuridico del contratto confondendolo con il mercato privo di regole eteronome, si può comprendere il rilancio di posizioni acontrattualiste o apertamente anticontrattualiste e a favore di un recupero di concetti come lo *status*<sup>47</sup>. Ma l'argomento utilizzato non mi pare irresistibile. Il fallimento degli equilibri ordinamentali non è addebitabile all'istituto del contratto di lavoro ma, come si diceva, ad una sua mancata piena valorizzazione. Si può, e anzi, si deve recuperare una integrale e corretta prospettiva contrattuale: nel senso di un contratto contestualizzato e coerente con i valori costituzionali, ripensando innanzitutto ad un contratto individuale "giusto", cioè portatore di giustizia commutativa e distributiva<sup>48</sup>.

#### 6. Ritorno al diritto civile come modalità per rilanciare le funzioni di giustizia del contratto di lavoro

Come però si diceva sin dall'inizio il contratto di lavoro subordinato – in fase indubbiamente espansiva quanto ai soggetti interessati<sup>49</sup> – viene rivisitato di recente dal legislatore (specie con le riforme del 2012 e del 2015) come una fattispecie sbilanciata, tendenzialmente risucchiata in un generico

<sup>46</sup> *Funditus* ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro italiano*, in *RIDL*, 2011, I (cui rinvio anche per ulteriori citazioni di carattere generale)

<sup>47</sup> V. LOFFREDO, *op. cit.*

<sup>48</sup> V. ZOPPOLI L., *op. ult. cit.* Sulla stessa lunghezza d'onda anche le conclusioni di VISCOMI, *Autonomia privata*, cit., p. 441 ss.

<sup>49</sup> V., da ultimo, VOZA, *Collaborazioni organizzate dal committente e autonomia collettiva*, in *DLM*, 2016, n. 3.

diritto dell'impresa, cioè in una regolazione dei contratti finalizzati a realizzare la migliore gestione dell'impresa che agisce su mercati concorrenziali.

In effetti poco ci sarebbe di nuovo rispetto ad un modello liberista classico (che in Italia peraltro non c'è mai stato). C'è però da considerare che questa scelta riformatrice, in fondo tradizionale, viene spesso giustificata con altre motivazioni, giuridiche e no: sul piano costituzionale, con il bilanciamento tra il diritto al lavoro di cui all'art. 4 e la tutela del lavoro di cui all'art. 35; sul piano fattuale con la necessità di garantire una migliore distribuzione delle occasioni di lavoro tra *insiders* e *outsiders*, tra giovani e adulti, ecc. A me pare che si tratti di due piani problematici del tutto diversi e non facilmente sovrapponibili, specie sotto il profilo giuridico. Da un lato infatti la nostra Costituzione e la configurazione evoluta del nostro diritto del lavoro ci hanno consegnato un sistema in cui diritto al lavoro e contratto “giusto” devono coesistere non “competere”. Dall'altro lato una figura imprenditoriale più tutelata nei suoi poteri gestionali e gerarchici potrà forse assicurare maggiore redditività all'impresa, ma affermare che questo nuovo assetto si ripercuota automaticamente sulla ripartizione delle occasioni di lavoro rendendola più equa è pura ideologia, smentita molte volte dai fatti. Ad essere generosi si può ammettere il beneficio di un'ennesima riprova<sup>50</sup>, purché si sia consapevoli che su un piatto della bilancia c'è la “giustizia contrattuale” da garantire comunque e sull'altro una migliore struttura dell'occupazione che si può realizzare con altri interventi di tipo istituzionale (politiche industriali; intervento pubblico sul mercato del lavoro, smantellato da vent'anni e finora mai ricostruito).

In questa stagione decisiva del diritto del lavoro italiano, la scelta legislativa di rendere protagonista un contratto di lavoro incentrato sulla tutela delle prerogative datoriali non può essere considerata come uno dei tanti possibili riequilibri sistematici. Il contratto di lavoro novecentesco – pur non ignorando le esigenze dell'impresa – era un altro istituto, profondamente ispirato dall'obiettivo di realizzare in massimo grado la parità formale e sostanziale tra le parti. In questo, con tutte le difficoltà prima accennate, era un istituto saldamente collocato nella migliore tradizione civilistica passata al vaglio della costituzionalizzazione dei diritti fondamentali dei lavoratori (e non solo). Pur potendosi rivisitare alcune scelte di dettaglio, travalicare i con-

<sup>50</sup> In questo senso v. ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *DLM*, 2015, p. 291 ss.

fini dell'istituto giuridico "contratto" come va modernamente inteso espone ad un inevitabile confronto con le regole comuni a tutela dei contraenti coerenti con tutti i vincoli costituzionali. Con il rischio che una disciplina speciale eccessivamente "riduttiva" venga valutata in contrasto con principi ordinamentali e rivisitata in via interpretativa o sottoposta al vaglio della Corte costituzionale.

Invocare il ritorno al diritto civile può apparire frutto di una logica difensiva minimalista e, forse, rivolta al passato<sup>51</sup>. Inoltre, con riferimento all'uso generale delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro, si continua a sostenere che, pur restando quelli "gli snodi e le infrastrutture" (secondo l'insegnamento di Mengoni), "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 e ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale"<sup>52</sup>. Ma come si fa a non rilevare un contrasto con l'art. 3 Cost. di una disciplina speciale in materia di licenziamento che preveda rimedi pur risarcitori potenzialmente inferiori a quanto previsto dalla disciplina generale del diritto civile, in virtù del quale il risarcimento deve essere proporzionato al danno causato all'altra parte e quindi parametrato alle condizioni contrattuali e patrimoniali dei contraenti?<sup>53</sup>. E se fosse oggi il diritto

<sup>51</sup> V. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *DLM*, 2016, p. 5 ss. V. anche MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017; SANTORO PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 173 ss. Più problematico ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *RIDL*, I, 2012, I, p. 59 ss.

<sup>52</sup> SANTORO PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro riformate*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 288/2016, p. 48. Un concetto simile, anche se con un diverso giudizio di valore, esprime ROMAGNOLI (*La cultura giuslavoristica di sinistra sembra colpita da afasia, mentre quella di destra guadagna spazi*, in *www.insightweb.it*, 2015) scrivendo che "il diritto del lavoro non ha mai cessato di soggiornare in territori assiduamente frequentati dalla mono-cultura della giusprivatistica, secondo la quale il lavoro avrebbe bussato alla porta della storia giuridica per farsi avvolgere nel cellophane delle categorie tecnico-concettuali del diritto dei contratti tra privati". In occasione delle giornate di studio Aidlass del 2014 hanno riesaminato sotto diverse prospettive l'utilizzazione delle clausole generali di matrice civilistica nel diritto del lavoro anche LOY G., *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*: tutti in *DLRI*, 2015, 3 ss.

<sup>53</sup> Si pensi al caso, verificatosi già nell'autunno 2015, di un lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti (cartuc) dopo essere stato indotto a dimettersi da un precedente contratto a

civile più in sintonia con una specialità del contratto di lavoro che affonda le sue radici nei principi e valori costituzionali pure rivisitati in un contesto europeo e internazionale<sup>54</sup>?

Forse sarà un argomento eccessivamente difensivo, ma rimango convinto che il contratto di lavoro o è modellato a partire dalle norme costituzionali oppure non può essere un contratto con specialità strutturali che giustificano asimmetrie di poteri tra i contraenti. Ciò che appare sistematicamente non sostenibile è proprio un contratto che legittimi una supremazia datoriale senza in alcun modo rafforzare la posizione del lavoratore. La giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto (*melius* contratto) ha rilevanza costituzionale e va tutelato, magari in molti possibili modi, ma va tutelato e non può essere recessivo rispetto al potere di licenziare. Il diritto del lavoratore ad una vita privata – nel senso più ampio del termine: dal tempo di non lavoro alla *privacy* – rientra tra i diritti fondamentali garantiti a livello nazionale e internazionale. E lo stesso può dirsi del diritto ad una retribuzione “giusta”, del diritto ad un ambiente di lavoro salubre, del diritto a svolgere attività sindacale, del diritto di sciopero, ecc. Insomma non si può continuare a utilizzare correttamente la categoria del “contratto di lavoro” senza avere sempre presente che l'equilibrio tra i contraenti condiziona profondamente i diritti fondamentali del lavoratore nella fase assolutamente cruciale dello svolgimento della prestazione.

Lungo questa strada diritti del lavoro e diritto civile potrebbero tornare a più feconde contaminazioni<sup>55</sup> nel tentativo di apprestare tutele duttili ma

termine di discreta durata proprio dall'offerta di assunzione a tempo indeterminato (v. *Primo assunto col Jobs Act e licenziato: “Altro che tutele crescenti”*, ne la *Repubblica* del 14 novembre 2015). Licenziato dopo poco tempo per ragioni economiche dal nuovo datore di lavoro di certo non vedrebbe tutelato il suo interesse a conservare il contratto di lavoro con la mera corresponsione dell'indennità di pochi mesi, che tra l'altro gli spetterebbe solo in caso di illegittimità del licenziamento. Per qualche primo segnale di interpretazioni estensive delle tutele sui licenziamenti nel catur v. Trib. Torino 16 settembre 2016 e Trib. Milano 3 novembre 2016, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, del 24 marzo 2017, con nt. di NOTARO, *Illegittimità del licenziamento in prova nel contratto a tutele crescenti*.

<sup>54</sup> V., con riferimento ad uno specifico profilo, BAVARO, D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *V.TOL*, 2016, p. 443 ss.

<sup>55</sup> V. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, spec. p. 258 ss., che già rilevava come tutto sommato grazie all'evoluzione del diritto civile la tutela della persona del lavoratore si è potuta agevolmente inserire nel “modello di responsabilità contrattuale” e, più in generale, che “è difficile negare la novità dei segnali che il sistema giuridico ha cominciato

efficaci per il lavoratore in quanto contraente solido e maturo capace di concorrere all'autodeterminazione delle condizioni a cui "vendere" e "impegnare" la propria prestazione.

Certo non è facile armonizzare il contratto con tutto il restante sistema di regolazione (legge e contrattazione collettiva in primo luogo) e con un contesto di mercato che non puntella l'equilibrio tra i contraenti. Ma il contratto può restare il crogiuolo nel quale si forgiavano le varie dimensioni della libertà e della responsabilità di ciascuno, senza posizioni precostituite di prevalenza dell'uno o dell'altro interesse. Almeno fino a quando il riferimento al contratto, fattosi "impreciso e falso" (si ricordi Paul Auster), non diventi semplicemente il paravento di una relazione di soggezione unilaterale. In quel caso dovremmo adeguare il *nomen iuris*, riconoscendo che l'ombrello non svolge più la sua funzione. Però restituire il contratto alle funzioni di giustizia – pur sempre problematiche e mutevoli – mi pare ancora una strada preferibile e possibile per un ordinamento che voglia fondarsi su un difficile equilibrio tra due valori sempre meno convergenti, la libertà e l'uguaglianza. Rinunciare al contratto vorrebbe invece dire privare il sistema di fondamenta consolidate e al contempo di un veicolo di duttilità: una via rovinosa di separazione tra mondi vitali che verrebbero sospinti a diventare mondi letali.

a lanciare, che parrebbero confermare l'ipotesi che l'acquisita specialità della materia non sia riuscita ad assurgere al superiore stadio dell'autonomia sistematica" (p. 261).

## Abstract

L'autore, partendo dal presupposto che nel diritto italiano post-costituzionale sia stata tendenzialmente attribuita al contratto di lavoro una funzione di giustizia tanto commutativa quanto distributiva, verifica quanto questo assetto sia compatibile, da un lato, con le trasformazioni reali del lavoro e, dall'altro, con gli equilibri sistematici del diritto civile, riguardato anche dalla prospettiva europea. Dopo aver sostenuto che la configurazione novecentesca del contratto del lavoro conserva tutta la sua attualità, dubita che una sua alterazione profonda, quale si intravede negli sviluppi della legislazione maturata tra il 2011 e il 2015, realizzi i valori costituzionali meglio di quanto non faccia la disciplina generale del contratto nell'odierno diritto civile. Al punto da far profilare una secca alternativa: o si rispettano quelle caratteristiche strutturali, pur rivisitate alla luce delle nuove esigenze, o si abbandona la matrice contrattuale, tornando a valorizzare le tesi dottrinali che hanno sempre contestato tale fondamento per la disciplina lavoristica.

The author, assuming that in Italian post-constitutional law a function of justice both commutative and distributive has been attributed to the contract of employment, verifies how this attitude is compatible, on the one hand, with the transformation of work and, on the other hand, with the systematic balance of civil law, considered also under a European perspective. After arguing that the twentieth-century configuration of the contract of employment is still current, he doubts that a profound alteration of it, as seen in the legislation passed between 2011 and 2015, implements the constitutional values better than it does the general discipline of the contract in today's civil law. This happens to the point of having a clear alternative: either to respect those structural features, though revised in the light of new needs, or to abandon the contractual matrix, by returning to doctrinal theses that have always doubted of the contractual basis of labour law.

## Key words

Contratto, lavoro, giustizia, diritto civile, Costituzione.

Contract, work, justice, civil law, Constitution.

## Giorgio Fontana “Contratto di lavoro” e “giustizia” nella crisi economica\*

**Sommario:** **1.** Giustizia contrattuale e crisi del diritto del lavoro. **2.** Ma quale giustizia? Fra diritto dei contratti e diritto del lavoro. **3.** La tutela del contraente debole e l’ambivalenza del diritto del lavoro. **4.** I nuovi riferimenti del diritto del lavoro. **5.** La crisi attuale del diritto del lavoro. Fra liberismo e protezionismo. **6.** Per concludere. Riforme, crisi, giustizia contrattuale.

### I. *Giustizia contrattuale e crisi del diritto del lavoro*

Discutere oggi di lavoro, tutele e giustizia contrattuale porta direttamente al cuore del dibattito che attraversa non soltanto la dottrina giuslavoristica<sup>1</sup>, ma, più in generale, l’opinione pubblica nazionale ed europea, ed anzi, a ben pensare, solleva questioni che caratterizzano lo scontro politico nelle società che un tempo avremmo chiamato del “capitalismo maturo”.

La “grande crisi”, che ha colpito più duramente proprio questi paesi e particolarmente le aree in cui lo sviluppo del mercato ha avuto storicamente più fortuna (USA, Europa), ha prodotto infatti, fra le altre conseguenze “sistemiche”, quella di delegittimare gli equilibri interni che avevano consentito proprio questo sviluppo in modi e forme più o meno pacifiche. Mi riferisco, evidentemente, al “compromesso socialdemocratico” che con diverse decli-

\* Questo contributo riprende l’introduzione al Convegno di studi di Reggio Calabria del 4 giugno 2016, dal titolo *La giustizia contrattuale e il diritto del lavoro*, che ha visto la partecipazione, oltre a chi scrive, di Bruno Caruso, Giovanni D’Amico e Lorenzo Zoppi.

<sup>1</sup> Come dimostra emblematicamente il numero monografico di Lavoro e Diritto interamente dedicato alla “svolta” (vera o presunta) impressa al diritto del lavoro dalle riforme intervenute durante la crisi economica, dal titolo allusivo *Autonomia e subordinazione DEL diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e Diritto*, 2016, 4.

nazioni ha rappresentato ovunque la soluzione che ha reso conciliabili e praticabili insieme democrazia e mercato. Il riformismo – ma quello vero – ha costituito la leva per realizzarlo, grazie ad una corrente di pensiero diffusa tanto nella teoria economica che nell’ambito delle politiche pubbliche, che si è definita “keynesiana”, inverteasi per numerosi e concomitanti fattori storico-politici. In Italia lo sviluppo di questa linea, pur tra molte difficoltà e resistenze di varia natura, ha incontrato un *humus* particolarmente favorevole sin dai primi anni sessanta e ciò ha fatto sì che essa non fosse appannaggio di ideologie particolari ma piuttosto contaminasse l’intero universo politico, dal mondo cattolico al filone socialista e finanche, in certa misura, la stessa cultura liberale.

Attraverso un “programma” di riforme molto simili (nonostante le loro inevitabili, diverse “traduzioni” nazionali) il *welfare state* è stato in realtà il vero artefice del modello di economia di mercato, oggi in crisi, fondato su un mix di intervento pubblico e di tutele e garanzie “private”, a carico cioè delle componenti più forti della società. Veniva superata definitivamente, in tal modo, l’idea-forza (dominante forse ancora fino alla seconda metà del secolo scorso) che si basava sul principio secondo cui queste stesse componenti (o classi) possidenti dovessero essere sollevate da qualsiasi contributo reale al benessere sociale e alla condizione delle classi subalterne, chiamate a garantire la produzione di valore senza altri diritti che quelli che esse potevano vantare nei confronti dello Stato, nei limiti del *welfare* minimale che quest’ultimo offriva ai meno abbienti.

La storia del “secolo breve” è del resto nota e contempla studi approfonditi e complessi, anche solo considerando gli aspetti relativi all’evoluzione dell’ordinamento giuridico del lavoro, intimamente influenzati da queste dinamiche più generali. Si può dunque dare per scontata la caratterizzazione del modello di società del Novecento come modello che, seppure non rinnegando il suo *imprinting* capitalistico e di mercato, ha ricercato attraverso le garanzie sociali e attraverso le tutele nei rapporti giuridici (è questo il tema odierno) il consenso e la legittimazione necessari per perpetuare il sistema democratico di rappresentanza degli interessi.

Ma ora le prospettive che si contendono il governo di società complesse che ancora si strutturano secondo regole (per quanto sempre più evanescenti) di democrazia economica sembrano mettere in discussione, radicalmente, proprio questo tipo di impostazione “basica”. La polarizzazione sempre più netta fra “mercatismo” e “protezionismo” – da un lato l’idea di un governo

liberista della globalizzazione e dall'altro la ritrovata centralità del principio di sovranità, che è al tempo stesso rivendicazione forte delle identità e fine del multiculturalismo, riappropriazione del ruolo (e dello spazio) dello Stato-nazione, ma pur sempre, occorre dire, liberismo all'interno dei confini nazionali – rappresenta un'alternativa solo apparente, ed anzi a “somma zero” per i diritti sociali e del lavoro.

In questa congiuntura si collocano i cambiamenti derivanti dalle riforme figlie dell'*austerità*, in Italia come in Europa, e il loro impatto sul sistema generale di *welfare*, sul diritto del lavoro e sulla disciplina del contratto di lavoro.

Il contratto di lavoro è stato al centro di cambiamenti significativi determinati dall'esigenza di orientare la regolamentazione dei rapporti lavorativi verso la competitività e l'efficienza economica, obbedendo ad un filone culturale e politico la cui radice viene identificata da Hepple, con un ragionamento che condivido, nelle “teorie regolatorie” introdotte a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso<sup>2</sup>.

Certo è indubitabile che interrogarsi sulla natura involutiva o evolutiva rappresentata da questi interventi sul corpo vivo dei rapporti giuridici di lavoro significa in realtà evocare “categorie dello spirito”, dovendosi piuttosto prendere atto che l'andamento non lineare della disciplina dei rapporti di lavoro, il suo procedere zigzagando, dimostra semmai la “storicità” del diritto del lavoro, l'inevitabile sua continenza di esigenze e bisogni diversi, che si alternano ciclicamente, con maggiore o minore capacità egemonica<sup>3</sup>. Ma, dato per scontato il carattere transeunte della regolamentazione giuridica dei rapporti economico-sociali, resta tutto aperto il problema critico, che non pare a me eludibile, della funzione che il diritto in generale è chiamato a svolgere nell'Europa delle Costituzioni sociali, che non può verosimilmente ridursi, in termini generali, nella mera regolamentazione dei rapporti economici fra privati, ma, seppure entro limiti compatibili con il pluralismo dei valori e degli interessi, non può non annoverare anche l'obiettivo della “giustizia contrattuale”, a cui del resto si ispira in diversi casi la stessa legislazione<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> HEPPLÉ, *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in *DRI*, 2003, 4, p. 627.

<sup>3</sup> DE LUCA TAMAJO, *Lectio magistralis*, Università Mediterranea di Reggio Calabria, 20 giugno 2014.

<sup>4</sup> COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *RCD*, 2003, 4, p. 659 ss. In quest'ottica si

Non solo il diritto del lavoro non fa eccezione a questa “regola” aurea, ma ne rappresenta una delle sedi storicamente privilegiate, un “laboratorio” di particolare importanza in cui regolare lo squilibrio contrattuale (andando “contro la corrente delle forze del mercato”, per riprendere le parole di Collins) ha avuto valenza fondativa. E dunque, pur ammettendo senza riserve il carattere storicamente dipendente della regolazione, non sembra aggirabile l’interrogativo sulla portata effettiva dei cambiamenti recenti, se cioè si rischi davvero di “spegnere la luce” nel laboratorio giuslavoristico, e, in tal caso, su ciò che andrebbe invece fatto in contro-tendenza (ammesso che una contro-tendenza sia voluta).

In questa introduzione, ben conoscendo la complessità del tema, intendo solo porre delle domande basilari e semmai fornire delle coordinate di riferimento elementari, utili per rispondere a questi interrogativi.

Nei prossimi paragrafi tratteggio a grandi linee quella che può considerarsi l’evoluzione storica del diritto del lavoro dal punto di vista della sua attitudine a intervenire sul contenuto del contratto di lavoro per fini di equilibrio contrattuale o, volendo, di “giustizia” contrattuale, confrontando la tematica in questione con il dibattito molto presente e vivo nella dottrina civilistica (forse ben più che nella dottrina lavoristica). Nella seconda parte invece mi riprometto di dimostrare che le riforme del lavoro non sono affatto disinteressate ai problemi di giustizia distributiva. Cercherò di illustrare in modo molto sintetico quali sono, a mio avviso, i nuovi riferimenti di fondo e le nuove figure che occupano il centro della scena in modo egemonico, derivandone probabilmente cambiamenti strutturali. Le conclusioni sono molto problematiche ed aperte, anche se non celo affatto il mio giudizio critico sui passi recenti compiuti dall’esecutivo e dalla maggioranza di centro-sinistra di questa legislatura. Ed infatti, per tornare al punto, se il portato recessivo delle riforme non pare seriamente contestabile, proprio il carattere ondivago delle politiche legislative, il loro rispondere ad esigenze eteronome, rendono mutevole e mai definitivo il regolamento di interessi sotteso e dinamico l’equilibrio complessivo, che potrebbe così evolvere, e si spera evolva, nel senso di una riconquistata centralità della giustizia nel diritto (del lavoro).

colloca il dibattito molto vivo fra i giusciviliisti sul rapporto fra il contratto e i diritti fondamentali.

## 2. *Ma quale giustizia? Fra diritto dei contratti e diritto del lavoro*

Si è sostenuto che il diritto dei contratti ha inevitabilmente effetti distributivi, anche se si tende a negarlo e ad ammettere piuttosto che la disciplina del contratto miri soltanto a correggere le distorsioni del mercato e che, conseguentemente, possa avere soltanto una funzione di giustizia comutativa (o correttiva). Secondo Hugh Collins l'idea che la regolamentazione giuridica dei rapporti economici sia “neutra” rispetto al problema distributivo serve soprattutto a deresponsabilizzare i decisori politici e ad attribuire alla “mano invisibile” effetti che sono invece tipicamente inerenti alle scelte di politica del diritto<sup>5</sup>. In effetti, se si può in questa sede optare per una scelta di campo (assertiva e non motivata) ritengo che la vecchia distinzione fra il diritto privato, a cui spetterebbe unicamente correggere ingiustificate alterazioni nell'allocazione delle risorse, e il diritto pubblico, che invece potrebbe e dovrebbe occuparsi di giustizia redistributiva, sia oramai consegnata agli archivi storici<sup>6</sup>. L'evoluzione degli orientamenti sulla regolamentazione degli interessi sottesi al contratto consente di dire, a mio avviso, che una visione di questo tipo è inappropriata e non coerente con la complessità dell'ordinamento.

I tempi in cui Alfred Foullée coniava la sua famosa formula secondo cui “*Qui dit contractuel, dit juste*” sono del resto oramai tramontati e nel diritto contemporaneo il problema non è più, per fortuna, se proteggere l'autonomia privata dai controlli esterni, ma piuttosto l'ampiezza e le forme di questo controllo<sup>7</sup>.

Ciò non vuol dire che il tema non sia molto controverso e influenzato da pre-comprensioni e soggettivismi sul piano assiologico. D'altra parte lo stesso concetto di “giustizia” può ritenersi opinabile, e comunque andrebbe forse relativizzato, non essendo necessariamente identificabile senza residui

<sup>5</sup> COLLINS, *op. cit.*, p. 670. A Collins si deve, fra l'altro, la formazione del gruppo di giuristi europei che ha elaborato il *Manifesto on Social Justice in Contract Law*, che ha suscitato un rilevantissimo dibattito fra i gius-privatisti (e non solo) sul rapporto fra disciplina del contratto e giustizia sociale, pubblicato in *RCD*, 2004, p. 99 ss.

<sup>6</sup> Per un'esposizione molto chiara v. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche; verso una revisione della teoria del contratto?*, in *PD*, 2007, 3, p. 451 ss.

<sup>7</sup> SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, p. 337 ss.

né con quello tipicamente formalistico della “parità” o eguaglianza delle armi, né con quello, che potrebbe definirsi sostanzialistico, che invece mira all’equità dello scambio negoziale fra le parti (come scrive Mario Barcellona, “la giustizia contrattuale è cosa diversa dalla giustizia sociale”). Per ragioni diverse, sia la tutela del principio volontaristico che della proporzionalità delle prestazioni potrebbero infatti non necessariamente risolversi nell’affermazione di un principio condiviso di giustizia contrattuale<sup>8</sup>, anche se è indubitabile (e probabilmente inevitabile) che l’ordinamento evolve verso modelli che non si esauriscono nella protezione dell’autonomia privata.

Le alternative circa i termini del controllo sull’autonomia contrattuale sono tuttavia molteplici ed è bene chiarire che le “strategie” per perseguire ed assicurare la giustizia contrattuale possono essere molto diverse l’una dall’altra<sup>9</sup>.

Si fa risalire comunemente alla distinzione fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale o di fatto, la contrapposizione (talvolta anche ideologica) fra una visione di tipo “procedurale” e un’altra di tipo “sostanziale” della giustizia contrattuale. Molto diffusa, come si è accennato, è la prima, ossia assumere come “giusti” i risultati dell’accordo fra le parti quando sono la risultante di una negoziazione libera, frutto di un puntuale rispetto delle norme che disciplinano la fase della formazione del contratto, se garantita da un contesto di effettiva autodeterminazione. In quest’ottica l’iniquità dello scambio non sarebbe causata dal mercato bensì dagli “agenti patogeni” che inquinano il mercato stesso o dalla difficile o non garantita “agibilità delle vie d’accesso al mercato”<sup>10</sup>.

Il problema sarebbe dunque quello di difendere il mercato, non di negarne gli esiti distributivi. Il “filone” teorico più importante a cui può riannodarsi questa impostazione è notoriamente quello *rawlsiano*, ma forse difficilmente “adattabile” alle condizioni reali in cui si svolgono gli scambi sul mercato e alle sue concrete regole di funzionamento, tanto più oggi in una fase di accelerata globalizzazione e competizione, presupponendo probabilmente effettive condizioni di eguaglianza di opportunità fra le parti e soprattutto una struttura politica che assicuri diritti di cittadinanza e rapporti sociali “giusti”. La realtà è tuttavia ben altra, soprattutto se si volge attenzione

<sup>8</sup> Si veda D’AMICO, “Giustizia contrattuale” (*Considerazioni preliminari dalla prospettiva del civilista*), in questo stesso fascicolo.

<sup>9</sup> PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *EDP*, 2015, 2, pp. 259-260.

<sup>10</sup> SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *DDPCiv.*, 2012, p. 534 ss.

specifica agli interessi sottesi al rapporto negoziale e alla sua reale dimensione socio-economica, che ha costituito il retroterra di quell'interventismo che “nei decenni ha introdotto blocchi più o meno vasti di normative sul contratto che assegnano rilevanza alla disparità economico-sociale dei contraenti al fine di conseguire esiti regolativi più calzanti rispetto a quelli conseguibili sulla base della indifferenziante disciplina del codice civile borghese e liberale”<sup>11</sup>.

Ridurre la questione della giustizia contrattuale a problema di natura procedurale può ritenersi quindi non del tutto aderente neppure al sistema del Codice, in cui, ai termini di un controllo procedurale (come reazione alla distorsione dei processi volitivi)<sup>12</sup>, non si può negare si affianchi un controllo economico o di merito del rapporto di scambio [come reazione “alle sistematiche incongruenze tra modello contrattuale (paritario) e potere (dispari) del mercato”, a cui l'ordinamento risponde assumendo la difformità come problema di disparità sistemica di potere contrattuale e riconnetten-dovi il rimedio della nullità parziale e della sostituzione automatica dell'assetto legale a quello convenzionale difforme]<sup>13</sup>.

Naturalmente è vero che nel diritto civile, storicamente, in mancanza (o quanto meno nella scarsità) di norme inderogabili di tutela che si impongano alle parti, la giustizia contrattuale è stata concretizzata in termini procedurali e/o con obiettivi solo correttivi<sup>14</sup>.

Ma va detto che grazie all'influenza del diritto privato europeo, che ha fondato proprio sull'emersione della disparità di potere contrattuale la regolamentazione di alcune classi di rapporti contrattuali, sembra aversi oggi maggiore consapevolezza che non basta un consenso libero per garantire un rapporto negoziale equo e legittimo quando fra le parti sussiste un rapporto di potere asimmetrico<sup>15</sup>. Probabilmente si devono a questi nuovi orienta-

<sup>11</sup> PIRAINO, *op. cit.*, p. 270, anche per le precedenti considerazioni.

<sup>12</sup> Lo sottolinea D'AMICO, *op. cit.*

<sup>13</sup> PIRAINO, *op. cit.*, p. 283. Ma sul tema v. soprattutto BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969.

<sup>14</sup> Per un ragionamento teso a disancorare la concezione “procedurale” della giustizia contrattuale da una visione formale, per inquadrarla in senso sostanzialistico con riguardo agli interessi materiali sottesi al vincolo obbligatorio, v. DI MAJO, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in [www.personaemercato.it/wp](http://www.personaemercato.it/wp) (2015).

<sup>15</sup> PIRAINO, *op. cit.*, p. 290. La questione relativa alla natura del diritto dei consumatori divide la dottrina civilistica. Oltre al saggio di D'AMICO in questa rivista, si veda, fra gli altri, PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *ADL*, 2008, 3, spec. pp.

menti anche le direttrici più “avanzate” della giurisprudenza civilistica, fino ad ammettere l'*unmittelbare Drittwirkung* del principio di solidarietà, legittimando il bilanciamento di interessi come tecnica di giudizio (come nel caso dell'orientamento in materia di recesso *ad nutum* della Corte di Cassazione o dell'applicazione diretta dei principi costituzionali propugnata dalla Corte costituzionale)<sup>16</sup>. Una corrente oltre tutto che si è sviluppata nel tempo e che, come si è notato, nel dilemma fra libertà contrattuale e giustizia del contratto, ha scelto la seconda alternativa, accettando in nome della giustizia rilevanti limitazioni della libertà contrattuale<sup>17</sup>.

Nel diritto del lavoro questo passaggio, che oggi interessa il mondo civilistico, è stato compiuto molto tempo fa e probabilmente ancora ora resta il suo tratto distintivo rispetto al diritto civile nel costituire una deroga all'egualitarismo formale<sup>18</sup>, per quanto tale caratteristica sia minacciata dalle riforme più recenti (con un ritorno al contratto nella sua mera funzione economica e in una prospettiva individualistica: v. *infra*). Il controllo sui poteri di autonomia nel diritto del lavoro ha superato ben presto gli angusti limiti della giustizia procedurale e si è espresso mediante una serie di strumenti incidenti direttamente sul rapporto di scambio sotteso al contratto di lavoro, ammettendo, in nome di obiettivi di giustizia sostanziale, dirette interferenze nei confronti delle scelte negoziali delle parti.

Del resto la “costruzione” del diritto del lavoro come diritto del lavoro subordinato implicò immediatamente, fra i giuristi che diedero il via alle prime teorizzazioni del diritto “tutelare”, la consapevolezza dell'ineguaglianza delle condizioni delle parti e la messa in campo di principi e politiche volti a ridurre l'asimmetria di potere (un modo, osserva giustamente Hepple,

714-715, che ritiene la tutela del contraente debole non fine a se stessa “... ma strumentale alla tutela del mercato”.

<sup>16</sup> In termini critici v. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015. Il riferimento è alle sentenze della Corte di Cassazione 18 settembre 2009 n. 20106 (la si può leggere in *IC*, 2010, I, p. II ss., con nota di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*) e alle decisioni della Corte Costituzionale 24 ottobre 2013 n. 248 (in *IC*, 2014, IO, p. 927 ss., con nota ancora di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*) e 2 aprile 2014 n. 77 (in *FI*, 2014, I, p. 2042 ss. con nota di G. LENER).

<sup>17</sup> Cfr. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *CI*, 2006, 2, p. 509 ss., con riferimento agli indirizzi della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia contrattuale, ritenuti frutto dell'emersione in ambito nazionale di tendenze dominanti sulla scena mondiale. Si veda in tal senso pure PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, p. 427 ss.

<sup>18</sup> PLAIA, *op. cit.*, p. 714.

anche per “legalizzare il sistema di classe”). Il diritto del lavoro si è definito così attorno al principio della tutela del “contraente debole” come risposta al problema della disuguaglianza, e in ciò sta la sua funzione sociale, apprezzabile non solo in chiave di tutela ma, si ripete, anche nell’ottica di consentire l’assorbimento delle spinte disgregatrici<sup>19</sup>. Kahn-Freund ancora nel 1976 affermava che “l’oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato quello di essere una forza di compensazione per contrastare la disuguaglianza di potere contrattuale fra le parti che è intrinseca al rapporto di lavoro”<sup>20</sup>.

La critica ad ogni concezione riduttiva della giustizia contrattuale – irricevibile tanto per gli obiettivi di emancipazione socio-economica quanto, probabilmente, per la stessa sopravvivenza dell’economia di mercato in una società democratica – non implica tuttavia l’accettazione dell’idea che legge sia garanzia o sinonimo di giustizia *del e nel* contratto, se non altro perché l’intervento eteronomo, anche quando è “motivato” da uno scopo di protezione o da un interesse socialmente apprezzabile, non è detto che metta in atto o riesca a conseguire obiettivi di “vera” giustizia<sup>21</sup>. Legalità e giustizia non coincidono, come ci spiega Rodolfo Sacco e prima ancora Derrida, che sostiene come sia addirittura impossibile un discorso sulla giustizia, *senza tradire immediatamente la giustizia, se non il diritto*<sup>22</sup> (una posizione scettica, forse nichilista, ma che ci ricorda la nota frase del Leviatano di Hobbes “*non veritas, sed auctoritas facit legem*”).

Il “dirigismo” contrattuale non sempre, del resto, è finalizzato a perseguire obiettivi di giustizia e possono essere altri i valori a cui s’ispira, diversi sia dalla tutela del contraente debole che dalla mera affermazione e protezione di interessi particolari. Il controllo sui “fini” negoziali è anzi sintomatico, nell’evoluzione storica del diritto dei contratti, del funzionalismo insito nei modelli “cooperativi”, elaborati in vista dell’evoluzione del sistema economico e del necessario accordo fra l’interesse individuale e l’interesse generale, per occultare, come scrive Ferrari, “in chiave conservatrice i conflitti,

<sup>19</sup> HEPPLÉ, *op. cit.*, p. 627 ss.; per un approfondimento VOZA, *L’inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro: un profilo storico*, in *RGL*, 2006, p. 229 ss.. Sull’inderogabilità, per un efficace inquadramento sistematico, v. NOVELLA, *L’inderogabilità delle norme nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2008. Sulla crisi dell’inderogabilità sia consentito rinviare fra gli altri al mio *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010.

<sup>20</sup> KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, trad. it. *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, 1974.

<sup>21</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 536.

<sup>22</sup> DERRIDA, *Force de loi. Le «Fondament mystique de l’autorité»*, trad. it. Bollati Boringhieri, 2003, spec. p. 58.

in nome della coesione sociale e dello sviluppo del sistema”<sup>23</sup>. L'interventismo dello Stato, che caratterizza i modelli continentali, rappresenta in tal senso la spia di una riforma del liberalismo economico in senso “ordolibera-rale”, la cui ideologia si sviluppa e ruota proprio attorno al problema della libertà individuale in campo economico<sup>24</sup>. Lo scopo, come spiega D'Amico in questa rivista, è porre rimedio ai fallimenti del mercato attraverso misure dirigiste e in un secondo tempo favorire la crescita economica, non tanto proteggere la volontà o garantire scambi negoziali equi<sup>25</sup>.

L'ordinamento offre oramai diversi esempi di questo tipo di intervento e di orientamento regolativo, che si collocano sia sul piano sovranazionale (come ad esempio i principi Unidroit<sup>26</sup>, il codice del consumatore di derivazione comunitaria) che nazionale (ad esempio, la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica<sup>27</sup>).

Certamente in queste disposizioni si può individuare sul piano teleologico anche una finalità “mercataista”, non oppositiva al buon funzionamento dei meccanismi di accumulazione privata insiti nei sistemi capitalistici (e dunque tipicamente ordolibera-rale, se si vuol individuare la matrice). Ma probabilmente sarebbe riduttivo guardare a questi nuovi modelli unicamente come espressione di una tutela del mercato attraverso la protezione strumentale della “debolezza contrattuale”. Da questa angolazione, a voler commentare le posizioni che nella dottrina civilistica insistono molto su questo punto, potrebbe forse dirsi che l'utilitarismo, come base filosofica della giustizia contrattuale, non è affatto scomparso, e nonostante la critica *rawlsiana* a questa

<sup>23</sup> Cfr. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, 1993, p. 5 ss.

<sup>24</sup> Per una ricostruzione JOERGES, *La permanenza del passato: una critica all'indifferenza per la storia nella teoria e nella pratica del costituzionalismo europeo contemporaneo*, relazione al Convegno di Cuneo del 2-3 dicembre 2005 del Centro studi di pensiero contemporaneo.

<sup>25</sup> Cfr. D'ANGELO, MONATERI, SOMMA, *Buona fede contrattuale e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Giappichelli, 2005, spec. p. 88.

<sup>26</sup> Sui principi dei contratti commerciali internazionali, accusati di “dispotismo” contrattuale per la presenza di clausole quali la *Gross disparity* e l'*Hardship* (che configurano, rispettivamente, un intervento diretto sulle obbligazioni contrattuali e un diritto della parte svantaggiata a esigere la rinegoziazione del contratto, in presenza di uno squilibrio originario o sopravvenuto) v. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia*, cit., pp. 512-513, secondo cui “l'equità correttiva diventa, in questo modo, una regola generale, operante sia per correggere lo squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio successivamente alterato”.

<sup>27</sup> Sul contratto dell'impresa debole si veda fra gli altri FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006; PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, 2002, p. 455 ss.

posizione, caratterizzata dal grave limite di essere indifferente al problema della distribuzione, essa continua a far proseliti, tanto da voler per forza giustificare la tutela del “contraente debole” in nome dell’utilità generale per il mercato<sup>28</sup>. Va detto piuttosto, a tal riguardo, che l’intervento eteronomo mediante clausole inderogabili crea inevitabilmente un parametro di riferimento che può ritenersi “giusto” quando persegue l’obiettivo di garantire la proporzionalità fra le prestazioni delle parti, se le parti sono su un piano di disparità e asimmetria di potere contrattuale oggettivamente considerato, evocando in tal caso un principio di equità che è da sempre sinonimo di giustizia<sup>29</sup>.

Nel diritto dei contratti questo obiettivo si pone, essenzialmente, in rapporto funzionale al corretto svolgersi delle dinamiche economiche, tenendo conto della visione non conflittuale del contratto esistente nei paesi europei. Nel diritto del lavoro, la stessa protezione accordata al contraente debole, pur essendo egualmente giustificata dalla disparità di potere fra le parti, rappresenta tuttavia un obiettivo in sé, disancorato dal corretto funzionamento del mercato, non riducibile dunque a una nozione di giustizia commutativa.

### 3. *La tutela del contraente debole e l’ambivalenza del diritto del lavoro*

Tirando le fila si può dire che la tutela del contraente debole, se considerata alla stregua di un meta-principio informatore dell’intervento della legge e delle fonti eteronome nell’ambito dell’autonomia privata, implica il riconoscimento dello squilibrio contrattuale e di potere esistente sul piano delle relazioni socio-economiche sottostanti.

Del resto la protezione del contraente debole evoca immediatamente il problema della giustizia dello scambio realizzato attraverso il contratto, o per meglio dire l’esistenza di condizioni che possono rendere ingiusto il rapporto

<sup>28</sup> Discutere di “giustizia” è ovviamente entrare in un dibattito che inizia con Aristotele e continua ancora oggi con contributi e studi politici, filosofici, giuridici e storici talmente numerosi e complessi da risultare indicibili in questa sede. Per un riferimento iniziale molto utile si veda il volume a cura di RICCIARDI, *L’ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, Università Bocconi Editore, 2010, con gli scritti di Hart, Dworkin, Rawls ed altri. Di RAWLS, la cui teoria della giustizia è al momento ancora la più nota e dibattuta, v. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, 1982.

<sup>29</sup> Lo spiega RAWLS, *op. cit.*

di scambio. Mi sembra molto corretta l'impostazione, a tal riguardo, di chi ritiene (sia pure in una prospettiva non del tutto condivisibile sul piano assiologico) che la tutela della debolezza contrattuale di una delle parti non ha niente a che vedere con il problema del *market failure* e si può spiegare solo in un'ottica di giustizia (per quanto di tipo procedurale e non sostanziale e per quanto discutibile sia)<sup>30</sup>. Per converso, mi pare altrettanto corretto ritenere che se l'ordinamento, in presenza di una debolezza contrattuale "strutturale" di una delle parti, non reagisce con adeguate misure protettive, prende posizione implicitamente su tale disparità proteggendo il potere di fatto del contraente forte.

Ma proprio perché l'ordinamento recepisce così e istituzionalizza la disparità di potere, potrebbe dirsi che, in fondo, esso legittima pure la situazione soggettiva di subalternità del lavoratore, preesistente al diritto, e dunque concludersi nel senso della relativizzazione del principio di tutela del contraente debole. Insomma è la solita doppia faccia della medaglia. Totalmente condivisibile a tal riguardo è quanto scrive Lorenzo Zoppoli in un suo saggio di qualche anno fa e cioè che il contratto di lavoro, "...in quanto contratto connesso ad un'economica di mercato, partecipa delle logiche della giustizia commutativa; ma, avendo tra i suoi elementi essenziali (soggetto/oggetto) il lavoro, inscindibile dalla persona fisica che porta con sé anche le prerogative del cittadino, non può non partecipare anche delle logiche della giustizia distributiva"<sup>31</sup>. Pur dovendo considerarsi come il terreno di compromessi più o meno avanzati, il diritto del lavoro si è costruito attorno all'obiettivo dell'eguaglianza – non in senso formale – fra datore e lavoratore, a cui risulta funzionale l'applicazione uniforme dei dispositivi legali e contrattuali recanti i trattamenti economici e normativi. Se poi la finalità ultima perseguita dal diritto del lavoro sia *tout court* la tutela e l'emancipazione delle classi subalterne oppure se, più realisticamente, in questo modo siano perseguite anche

<sup>30</sup> v. al riguardo DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, in *ODC*, 2013, I.

<sup>31</sup> L. ZOPPOLI, *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, I, pp. 183-184. Il che, a sua volta, alla "irriducibile ambivalenza tra lavoro-merce e lavoro-valore personalistico, un fattore della produzione la cui necessità si incardina nelle esigenze dell'impresa e del mercato, le cui istanze di tutela, nonostante le reversibili sorti del garantismo tradizionale condizionate da imperativi efficientistici e da logiche di reificazione de mondo, si radicano nell'idea – risalente a Sinzheimer – di una "Costituzione sociale" capace di riequilibrare le asimmetrie di potere che caratterizzano i rapporti di lavoro (non solo subordinato)" (PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2016, I, spec. p. 12).

altre finalità, come ad esempio quelle anticoncorrenziali, è questione valutativa che può essere messa sullo sfondo.

Ciò che è sicuro, tuttavia, e si può esprimere meglio “mettendosi sulle spalle dei giganti”, è che il diritto del lavoro ha rappresentato momento cruciale della “cattura costituzionale dell’economico” per un ordine più “giusto” della società economica, vincolando le scelte dello stato in materia economica e sociale “...alle esigenze della giustizia materiale, alla realizzazione di un ordine giusto della società economica”<sup>32</sup>. E questo avviene attraverso i dispositivi di controllo dei poteri imprenditoriali ma è reso possibile grazie alla sottrazione alla logica pura del mercato del rapporto lavorativo, disattivando i poteri di autonomia e operando dunque sul piano delle fonti.

L’eteronomia della situazione giuridica soggettiva è logicamente la precondizione per consentire interventi di solidarietà redistributiva che operano orizzontalmente all’interno della specifica relazione negoziale, così da realizzare l’eguaglianza fra i lavoratori, e che rappresentano specifici fattori di regolamentazione del mercato<sup>33</sup> (non perdendo mai del tutto, come ci ha spiegato Vardaro, la loro funzione di razionalizzazione economica del diritto e di adeguamento del diritto alla società)<sup>34</sup>.

Le istanze protezionistiche, poi, filtrate da una nuova visione del contratto, sono risultate armonizzabili con la stessa libertà contrattuale dei privati, e dunque con un principio “liberista” (o forse meglio dire liberale), nella misura in cui alle parti è dato riprendere il proprio potere sul regolamento negoziale se ispirato da una logica di equità e di miglioramento degli standard legali e contrattuali<sup>35</sup>. Ed è qui che forse può cogliersi, secondo il mio punto di vista, la possibilità concreta e non astratta di un accordo del principio di eteronomia con la natura contrattuale del rapporto di lavoro, risolvendo il problema critico della soggettività giuridica del lavoratore e della valorizzazione della volontà individuale all’interno di una comunità organizzata in base a valori solidaristici (non soltanto nella fase genetica del rapporto).

In questo modo il contratto individuale viene posto al centro di una pluralità di fonti “autonome”, individuali ma anche collettive (si pensi allo

<sup>32</sup> MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 147 ss.

<sup>33</sup> SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *RDIP*, 2014, I, spec. p. 85.

<sup>34</sup> v. VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica*, in *IT*, 1989, spec. pp. 246-247.

<sup>35</sup> VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, 1985, p. 112 ss.

sviluppo della contrattazione aziendale), con funzione di diversificazione *in melius* dei trattamenti derivanti dalla legge e dal contratto collettivo ex art. 2077 c.c.. L'inderogabilità soltanto *in pejus* delle disposizioni legali e del contratto di categoria, e la salvaguardia, in attuazione del principio del *favor*, dei trattamenti e delle condizioni più favorevoli poste dalle fonti sotto-ordinate, ha costituito dunque il necessario completamento del sistema di sostituzione automatica delle clausole individuali difformi<sup>36</sup>.

E in effetti proprio grazie alla visione dinamica del contratto individuale e al collegamento costruttivo con le fonti sovraordinate, la legislazione *pro labour* degli anni sessanta e settanta ha potuto sottoporre i poteri datoriali ad un controllo di merito che si potrebbe dire un controllo sull'eccesso di potere del datore.

La vicenda storica è del resto nota. Le due grandi riforme dello Statuto e del processo del lavoro (1970 e 1973) crearono le condizioni per un sostanziale riequilibrio fra le parti del contratto di lavoro, a partire da una concezione "anti-abusiva" del diritto dell'impresa. Si può dire, senza alcuna enfasi, che da questo momento il lavoratore non sia stato più solo dinanzi al proprio datore di lavoro, fuor di metafora che l'individualizzazione del rapporto lavorativo (quanto meno per una fascia molto ampia del mercato del lavoro) sia stata sostanzialmente superata, con un bilanciamento *ex ante* degli interessi in conflitto che si è tradotto in un effettivo e realistico intervento correttivo dell'asimmetria di potere fra le parti sia nella fase genetica che in quella dell'esecuzione del contratto di lavoro.

Con questo, bisogna dire, l'ordinamento non aveva certo trascurato di considerare e proteggere il potere dell'imprenditore, né aveva mostrato di ignorare che il lavoro, oltre ad avere un suo rilievo "personalista", costituisce pur sempre un fattore di produzione che esige di essere inserito in un sistema produttivo efficiente, in grado di controllare i costi e di prevedere e razionalizzare il rendimento dei lavoratori.

Come si vedrà bene più tardi, la correzione dell'asimmetria di potere che questa legislazione ha indubbiamente realizzato, rafforzando sul piano individuale e collettivo la parte debole, è rimasta confinata nel tradizionale "recinto" del lavoro subordinato a tempo indeterminato nelle imprese medio-grandi, e questi orientamenti non hanno avuto un effetto espansivo né nell'ambito delle piccole imprese né all'interno del vasto mondo del la-

<sup>36</sup> VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto*, cit., p. 114.

voro precario e non subordinato, in cui tuttora, nonostante la sua enorme rilevanza sul piano socio-economico, non si è data una disciplina autenticamente in grado di fronteggiare una controparte che può essere qualificata come contraente forte rispetto alla gran parte dei collaboratori e lavoratori autonomi<sup>37</sup>.

#### 4. *I nuovi riferimenti del diritto del lavoro*

La relazione gerarchico-funzionale fra legge, contratto collettivo e contratto individuale (con una posizione centrale e dominante della legge), a cui si è fatto riferimento nelle pagine precedenti, non ha costituito invero l'unica risposta al problema della disuguaglianza, poiché altri modelli si sono formati, piuttosto che intorno al primato della legge (o della Costituzione), privilegiando il conflitto industriale e la contrattazione. Lo Statuto dei lavoratori, in effetti, di cui si discute talvolta con enorme superficialità, ha avuto il merito di realizzare un modello ibrido in cui la promozione del conflitto collettivo e il sostegno ad una forte rappresentanza sindacale tendenzialmente unitaria ha contribuito a un fondamento complesso del diritto del lavoro, con un'articolazione delle fonti di produzione rara nel panorama europeo ed internazionale.

Si può dire che con questo inedito connubio di sostegno promozionale e intervento eteronomo si sia realizzato un obiettivo di giustizia distributiva (e non soltanto commutativa), funzionale ad un interesse generale alla crescita e allo sviluppo della società italiana dopo la fase della ricostruzione, che non poteva prescindere (come non può prescindere oggi) dall'elevazione del benessere economico delle classi subalterne.

Grazie dunque all'ingresso nei rapporti contrattuali “privati” di interessi che trascendono quelli individuali e si collocano sul versante degli imperativi etico-politici<sup>38</sup> sono stati raggiunti obiettivi di giustizia distributivi.

Non che questa stagione e i meccanismi eteronomistici siano stati privi di ombre e di criticità, sia per l'inevitabile appiattimento e compressione dell'autonomia negoziale, privata del potere regolativo degli interessi, sia per

<sup>37</sup> ANGIOLINI, CARABELLI, *Le ragioni (di uno nuovo statuto) dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2016, I, p. 220.

<sup>38</sup> Così, ancora, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 183.

il ruolo assunto dal contratto collettivo, i cui dispositivi sono apparsi sostanzialmente equiparabili ed assimilabili alla legge con la conseguenza, si è notato, di delineare un potere normativo esercitato da soggetti privati la cui legittimazione può essere contestata<sup>39</sup>.

Su un piano generale, poi, si può discutere se l'eteronomia della situazione giuridica soggettiva possa essere una strumentazione idonea a realizzare obiettivi di giustizia contrattuale, risolvendosi, in effetti, proprio nell'espropriazione del potere individuale di determinare autonomamente e liberamente l'assetto d'interessi prescelto in sede negoziale, mostrando così una linea interventista che potrebbe essere accusata di un'eccessiva interferenza nella sfera personale del lavoratore, così come su un altro piano la presenza invadente e pervasiva dello Stato nelle relazioni sociali ha incontrato critiche ed opposizioni non necessariamente riconducibili ad una visione liberista o riduttiva del rapporto fra "pubblico" e "privato", fra Stato e individuo<sup>40</sup>.

Com'è noto negli anni Ottanta si produce, sull'onda di complessi fenomeni sociali e culturali, la frattura del sistema basato sulla nozione di eguaglianza fra datore di lavoro e lavoratore, investita da quelle che Bob Hepple ha definito come "teorie regolatorie", che assumono come proprio riferimento il mercato e tendono, in modo più o meno palese, a riportare il lavoro sotto l'egida del mercato e quindi nell'alveo delle regole di diritto privato<sup>41</sup>. La rivalutazione dei poteri di autonomia come premessa per una regolamentazione basata sulla competitività e sulla flessibilità riporta in auge il "contrattualismo", inteso come "...filosofia economico-giuridica secondo la quale il legame contrattuale rappresenta la manifestazione più compiuta del legame sociale ed è destinata a sostituirsi ovunque agli imperativi unilaterali della legge"<sup>42</sup>.

Questa linea origina in Europa, come si ricorderà, dalla svolta thatcheriana concretizzatasi nella reintroduzione nella vicina Inghilterra delle dottrine di *common law*<sup>43</sup>. Il "credo" liberista ha poi imposto nel dibattito

<sup>39</sup> Per queste riflessioni v. ancora VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto*, cit., p. 112 ss.; RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003.

<sup>40</sup> Su questi temi insuperabili sono le pagine di HABERMAS in *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, 1986, soprattutto vol. II, p. 697 ss.

<sup>41</sup> HEPPLE, *op. cit.*, p. 627 ss.

<sup>42</sup> v. L. ZOPPOLL, *op. cit.*, p. 188, da cui è tratta la citazione di SUPLOT nel testo.

<sup>43</sup> Un diritto, scriveva qualche anno fa Lord Wedderburn, "...basato, e sviluppato giudizialmente, su quegli stessi principi che consideravano i sindacati come strumenti impropri che

pubblico il concetto di flessibilità, considerato (e praticato) in tutti i paesi europei come sinonimo di *deregulation*, anche se con accenti diversi, passando da una versione radicale ed estrema, come nei paesi di *common law* (dove, di fatto, dopo le riforme thatcheriane ciò che residua “è una illimitata libertà di contratto”)<sup>44</sup>, alla visione più *soft* dei paesi dell’Europa continentale, in cui la pur potente spinta alla deregolamentazione è avvenuta per gradi, lasciando in piedi una certa regolamentazione legale e collettiva coerente con la tutela del “contraente debole”.

Ne sono derivati, con maggiore o minore radicalità, consentanei cambiamenti nell’ambito dei rapporti giuridici individuali e collettivi e significativi ri-orientamenti giuridici e sociologici, con il recupero di modelli alternativi a quelli proposti dal fordismo (si ricorderà lo slogan “piccolo è bello” e l’enfaticizzazione del modello produttivo “neo-artigianale”) e nuovi schemi di riferimento, con il tramonto o almeno l’evidente declino di quelli che, basandosi sul principio di “coalizione”, hanno caratterizzato il secolo “socialdemocratico”<sup>45</sup>.

Emblematico il dibattito in Italia proprio in quegli anni, in cui la flessibilità, parola ambigua e poliseno, divenne quasi un’ossessione negli studi sociologici, economici, giuridici sul lavoro, di cui ancora oggi giunge talvolta l’eco.

L’autonomia individuale ridiventa principio da riaffermare con forza e il contratto torna ad essere “strumento di regolazione di relazioni socio-economiche incentrate sull’individuo e non più sul collettivo”<sup>46</sup>, tanto da legittimare nuove teoriche sulla derogabilità individuale (seppure “assistita”),

violano il principio della libera concorrenza nel mercato e il conflitto industriale come una illecita interferenza nei diritti derivanti dai contratti e dal diritto di proprietà, in conformità con la formula di Hayek” (v. WEDDERBURN, *I diritti del lavoro*, Giuffrè, 1998, p. 128).

<sup>44</sup> WEDDERBURN, *op. cit.*, p. 113. Ricorda Lord Wedderburn che “la *deregulation* inglese ha un’ulteriore caratteristica, tipicamente *hayekiana*”, producendo “una lenta erosione della piattaforma di diritti relativi alla tutela del lavoro e parallelamente una graduale riduzione dei diritti nell’area della sicurezza sociale, al fine di assicurare solo un elementare livello di tutela in caso di provato stato di bisogno” (ivi, p. 115). In realtà oggi possiamo estendere questo giudizio ad un’area molto più vasta che ricomprende purtroppo anche il nostro paese.

<sup>45</sup> Sul ritorno all’individualismo, o per meglio dire all’individualizzazione dei rapporti sociali, v. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, in *DLRI*, 1990, 1, p. 113 ss.

<sup>46</sup> V. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 175 ss., anche per una rilettura più ampia dell’involutione del diritto del lavoro e del “ritorno al contratto” che ha caratterizzato questa lunga fase, fino ai giorni nostri.

dimenticando che il contratto (qualunque contratto, ma particolarmente quello che ha ad oggetto la prestazione di lavoro alle dipendenze altrui) viene concluso, come scrive Sacco, “in un quadro economico dominato da cento strettoie”<sup>47</sup> e che dunque solo la regolamentazione eteronoma – a condizione evidentemente di essere ispirata da opzioni solidaristiche – è in grado di salvaguardare i principi di giustizia contrattuale, specialmente laddove sono evidenti le asimmetrie di potere fra le parti.

La *flexicurity*, in questo nuovo contesto, nello spostare gli oneri delle tutele dal privato al pubblico (e dal rapporto di lavoro al mercato), ha rappresentato un ultimo tentativo di compromesso fra le esigenze di competitività delle imprese, chiamate a fronteggiare un mercato aperto e globale, e l'interesse alla salvaguardia di necessari livelli di tutela, ma si è trattato di un compromesso ambiguo e di difficile definizione<sup>48</sup>, tanto più se calato in una situazione di crisi economica e di scarse risorse pubbliche, così da far registrare un esito non positivo e, come si è notato, “drammaticamente inefficiente”<sup>49</sup>.

Tutta l'evoluzione che si è registrata nel corso degli ultimi decenni potrebbe dirsi un fluire ininterrotto di teorie e politiche che hanno via via riaggiustato la portata della norma inderogabile nel diritto del lavoro, fino a quasi ribaltarne scopo e funzione, nel senso della restituzione ai poteri di autonomia di fette sempre più ampie di regolamentazione dei rapporti lavorativi. E, dall'altro lato, di interventi e pressioni per riconsiderare la struttura della contrattazione collettiva, spostandone l'asse dalla categoria all'azienda (o al “territorio produttivo”), giustificando la rottura del principio di omogeneità e di uniformità dei trattamenti economici e normativi con la tesi della “vicinanza” e della “prossimità”, onde assicurare alle aziende la possibilità di introdurre deroghe più o meno estese, allo scopo, essenzialmente, di incidere sul costo del lavoro.

Interrogandosi sulla questione della giustizia contrattuale, si può dedurre

<sup>47</sup> SACCO, *op. cit.*, p. 535.

<sup>48</sup> Fra l'altro quasi mai aderente al modello teorico disegnato da WILTHAGEN e TROS, di cui si veda *The concept of “flexicurity”: a new approach to regulating employment and labour market*, in *Transfer*, 2004, 10, p. 166 ss.

<sup>49</sup> In termini ANGIOLINI e CARABELLI, *op. cit.*, p. 218. Scambio fra beni non equivalenti, come peraltro nota giustamente F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 119 ss.

un costante movimento dell’asse baricentrico del contratto di lavoro dagli obiettivi e dalle logiche proprie della giustizia distributiva, resi possibili dal collegamento dinamico e incrementale delle fonti negoziali e legali, a obiettivi e logiche profondamente diverse, che vedono prevalere le fonti sottoordinate (il contratto individuale e il contratto aziendale) rispetto alle fonti sovraordinate (legge e contratto di categoria).

Tanti sono stati i passaggi significativi e naturalmente in questa sede sarebbe improprio tentare una ricognizione<sup>50</sup>.

Rimanendo su un piano di sintesi e volendo ricordare qualche aspetto emblematico, si può forse dire che uno dei primi passaggi critici sia quello registrato sui poteri regolamentari delle parti nella fase genetica del rapporto lavorativo.

Emblematica è, a tal riguardo, la vicenda del contratto a termine.

L’anacronistica disciplina della l. 18 aprile 1962 n. 230, fondata su ipotesi autorizzatorie tassative e definite *ex ante*, ovviamente pensata per un’organizzazione produttiva molto compartimentalizzata e standardizzata, è stata prima rivista in senso liberalizzante dalla lontana l. 28 febbraio 1986 n. 57 (in un’ottica però regolamentata e contrattata) e poi completamente abrogata e sostituita agli inizi del secolo da una nuova disciplina che, fondandosi su un sistema di causali generiche, ha di fatto collocato i poteri di controllo sugli atti di autonomia *ex post*, affidandoli al giudice, e determinando così un controllo basato non più sulla corrispondenza dell’atto negoziale alla norma inderogabile di legge ma sulla ragionevolezza/congruità/razionalità della scelta in rapporto alle ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive indicate dal d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368.

La più ampia facoltà di determinare le condizioni di stabilità del rapporto lavorativo nel tempo non ha dunque totalmente aggirato o escluso il principio di eteronomia, su cui si è fondata l’eguaglianza delle parti nel contratto di lavoro, ma ne ha modificato i protagonisti (il giudice e non più il diritto positivo) la strumentazione giuridica (non controllo di conformità ma valutativo e casistico) e infine il modello “decisorio” (dall’inderogabilità alla ragionevolezza)<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Per una ricostruzione storico-critica molto efficace si veda A. ZOPPOLI, *Il declino dell’inderogabilità*, in questa Rivista, 2013, I, p. 53 ss.

<sup>51</sup> Ho sviluppato queste osservazioni in modo più approfondito nel volume *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza* già citato.

La successiva, ipertrofica produzione di nuovi modelli contrattuali, con relativa disciplina derogatoria, come previsto dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, ha poi realizzato uno schema in cui, se da un lato il rapporto fra autonomia ed eteronomia non può dirsi ribaltato in linea di principio, l'inderogabilità è completamente disattesa nei fatti, venendo meno ad uno dei postulati della legislazione lavoristica, ossia l'applicazione tendenzialmente generalizzata della medesima regolamentazione legale, lasciando alla contrattazione gli spazi di differenziazione regolativa.

Il quadro legale è invece frantumato, derivandone una percepibile e sempre più estesa differenza di trattamento fra settori e fra attività lavorative, fra diversi moduli contrattuali tutti disponibili *ad libitum*, con effetto di "stimolo" delle disuguaglianze, il che vuol dire, fra l'altro, anche potenziamento del potere di fatto del contraente forte<sup>52</sup>. Una legislazione che dunque, in estrema sintesi, non sembra sbagliato definire "...di tipo adattivo, deregolativo, puramente riflessiva delle pressanti richieste poste dal mondo della economia"<sup>53</sup>, ha prodotto in modo evidente uno sbilanciamento di potere contrattuale fra le parti senza neppure dover ricorrere a formule di derogabilità individuale (assistite o meno), allontanando il contratto di lavoro dalla sua funzione civilizzatrice e dal suo insito meccanismo di salvaguardia del trattamento applicabile alla generalità dei lavoratori.

##### 5. *La crisi attuale del diritto del lavoro. Fra liberismo e protezionismo*

Ma in effetti anche questa stagione sta volgendo al termine, lasciando il posto a diverse problematiche e nuovi cambiamenti *inattesi*<sup>54</sup>.

In un suo recente saggio Cassese ricorda quanto problematico sia il riconoscimento dei diritti sociali in quest'epoca di crisi economica e di crisi

<sup>52</sup> Come notava tempo fa DEL PUNTA "un imprenditore che può trattare diversamente i suoi dipendenti, senza doverne minimamente rispondere, non fa che applicare all'estrema potenza la regola del *divide et impera*, consolidando la sua posizione di supremazia" v. DEL PUNTA, *Luciano Ventura e il pragmatismo dell'uguaglianza*, in CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2004, p. 110.

<sup>53</sup> MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, 4, p. 585 ss.

<sup>54</sup> Nel senso che ne dà Edgar Morin, di eventi in grado di cambiare la traiettoria storica, che non cessa mai in verità di apparirci "lineare" per una visione del progresso che il filosofo francese definisce "pseudo-razionale" (v. MORIN, *Penser global. L'homme et son univers*, Editions de la Maison des sciences de l'homme, 2015).

dei bilanci pubblici, e quanto difficile sia stabilire chi debba sopportare i sacrifici per la competitività e i costi dei tagli alla spesa sociale, insomma quali debbano essere le priorità. Poiché se da un lato dovrebbe essere “ragionevole” che, “avendo i diritti sociali un contenuto flessibile”, si debba necessariamente operare un bilanciamento con le esigenze del pareggio di bilancio e con gli altri diritti e principi costituzionali, proprio una così acuta crisi sociale ed economica potrebbe far presumere come prioritario il bisogno di assicurare invece la loro effettività, considerando questi diritti intangibili o almeno in parte non negoziabili<sup>55</sup>.

È dunque probabilmente anacronistico rispetto alla fase, che richiederebbe politiche espansive e di sostegno alla domanda, il disegno riformatore meglio noto come *Jobs Act*, incentrato sul duplice obiettivo di spostare le tutele dal rapporto lavorativo al mercato e di rafforzare i poteri imprenditoriali, nell'illusione di migliorare le condizioni dell'economia nazionale con soluzioni che Stiglitz ha definito di tipo *offertista*, ossia basate essenzialmente sul sostegno alle imprese (una linea rivelatasi obiettivamente fallimentare ma che continua a fare proseliti in Italia e in Europa fra politici che amano circondarsi di “yes men”).

Anche questo è un tema molto ampio. Ma al di là delle valutazioni di merito, non credo sia contestabile che il legislatore ha indirizzato le politiche legislative in una direzione ben diversa da quella tratteggiata in passato, che poneva il diritto del lavoro all'apice dell'ordinamento a tutela del “contraente debole”<sup>56</sup>. Può anche esser vero che nella teorica astratta della flessibilità o *flexicurity* “...il versante “flex” (*flexibility*) della crisi non è soltanto *deregulation*”<sup>57</sup>, ma è “scambiare” la realtà con la propria visione ideologica continuare a sostenere che flessibilità e precarietà non coincidono sul piano sociale e nelle politiche legislative, mettendo in crisi l'effettività di diritti fondamentali, che, come giustamente osserva Mariucci, non sono capaci di auto-realizzazione.

In realtà non c'è in questo nulla di nuovo sotto il sole e il nostro è da molto tempo “...un legislatore monodimensionale, cioè dotato di un preciso

<sup>55</sup> CASSESE, *I diritti sociali degli “altri”*, in *RDSS*, 2015, 4, p. 677 ss. Per un dibattito sui temi della crisi e dell'impatto sui diritti sociali si veda, fra gli altri, il volume a cura di CARUSO e FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, 2015.

<sup>56</sup> Per un affresco storico sulla crisi del diritto del lavoro GIUBBONI, *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *PD*, 2015, 2, p. 257 ss.

<sup>57</sup> v. DEL PUNTA, CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 2016, 4, p. 669.

modello regolativo (l'economia di mercato con al centro gli interessi dell'impresa concorrenziale) al quale conformare la società"<sup>58</sup>. A partire almeno dalla seconda metà degli anni novanta, dall'adozione del "pacchetto Treu", la legislazione ha posto altri valori al centro del proprio agire, nell'ottica di rendere il diritto del lavoro un diritto funzionale all'interesse dell'imprenditore sia in senso prettamente economico che nella regolamentazione dei rapporti giuridici, quasi a voler operare una sorta di ridefinizione dell'assetto di interessi dopo la fase del bilanciamento e dell'eguaglianza fra le parti.

La produzione normativa recente si caratterizza ora per il ricorso a schemi fondati sull'opposto principio di derogabilità delle norme di tutela, basati sul rinvio all'autonomia collettiva e, finanche, all'autonomia individuale (più o meno "assistita"). Seppure la presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche non può dirsi in linea di principio abbandonata<sup>59</sup>, l'intensità e il numero dei rinvii al potere derogatorio collettivo-sindacale (a qualunque livello di contrattazione, anche aziendale) e all'autonomia individuale (non sempre con adeguate garanzie) fa sì che di quella tradizione garantista incarnata dalla "norma inderogabile" resti solo il ricordo. Indicando in tal modo una tendenza (peraltro confermata anche da altri "sintomi" o fattori di crisi del diritto tutelare) dissonante ed antitetica rispetto a quella già da tempo presente nel sistema civilistico delle obbligazioni, in cui, anche se in modi certo limitati e per obiettivi finali che potrebbero dirsi "mercatasti", proprio l'inderogabilità è stata riscoperta come modello di riferimento per la tutela di interessi trascendenti quelli meramente individuali delle parti, nell'ottica del necessario bilanciamento degli squilibri contrattuali a tutela del "contraente debole".

Rispetto al problema dell'inderogabilità, cruciale per garantire condizioni di eguaglianza, gli interventi operati con le riforme del governo Renzi sono stati considerati addirittura più incisivi dell'art. 8 l. 14 settembre 2011

<sup>58</sup> L. ZOPPOLI, *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, in *LD*, 2016, 4, p. 691. Condivido pienamente la tesi di Zoppoli secondo cui il peccato originale della dottrina giuslavorista "riformista" sta nell'aver affidato "lo sviluppo del c.d. modello garantista del diritto del lavoro ad una socialdemocrazia in sofferta trasformazione, sempre più incerta sui suoi valori e sui suoi confini identitari... la vera causa della subalternità della dottrina giuslavorista maggioritaria al *mainstreaming* della teoria economica liberista" (ivi, p. 687).

<sup>59</sup> DE LUCA TAMAJO, *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa tra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 25 ss.

n. 148, giacché mentre questa disposizione, per quanto criticabile, garantiva la “mediazione” sindacale, nel *Jobs Act* la *deregulation* è secca e non condizionata dunque dalla volontà, presumibilmente “garantista”, dei soggetti collettivi<sup>60</sup>.

L'intervento della legge appare ispirato da obiettivi di liberalizzazione e individualizzazione dei rapporti lavorativi che passano sia attraverso la revisione critica della teoria della “norma inderogabile” che attraverso la riscrittura dei contenuti normativi e dei dispositivi di tutela osteggiati dal mondo dell'impresa. Si potrebbe dire, in estrema sintesi, che ancora una volta la storia europea vede contrapporsi *regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti*, con una chiara affermazione, in questo momento storico, della prima. Forse, decostruendo il diritto del lavoro degli ultimi venti anni (1997-2017), si svelerebbe il “grande sonno” della ragione e si potrebbero riconsiderare le politiche disastrose fin qui perseguite dalle élite europee, nella speranza (allo stato ancora utopica) che da questa crisi esca non un piccolo aggiustamento ma un profondo ribaltamento del modo di pensare e considerare le garanzie sociali, i diritti del lavoro, come un “bene comune” da mettere in sicurezza<sup>61</sup>.

#### 6. Per concludere. Riforme, crisi, giustizia contrattuale

Il complesso di interventi che passano sotto il nome di *Jobs Act* è diretto, per espressa indicazione dei suoi estensori, a rendere più “conveniente” investire in Italia e meno problematico gestire i flussi di forza lavoro, ossia incentivare una maggiore adattabilità dei lavoratori in azienda e, si potrebbe aggiungere, ristrutturare il potere dell'imprenditore in azienda.

Bisogna ammettere che gli interventi legislativi sul contratto di lavoro hanno avuto effetti di rara intensità sulla distribuzione dei poteri fra le parti, in relazione a tutte le fasi del rapporto negoziale fra lavoratore ed imprenditore.

Si faranno di seguito dei riferimenti emblematici, in modo impressionistico e senza alcun approfondimento né sistematico né dommatico.

<sup>60</sup> Si veda ancora DE LUCA TAMAJO, *La inderogabilità della normativa*, cit., p. 27 ss.

<sup>61</sup> Come del resto tanti oramai auspicano. Si veda per tutti SARACENO, *Si può pensare al Welfare come bene comune?*, in *IM*, 2014, 6, p. 906 ss.

Si è discusso in precedenza della vicenda del contratto a termine ed è appena il caso di ricordare che con il c.d. decreto Poletti, poi interamente trasfuso nel d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, si è scelto di parificare completamente il potere del datore di lavoro di assunzione di un lavoratore a tempo indeterminato o di un lavoratore a termine. Resta, è vero, la previsione di vincoli numerico-quantitativi (20% delle assunzioni a termine, ma senza sanzioni effettive e dissuasive<sup>62</sup>) ed il limite temporale (36 mesi), ma la loro derogabilità (ammessa prevalentemente dalla dottrina anche *in pejus*<sup>63</sup>) rende di fatto modificabile a favore dell'imprenditore anche queste residue limitazioni del potere negoziale in fase di costituzione del rapporto.

La (quasi) completa liberalizzazione del contratto a termine implica logicamente un potere datoriale rafforzato nella fase genetica del contratto e, in modo speculare, una maggiore debolezza del lavoratore in un momento cruciale del rapporto lavorativo, in cui, fra l'altro, si fissano le condizioni del futuro rapporto contrattuale, destinate poi, fatta salva la comune volontà delle parti successiva alla stipulazione del contratto medesimo, a caratterizzare ed informare l'intero svolgimento della relazione giuridica nel futuro.

Si aggiunga a tali "aperture" la previsione di derogabilità anche del limite temporale in caso di riassunzione del lavoratore per mansioni diverse e non equivalenti (art. 19 d.lgs. n. 81/2015) e la possibilità, pur dopo il raggiungimento del limite, di stipulare un ulteriore contratto a termine della durata di 12 mesi in sede "assistita" (dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro competente per territorio), e si avrà chiaro l'intendimento del legislatore di un'ulteriore e definitiva liberalizzazione dello strumento principe della precarietà lavorativa.

Risulta così evidente che i dispositivi di tutela previsti dalla legge, quando presenti, sono da intendersi alla stregua di norme semi-imperative, cedevoli, e sul piano dei riferimenti in termini di giustizia contrattuale ciò significa, evidentemente, l'abbandono di qualunque obiettivo di giustizia so-

<sup>62</sup> Disposizione di analogo tenore è prevista per il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, con una soglia massima fissata al 10% ed anche in questo caso è prevista la derogabilità ad opera dei contratti collettivi.

<sup>63</sup> La norma in questione dovrebbe a mio avviso essere letta ed interpretata nel senso di consentire unicamente deroghe *in melius*, nell'interesse del prestatore, come ho esposto in *Indelegabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT, 2015, 276, pp. 23-25.

stanziale e l’approdo a formule che evocano semmai un controllo di conformità, ossia criteri di giustizia procedurale.

Proprio il contratto a termine rappresenta, si ripete, il fattore principale di precarizzazione dei rapporti lavorativi, soprattutto delle fasce giovanili del mercato del lavoro, introducendo un potente inibitore dell’integrazione dei lavoratori e dell’eguaglianza dei trattamenti<sup>64</sup>.

La liberalizzazione completa del contratto a termine è quindi un ulteriore impulso a “disintermediare” – per usare un’espressione *a la page* – e a differenziare le condizioni economiche e normative del lavoro dipendente. Se consideriamo poi l’utilizzo spregiudicato del rinvio della legge all’autonomia collettiva – in base all’art. 51 del d.lgs. 81/15 senza alcuna individuazione del livello di contrattazione equiparando, quanto alle fonti che possiedono il “magico” potere di modificare i dispositivi legali, il contratto aziendale a quello territoriale e nazionale, con un non chiaro limite relativo alla rappresentatività degli agenti negoziali<sup>65</sup> – la spinta pare essere davvero molto forte e in contro-tendenza rispetto all’annuncio, tante volte ripetuto, di politiche volte a superare la precarietà lavorativa.

Sempre sul lato del momento genetico del rapporto lavorativo, la disposizione dell’art. 2, comma 1°, d.lgs. n. 81/2015, concretizza – pur nel contesto di un vivace dibattito dottrinale circa l’effetto giuridico sotteso all’estensione alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina del lavoro subordinato<sup>66</sup> – l’auspicata rivisitazione di una delle pagine più oscure delle politiche legislative negli ultimi decenni, finalmente incidendo con un adeguato meccanismo sanzionatorio sull’abuso di schemi formalmente non subordinati per l’assunzione di nuovi lavoratori, per lo più giovani, destinati ad integrarsi nell’organizzazione del lavoro datoriale senza poter esigere la contro-prestazione prevista in termini di garanzie e corrispettivi dal contratto di lavoro subordinato. Tuttavia anche in questo caso il legislatore sembra in preda ad una frenetica e compulsiva volontà di creare un numero esorbitante di “eccezioni alla regola” dal contenuto non chiaro, che di fatto, almeno in parte, finiscono per smentire il pur apprezzabile intento riformatore. Fra queste, la più problematica risulta essere indubbiamente quella prevista dalla let-

<sup>64</sup> Cfr. ANGIOLINI, CARABELLI, *op. cit.*, p. 219.

<sup>65</sup> V. in tal senso, fra gli altri, LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *QG*, 2015, 3, spec. p. 52.

<sup>66</sup> Una sintesi forse troppo “unilaterale” è in PERULLI, *Le nuova frontiere del diritto del lavoro*, cit., p. 11 ss.

tera a), relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”<sup>67</sup>. La *ratio* è, probabilmente, salvaguardare le imprese che hanno impiegato lavoratori precari con contratti di collaborazione in settori o attività lavorative peculiari (come i *call center* ed altri simili), ove era già presente una regolamentazione collettiva a garanzia di minimali standard di trattamento dei collaboratori. Ma ovviamente, seppure si ritenga che l’art. 2, comma I, dimostri soltanto l’estensione *ope legis* della disciplina del lavoro subordinato ad una fattispecie di lavoro non subordinato, questa deroga non di meno consente di eludere il modello di disciplina applicabile al rapporto lavorativo in modo in verità poco chiaro, con riferimento all’esistenza di “discipline specifiche” derivanti da accordi collettivi nazionali<sup>68</sup>.

La riforma dell’art. 2103 c.c. e la nuova disciplina delle mansioni introducono poi nuove strutture portanti del contratto di lavoro che modificano sensibilmente l’equilibrio negoziale, definendo un innegabile e controverso ampliamento della prestazione esigibile da parte del datore e, dunque, corrispondentemente, un aggravamento dell’area del debito del lavoratore.

L’abolizione del principio di equivalenza rappresenta un aspetto molto critico della nuova disciplina, derivandone da un lato un meccanismo di comparazione basato sulle declaratorie contrattuali del settore privato (emulando quanto previsto per il rapporto di lavoro pubblico dal d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, dove però la contrattazione collettiva si svolge in modo certamente più “sorvegliato”), dall’altro uno svuotamento del potere del giudice di sindacare nel merito, a fini di tutela della professionalità del lavoratore, la mobilità del lavoratore da un posto di lavoro ad un altro.

Anche qui bisogna osservare come la tecnica della derogabilità dei di-

<sup>67</sup> A cui si aggiungono le collaborazioni prestate nell’esercizio di professioni intellettuali (lett. b), quelle relative alle funzioni dei componenti i consigli di amministrazioni e di controllo delle società di capitale, e le collaborazioni in favore di associazioni sportive (lett. c).

<sup>68</sup> Non si comprende in realtà molto bene se debba trattarsi di discipline organiche o anche soltanto parziali dei rapporti di “collaborazione dipendente”, e se debba esservi un limite intrinseco di queste “discipline”, oltre il quale il contratto collettivo non può realizzare l’effetto derogatorio. Sul punto PERULLI, in *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, IT, 2015, 272, p. 20.

spositivi legali sia funzionale (e conduca inevitabilmente) ad una differenziazione delle condizioni lavorative che pare oramai spinta ai limiti, con la possibilità, data alle parti in via bilaterale o anche unilateralmente al datore, di modificare il contenuto obbligatorio del contratto e la natura stessa delle prestazioni dedotte, fino al punto di poter convenire pattiziamente (in sede collettiva ma con le problematiche di rappresentatività già segnalate) il demansionamento, prevedendo poi patti individuali in deroga con modifiche della retribuzione e del livello di inquadramento che espongono concretamente il contraente debole al rischio di abusi<sup>69</sup>.

La “derogabilità assistita”, dopo essere stata accantonata dal legislatore nell’oramai lontano disegno legislativo introdotto dal d.lgs. 276/03, rientra ora nel novero delle possibilità grazie alla riforma del 2015 del Governo Renzi. Certo non nel senso di consentire la dismissione di qualsiasi tutela – è del resto ancora valido il principio posto dalla Corte costituzionale sull’indisponibilità del tipo contrattuale – ma come traccia per ora “limitata” ai contenuti della prestazione lavorativa, investendo tuttavia momenti cruciali e delicatissimi del rapporto contrattuale datore/lavoratore e prefigurando futuri scenari delle relazioni giuridiche sempre più distaccati dall’obiettivo di garantire una tutela compatta ed egualitaria e sempre più vicini ad esigenze eteronome fondate su (veri o presunti) principi economici.

Questi aspetti sono solo una parte delle criticità riscontrabili a seguito degli interventi legislativi degli ultimi anni (o decenni), accomunati dalla medesima ispirazione di fondo, concentrando gli interventi di stimolo dell’economia sul lato dell’impresa e trascurando completamente (o quanto meno sottovalutando) il sostegno alla domanda, vale a dire il sostegno ai salari, alla contrattazione collettiva e al potere d’acquisto dei lavoratori. Questa direttrice di politica economica largamente dominante ha avuto come ulteriore frutto le politiche legislative di deregolamentazione recenti, nell’illusione che l’abbattimento (o l’azzeramento) del rischio economico collegato al diritto del lavoro fosse la via maestra per garantire uno sviluppo economico-sociale diffuso.

Di questa “linea” tuttora attiva e predominante<sup>70</sup>, è espressione proba-

<sup>69</sup> Fra gli altri cfr. 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*, IT, 2015, 217; in modo più incisivo GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, IT, 2015, 268.

<sup>70</sup> Ancora in questi giorni si apprende dai giornali (v. *Corriere della Sera* del 31 maggio

bilmente il nuovo contratto a tutele crescenti, un contratto di lavoro a tempo indeterminato che si differenzia da quello tradizionale unicamente per la nuova disciplina dei licenziamenti per gli assunti successivamente al 7 marzo 2015, sottoposti ad un regime giuridico per effetto del quale il potere di recesso del datore di lavoro è presidiato da garanzie di effettività anche in caso di suo illegittimo esercizio<sup>71</sup>.

Al di là degli aspetti contenutistici e dei limiti obiettivi di una disciplina complessivamente carente sotto l'aspetto tecnico-giuridico, introducendo concetti e riferimenti estranei al bagaglio culturale del diritto del lavoro e del diritto delle obbligazioni<sup>72</sup>, mi preme sottolineare come tale disciplina risulti obiettivamente sbilanciata rispetto al principio di tutela del contraente debole<sup>73</sup>.

Bisogna ricordare che la cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per recesso unilaterale del datore di lavoro, traducendosi in un rifiuto della prestazione lavorativa da parte del creditore della prestazione medesima, dovrebbe essere sostenuta e giustificata, alla luce dei principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni, da un motivo legittimo, che, nel diritto del lavoro, è comprovato dal ricorrere di una delle fattispecie autorizzatorie previste dalla legge (art. 2119 c.c., l. 15 luglio 1966 n. 604, l. 23 luglio 1991 n. 223). Ma se

2017) che la politica economica prefigurata ora dalle forze di governo attuali dopo anni di *austerità* sarebbe sintetizzata dallo slogan “dopo i tagli abbassiamo le tasse”. Ancora una volta un programma in cui sembra essere accantonato ogni proposito redistributivo e finanche di mero sostegno alla domanda interna.

<sup>71</sup> Sui problemi sistematici e di costituzionalità della nuova normativa si è scritto molto. Si vedano, fra gli altri, su posizioni critiche, GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, IT, 2015, 246; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL* 2016, I, I, p. 111 ss.; se si vuole anche il mio *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, p. 77 ss.

<sup>72</sup> Mi riferisco evidentemente al noto problema della sussistenza/insussistenza del “fatto materiale” contestato al dipendente che rappresenta il discrimine posto dalla legge per l'applicazione della reintegrazione in caso di illegittimità del recesso datoriale motivato da ragioni disciplinari. La questione ha sollevato un vespaio di polemiche e discussioni, degne, come si dice in questi casi, di miglior causa. Una sintesi può leggersi in CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol.V, Cedam, 2017, p. 1016 ss., anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>73</sup> Si potrebbe in tal senso condividere l'ironica considerazione di ANGIOLINI e CARABELLI, nel già citato saggio *Le ragioni (di un nuovo statuto) dei diritti dei lavoratori*, p. 221, secondo cui d'ora in poi il contratto a tempo indeterminato sarà tale solo nel senso che “..indeterminato è il momento in cui il datore di lavoro deciderà – sostanzialmente *ad libitum*, solo accollandosi un costo relativamente basso per il proprio recesso – di liberarsi di un lavoratore sgradito”.

sul piano dei principi che consentono il recesso sembra esserci accordo, sul piano rimediabile il diritto delle obbligazioni e il diritto del lavoro divaricano profondamente le proprie direttrici di tutela del contraente “incolpevole”, ingiustamente pregiudicato dall’esercizio illegittimo del potere di recesso. In particolare, la disciplina del licenziamento ha evidente carattere derogatorio rispetto al sistema del codice, in cui, in caso di unilaterale ed illegittimo rifiuto della prestazione, il creditore, fermo il principio dell’esecuzione specifica dell’obbligo di ricevere la prestazione, è tenuto all’integrale risarcimento dei danni derivante dall’inadempimento. Quando poi consideriamo l’elaborazione, da parte della Suprema Corte di Cassazione, di un principio di abuso del diritto in caso di esercizio del diritto di recesso nel caso in cui il contraente non tenga conto dell’interesse dell’altra parte, e ciò, si badi bene, anche nelle ipotesi in cui non sussiste in contratto un vincolo giuridico impeditivo del recesso *ad nutum*, allora evidentemente la divaricazione a cui si accennava in precedenza risalta in modo maggiormente significativo ed ampio<sup>74</sup>.

Se si valuta, a tal riguardo, l’equilibrio contrattuale, solo su un piano formale – come eguaglianza di diritto – può formularsi un giudizio valutativo positivo della legislazione recente, ma la giustizia contrattuale torna ad essere una giustizia intesa in termini puramente procedurali. L’eguaglianza di fatto, perseguita attraverso gli schemi del “diritto diseguale”, ossia mediante la tutela differenziata del contraente debole e il principio del *favor*, pare essere oramai recessiva, non essendo più nelle “corde” del legislatore il perseguimento dell’obiettivo indicato dall’art. 3 della Costituzione, a cui indubbiamente mirava il regime vincolistico in materia di licenziamento.

Del resto anche negli altri casi e fattispecie a cui si è fatto riferimento in questa introduzione, il principio di giustizia distributiva sembra molto lontano dagli orizzonti del legislatore, privilegiandosi piuttosto l’eguaglianza formale delle parti e, in quest’ottica, il perseguimento semmai di obiettivi finalistici di altra natura<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Si veda sul punto la nota n. 16.

<sup>75</sup> Eppure sono passati pochi anni da quando si auspicava “un nuovo equilibrio tra le diverse tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro”, ma convenendo sul fatto che “non c’è nessuna correlazione automatica, come alcuni sostengono, tra la riduzione delle tutele nel rapporto di lavoro e il rafforzamento della stabilità sul mercato del lavoro (né per gli *insiders* né per gli *outsiders*)” (TREU, *A quarant’anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2011, 1, I, p. 11). Considerazioni condivisibili ed illuminate ma dimenticate completamente dalla classe politica e dalla maggioranza di governo.

La questione della giustizia contrattuale, in conclusione, è un tema estremamente controverso nella fase attuale, in cui il legislatore agisce sulla base di stimoli eteronomi di difficile inquadramento nell'ambito delle direttrici tradizionali di tutela del contraente debole, gettando alle ortiche, a quanto sembra, questo riferimento e ridefinendo verso il basso i vincoli eteronomistici e solidaristici, per privilegiare piuttosto il mero rapporto di scambio e l'interesse dell'impresa, nella sua poliedrica realtà, nell'ottica di una riconsiderazione dell'interesse generale secondo visioni, a mio avviso, riduttive<sup>76</sup>.

Ma si tornerà a pensare al diritto del lavoro come strumento di giustizia distributiva? Bisogna sempre ricordare le parole di Bobbio: "Il diritto al lavoro è nato con la Rivoluzione industriale ed è strettamente legato al suo compimento. Tale diritto non basta fondarlo né proclamarlo. Ma non basta neppure proteggerlo. Il problema della sua attuazione non è un problema filosofico o morale. È un problema la cui soluzione dipende da un certo sviluppo della società, e come tale sfida anche la Costituzione più progredita e mette in crisi anche il più perfetto meccanismo di garanzia giuridica"<sup>77</sup>. Solo staccandoci definitivamente dalla cultura che ha preso il sopravvento e ha dominato il mondo negli ultimi "non gloriosi" trent'anni e riconsiderando criticamente l'inebriante modello di capitalismo fondato sul primato degli interessi privati<sup>78</sup> – che ha creato, come scrive Maria Rosaria Ferrarese, un'economia e un orizzonte culturale incentrati sul rischio, sulle paure e sulle incertezze<sup>79</sup> – forse giustizia ed efficienza costituiranno di nuovo i termini di una dialettica non oppositiva.

<sup>76</sup> In una prospettiva riformatrice, per "ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto", superando lo steccato del lavoro subordinato e mettendo al centro "la persona concretamente situata nel suo percorso esistenziale e nelle sue relazioni sociali", ALLEGRI, *Per un nuovo garantismo sociale. Una rilettura costituzionale oltre la società salariale*, in *RCD*, 2015, 4, p. 613 ss.; per un recente contributo in tal senso v. MARIUCCI, *op. cit.*, anche per una critica serrata (ed appropriata) alla tendenza ad indebolire se non annullare le norme inderogabili, rimettendo al centro dei meccanismi regolativi l'autonomia individuale.

<sup>77</sup> BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. 43.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, 2011.

<sup>79</sup> v. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, in *IM*, 2017, p. 137.

## **Abstract**

Il saggio riprende l'introduzione al convegno di studi sul tema La giustizia contrattuale e il diritto del lavoro, svolto a Reggio Calabria il 4 giugno 2016, e mantiene la stessa finalità. Il contributo dell'autore vuole soltanto dare le coordinate fondamentali della discussione su questo tema. Il saggio, nella sua parte iniziale, illustra lo stato del dibattito e cerca di collegare la questione della giustizia contrattuale all'evoluzione del sistema giuridico, considerando sia il dibattito civilista che giuslavoristico. Nella seconda parte l'autore indica i nuovi riferimenti di fondo del diritto del lavoro, da cui possono derivare cambiamenti strutturali, introdotti dalle recenti riforme del lavoro. Le conclusioni non sono assertive ma problematiche ed aperte alla possibilità di recupero della funzione tutelare del diritto del lavoro.

The essay resumes the introduction to the conference on “Contractual Justice and Labor Law”, held in Reggio Calabria on June 4, 2016, and maintains the same purpose. In fact, the author only wants to give the basic coordinates of the discussion on this subject. The essay, at its beginning, illustrates the state of the debate and seeks to link the question of contractual justice to the evolution of the legal system. In the second part, the author indicates the new fundamental references to labor law, which may result from structural changes introduced by recent labor reforms. The conclusions are not assertive but problematic and open to the possibility of recovering the protection function of labor law.

## **Key words**

Giustizia contrattuale, Recenti riforme del lavoro, Funzione protettiva del diritto del lavoro.

Contractual justice, Recent labor reforms, Protection function of labor law.



## Nunzia Castelli

### Contrattualismo e diritto del lavoro: la strana coppia\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il contrattualismo nel sistema capitalistico-liberale: accenni. **2.1.** Contrattualismo e nuovi principi democratici. **2.2.** Il contrattualismo nella crisi del diritto del lavoro garantista. **3.** La rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro della crisi. **4.** L'insufficienza della strumentazione civilistica. **5.** Considerazioni conclusive.

#### I. *Introduzione*

I processi di mercificazione indotti dal consolidamento del modello di sviluppo economico e sociale neoliberista stanno mettendo in discussione i fondamenti giuridici e culturali sui quali si è consolidata la giuridificazione dei rapporti di lavoro. La progressiva perdita di proiezione politico-pubblica e di protezione giuridica dei valori di libertà, giustizia, uguaglianza e solidarietà, sui quali si è costruito il consenso sociale che ha permesso la pacificazione e lo sviluppo sociale europeo, si accompagna e si traduce infatti, sul piano della regolazione dei rapporti di lavoro, in un processo di accentuata “decostituzionalizzazione” del diritto del lavoro di fonte statale. Quest’ultimo vede fortemente debilitata la sua funzione di strumento di realizzazione della promessa costituzionale di rimozione delle disuguaglianze e pertanto la sua capacità di servire da meccanismo di razionalizzazione del potere datoriale e da strumento di emancipazione dalla condizione di subordinazione e sfruttamento nella quale il mercato relega il lavoro. In questo modo, tende ine-

\* Il presente contributo costituisce un estratto del libro *Contratto, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales*, pubblicato a fine 2014 dalla casa editrice Bomarzo, grazie al finanziamento corrisposto al Grupo de investigación de Trabajo (GIT) dell’Università di Castilla-La Mancha, rif. G12015048, esercizio 2014.

vitabilmente ad allontanarsi dalle coordinate assiologiche segnate dalla configurazione sociale e democratica dell'organizzazione giuridico-istituzionale nella quale il riconoscimento di diritti sociali e del lavoro e la loro garanzia sul piano giuridico-materiale rappresentano postulati irrinunciabili di materializzazione del progetto di trasformazione sociale contenuto nel testo costituzionale.

Si tratta di un fenomeno complesso e multiforme che prende avvio già a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso ma che registra una notevole accelerazione quale effetto della risposta istituzionale all'attuale contesto di crisi economica e sociale, incentrata su obiettivi di riespansione e liberalizzazione del mercato del lavoro e di flessibilizzazione nell'esercizio dei poteri datoriali, così come sulla contrazione della spesa pubblica in materia sociale. Un processo, quello in atto, che si concretizza sia attraverso un insieme di decisioni dei poteri pubblici adottate nei diversi livelli di articolazione giuridico-istituzionale che fanno aggio e incentivano riletture in senso neoliberista del testo costituzionale – finendo per deformare la struttura dei diritti del lavoro e ancor prima la loro funzione politico-democratica<sup>1</sup> –, sia attraverso tentativi più o meno riusciti di riscrittura dello stesso, che – sebbene spesso siano presentati quali meri aggiustamenti tecnici – finiscono invece per alterare gravemente i fondamenti sociali, pluralistici e democratici del sistema costituzionale vigente<sup>2</sup>.

Ciò contribuisce ad esaltare i termini di un paradosso intrinseco al diritto del lavoro che ne ha accompagnato l'evoluzione fin dagli esordi: un paradosso che si genera e si struttura intorno a due fenomeni solo apparentemente contraddittori.

Il riferimento è, in primo luogo, a ciò che abbiamo definito come rimercificazione del sistema sociale e politico che, dal punto di vista giuridico, si manifesta anche attraverso un rinnovato auge del contrattualismo, inteso quest'ultimo come riconoscimento di una nuova centralità al contratto quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti economici e sociali. Si tratta di

<sup>1</sup> Cfr. BAYLOS, *La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2015*, in *RDSoc*, 2013, p. 29. Paradigmatico a questo proposito è stato il processo che ha portato alla modifica dell'art. 135 della Costituzione spagnola. Sul punto si rinvia ai commenti contenuti nel *Cuaderno* n. 25/2011 de la Fundación 1º de Mayo, *Reforma del artículo 135 de la Constitución*, disponibile sul sito internet: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno25.pdf>.

<sup>2</sup> Particolarmente incisiva in questo senso la proposta di DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *DP*, 2008, p. 863 ss.

un fenomeno in buona misura associato alla deterritorializzazione dei mercati indotta dalla globalizzazione economica neoliberista e dal superamento della centralità tradizionalmente assegnata allo Stato-Nazione nella nuova geografia del potere riarticolato globalmente. Il risultato è quello di una certa *denazionalizzazione* del diritto e l'affermazione di una normatività emergente: una normatività sostanzialmente privata, che prescinde dai meccanismi consolidati di espressione e di canalizzazione del principio democratico, così come da esigenze di coesione e pacificazione sociale, e si orienta verso la liberalizzazione del commercio e delle finanze su scala globale. Ciò produce evidenti effetti di delegittimazione sul fronte dei soggetti tradizionalmente incaricati di produrre regole giuridiche nell'ambito nazionale e dei loro prodotti tipici: la contrattazione collettiva e la legge, oltre che, ovviamente, sul sistema consolidato di rappresentanza degli interessi e di regolazione dei rapporti di lavoro, tradizionalmente vincolato e condizionato dal contesto politico-istituzionale nazionale e strettamente dipendente dall'intervento e dal riconoscimento dello Stato.

La perdita di "autorità" dello strumento legislativo, quale manifestazione paradigmatica e mezzo di espressione privilegiata del potere sovrano dello Stato sui processi economici e sociali che si sviluppano all'interno della comunità delimitata dai propri confini giuridico-amministrativi deriva adesso non solo dall'interiorizzazione di un certo determinismo economico – che spinge a giustificare la diversificazione degli statuti giuridici del lavoro subordinato sulla base delle trasformazioni e della complicazione delle formule organizzative e produttive imprenditoriali –, ma anche dalle difficoltà di gestire e "governare" con gli strumenti tradizionali processi che travalicano, trascendono e prescindono dalle frontiere nazionali.

Alla svalutazione ed all'inflazione degli interventi di fonte statale-nazionale – ma anche e soprattutto all'incapacità (o mancanza di volontà) di ricostruire efficaci ed efficienti meccanismi di articolazione transnazionale dei principi, dei valori e dei meccanismi di articolazione democratica della società – fa riscontro il crescente protagonismo di altri strumenti extralegislativi ed extragiudiziari di composizione dei conflitti e di regolazione dei rapporti sociali ed economici: strumenti strutturati a partire da – ed intorno a – rapporti di natura privato-contrattuale. Non c'è dubbio, infatti, che il contratto è il nuovo paradigma di questa normatività emergente che si eleva a strumento fondamentale di organizzazione dei rapporti tra imprese<sup>3</sup>. In quanto

<sup>3</sup> Parla a questo proposito del contratto come "dimensione unica dell'economia globale",

strumento di produzione di regole giuridiche non mediato politicamente, il contratto finisce tuttavia per funzionare da meccanismo di canalizzazione esclusiva degli interessi egemonici del mercato globale.

Se è pur vero che la forza dirompente di questo nuovo ordine economico globale sostanzialmente privato riduce drasticamente le concrete possibilità di mantenersi al margine della nuova organizzazione economica ed istituzionale che si sviluppa sul piano transnazionale, è necessario ricordare che si tratta di un ordine che si costruisce e si alimenta anche a partire dall'ambito statale. E ciò non solo quale effetto della *decisione* di trasferire quote crescenti di sovranità nazionale a istituzioni *latu sensu* internazionali chiaramente allineate ai grandi interessi economico-finanziari, ma anche e soprattutto in ragione dell'assoggettamento, l'incorporazione e la riproduzione da parte delle istituzioni nazionali delle logiche, dei valori e dei contenuti di questa normatività emergente. Quello che si intende sottolineare è il ruolo svolto dalla diffusione delle politiche neoconservatrici, ovvero la trascendenza del riposizionamento dello Stato nel nuovo ordine istituzionale internazionale<sup>4</sup>.

D'altra parte, il consolidamento dei processi accennati e le trasformazioni che questi inducono sul piano dei processi di creazione e di distribuzione della ricchezza e dei sistemi organizzativi e produttivi – e pertanto nella realtà materiale sulla quale il diritto del lavoro è chiamato a intervenire – continuano ad alimentare e ad essere strumentalizzati al fine di articolare critiche severe ad un diritto del lavoro costruito sulla base di un prototipo di lavoro e di lavoratore già in via di generale superamento. Le accuse di inidoneità di una disciplina costruita a misura di un riferimento istituzionale, sociale ed economico-produttivo storicamente determinato e già da tempo in chiaro ed inesorabile declino<sup>5</sup> si combinano inoltre con le critiche rivolte al consolidamento di tecniche normative che, privilegiando l'eteronomia

BARCELONA, *Il contratto e l'economia globale*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, 2000, p. 47.

<sup>4</sup> Si rinvia sul punto a LETTIERI, *Politica e istituzioni nella crisi del sindacato*, intervento presentato al seminario "C'è un futuro per il sindacato? Quale Futuro?" organizzato dalla Fondazione Claudio Sabattini in occasione della celebrazione del 10° anniversario della morte del celebre dirigente sindacale, Roma, 5 aprile 2013, ora disponibile sul sito web: [http://www.insightweb.it/web/files/politica\\_e\\_istituzioni\\_nella\\_crisi\\_del\\_sindacato.pdf](http://www.insightweb.it/web/files/politica_e_istituzioni_nella_crisi_del_sindacato.pdf).

<sup>5</sup> Si rinvia sul punto a GAETA, *Normale ed "altro" nel diritto del lavoro. Primi appunti*, in AA.VV., *Diritto del lavoro i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, I, p. 155 ss.

sull'autonomia, l'autorità sulla libertà, la dimensione collettiva su quella individuale – si sostiene –, finiscono non solo per negare la complessità del sistema economico-produttivo in trasformazione, ma anche per scontrarsi con il variegato complesso di interessi ed aspirazioni che convivono nel mondo del lavoro sempre meno massificato e uniforme<sup>6</sup>. È questo il substrato politico e ideologico che ha alimentato ed in gran misura condizionato fin dagli anni '80 del secolo scorso il dibattito sulla necessità di flessibilizzare le tutele sul lavoro<sup>7</sup>, che in molte occasioni si è visto contaminato da eccessi di determinismo economico e da tentativi spuri di superamento dell'impronta garantista del diritto del lavoro. Al di là di ogni considerazione, risulta chiaro che il riorientamento in chiave flessibile delle tutele del lavoro si è materializzato quasi sempre attraverso una progressiva perdita di rilevanza degli obiettivi di sottrazione del lavoro alle regole del mercato, anche in conseguenza di una certa trasformazione del senso stesso dell'intervento pubblico nel mercato del lavoro. Questo si è progressivamente spostato dal perseguimento di obiettivi di limitazione e controllo dell'esercizio dei poteri datoriali e di definizione standard minimi di protezione dei lavoratori, in funzione della necessità di assicurare il rispetto della dignità e della libertà del lavoro, verso obiettivi di mera gestione ed organizzazione del mercato del lavoro<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Particolarmente esplicito, in questo senso, MARAZZA, *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca postindustriale*, in *ADL*, 2007, I, p. 928 ss. Si vedano pure, tra gli altri, CESTER, *La norma inderogabile: fondamento o problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341 ss. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *ADL*, 2006, I, p. 1031 ss.; ICHINO, *Il diritto del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, II, p. 911 ss. Più recentemente, VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Bollettino ADAPT*, 3 ottobre 2011, disponibile sul sito internet: [http://www.adapt.it/farecontrattazione/docs/14528vallebona\\_30\\_09\\_.pdf](http://www.adapt.it/farecontrattazione/docs/14528vallebona_30_09_.pdf). Si registra dunque un duplice processo di delegittimazione che riguarda sia le forme di organizzazione politica e sociale e le pratiche e le regole di funzionamento dello Stato sociale (*input des-legitimacy*), sia i prodotti ed i risultati raggiunti in termini di soddisfacimento delle domande individuali e sociali (*output des-legitimacy*). È ciò che SHARPE, *Conceptos de legitimación más allá del Estado-nación*, in *RECJ*, 2005, p. 13 ss. chiama "legittimazione in termini di processo" e "legittimazione in termini di risultato".

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?*, in *RL*, 1987, p. 1 ss.; ROMAGNOLI, *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *PD*, 1982, spec. p. 405.

<sup>8</sup> Si rinvia sul punto a NAPOLI, *Conflitto e consenso. Quadro legale e relazioni industriali degli anni ottanta*, in *EL*, 1983, spec. p. 22 ss.; TREU, *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, in *DLRI*,

In questa diversa prospettiva, il neocontrattualismo – inteso, questa volta, quale aspirazione verso una sostanziale riespansione delle possibilità di espressione dell'autonomia privata individuale e nuova centralità del contratto come forma libera di manifestazione del consenso e di regolazione dei rapporti di lavoro – viene presentato come la soluzione di razionalizzazione e di modernizzazione della disciplina lavoristica, lo strumento di ricomposizione della frattura generata tra ordinamento giuridico e realtà sociale. L'effetto deregolativo preteso sarebbe, infatti, funzionale in primo luogo a una certa “ripersonalizzazione” del lavoro, nella misura in cui servirebbe a depurare la regolamentazione giuslavoristica dagli eccessi pubblicistici e collettivistici in cui sarebbe incorso un diritto del lavoro anonimo e massificato, che, in nome di vere o presunte esigenze protettive, avrebbe finito per strutturarsi intorno ad un complesso di norme che, invece di proteggere il lavoratore, avrebbero finito per soffocarlo, impedendogli la realizzazione nel lavoro<sup>9</sup>. Nello stesso tempo, la riespansione delle facoltà regolative del contratto individuale e dunque il raggiungimento di un certo grado di liberalizzazione del mercato del lavoro si considerano presupposti irrinunciabili per riequilibrare i rapporti tra regolamentazione giuridica del lavoro e concrete esigenze di flessibilità nell'organizzazione della produzione e del lavoro derivanti dalle trasformazioni registrate sul piano economico-produttivo, con conseguenti, anche se indimostrati, effetti benefici pure sul fronte occupazionale<sup>10</sup>.

1987, p. 727; per un diversa prospettiva, BAYLOS, *Diritto del lavoro e politica dell'occupazione in Spagna*, in *DML*, 1999, p. 7 ss.

<sup>9</sup> SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 1990, p. 87 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Diritto amministrativo*, in MENGONI, PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *DLRI*, 1990, p. 54 ss. Si veda anche, D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, I, p. 117; CASAS BAAMONDE, *La individualización de las relaciones laborales*, in *RL*, 1991, p. 126 ss.

<sup>10</sup> Si veda in chiave critica, PERULLI, SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d'agosto” del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 132/2011. Vale la pena di evidenziare a questo proposito la radicale inversione logica del discorso relativo ai rapporti tra rigidità delle tutele lavoristiche e livelli occupazionali vigente all'epoca dell'approvazione dello Statuto dei Lavoratori italiano del 1970. In tale contesto di evidente espansione del sistema economico e produttivo ma anche del garantismo del diritto del lavoro, la rigidità del mercato del lavoro si interpretava infatti non solo come un meccanismo imprescindibile per condizionare *ab externo* i poteri datoriali al necessario rispetto degli interessi contrapposti di sicurezza, dignità e libertà dei lavoratori, e dunque come strumento di razionalizzazione sociale

Si tratta evidentemente di una prospettiva – quella che si propone di vincolare l'alleggerimento delle garanzie del lavoro ad obiettivi di tipo occupazionale – legata alla tendenza a riconfigurare il lavoro come interesse meramente privato-individuale, strettamente dipendente dalle dinamiche del mercato e sostanzialmente affidato all'impresa<sup>11</sup>; tendenza che, nella misura in cui poggia su di una considerazione “depoliticizzata” del lavoro, ricostruito in termini di mero saldo aritmetico tra domanda e offerta, spinge a reinterpretare le garanzie giuslavoralistiche in termini di costi e rigidità, che, in quanto tali, è legittimo – e finanche necessario – voler alleggerire (soprattutto in un contesto generale di stagnazione e crisi economica), onde favorire l'ottimale (in quanto libero) funzionamento del mercato.

Al tempo stesso e in apparente contrasto con le tendenze segnalate, l'analisi dell'assetto materiale delle regole giuridiche sul rapporto di lavoro sembra invece rivelare una potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto (non solo) del lavoro, sempre più riconfigurato alla luce della tutela preferenziale della ragione imprenditoriale. La crescente esaltazione ed assolutizzazione dei valori del mercato e dell'impresa quale ambito privilegiato di costruzione delle regole sul lavoro ed entità responsabile di creare prosperità non solo in ambito economico ma anche sociale, nella misura in cui si traduce in una crescente accentuazione del carattere unilaterale e autoritario del sistema di normativizzazione dei rapporti di lavoro al suo interno, finisce per generare un radicale sovvertimento dello stesso fondamento epistemologico del diritto del lavoro che giunge a compromettere finanche lo stesso istituto contrattuale. In discussione non è, come alle origini del diritto del lavoro, il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro. Non si tratta cioè della critica alle capacità dello schema contrattuale di matrice liberale di contenere e rappresentare adeguatamente gli interessi pubblici e privati, individuali e collettivi, patrimoniali e personali inevitabilmente coin-

del potere datoriale. La struttura tendenzialmente rigida dell'apparato di tutele lavoristiche si configurava, allo stesso tempo, quale garanzia di sviluppo economico e di promozione dell'occupazione. Sul punto, DE LUCA TAMAJO, “Garantismo” e “controllo sindacale” negli sviluppi più recenti della legislazione del lavoro, in DE LUCA TAMAJO, CESSARI (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, 1982, p. 48 ss.

<sup>11</sup> In questo senso, anche CASAS BAAMONDE, *Empleo y flexibilidad*, in CASAS BAAMONDE, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, *La aplicación de la reforma laboral*, in *RL*, n. 12/2013, numero monografico dedicato all'impatto della riforma spagnola del mercato del lavoro del 2012-13, p. 25 ss.

volti nel rapporto di lavoro subordinato nell'impresa. Il problema non deriva neppure dalla cosiddetta "colonizzazione" eteronoma del regolamento contrattuale da parte di fonti esterne all'autonomia privata delle parti individuali del rapporto di lavoro, che si rivelano peraltro sempre meno orientate a condizionare l'autorità imprenditoriale. L'espressione non allude qui neppure alla perdita della centralità del contratto di lavoro nella sua configurazione "standard", conseguenza della moltiplicazione delle modalità contrattuali atipiche, della frammentazione e individualizzazione dello statuto giuridico del lavoratore subordinato e della fuga verso l'autonomia di settori sempre più ampi di attività economica. Non si tratta cioè di una "crisi del contratto di lavoro", bensì di una crisi del contratto quale schema giuridico che esprime e rappresenta una struttura dialettica e antagonista dei rapporti di lavoro e che si configura quale strumento di composizione dinamica dei contrapposti interessi delle parti. Si tratta, infatti, della crescente difficoltà di continuare a concepire le interrelazioni tra lavoro e impresa in termini autenticamente bilaterali, dove le regole giuridiche e le dinamiche individuali e collettive possano continuare a configurarsi quale risultato di un patto – individuale, collettivo, sociale – e dunque come il frutto della contrattazione, il compromesso, il consenso.

Il paradosso – solo apparente – sembra dunque essere quello tra una rinnovata auge del contrattualismo in tutti i livelli e gli ambiti di organizzazione giuridico-istituzionale, che si accompagna e si traduce anche nel crescente processo di "privatizzazione dell'interesse pubblico-generale" – ovvero di interiorizzazione da parte della norma di fonte statale dell'interesse privato datoriale<sup>12</sup> – e il parallelo rafforzamento dell'unilateralismo, dell'autoritarismo e dunque della "violenza" nelle relazioni economiche e sociali.

Questo riorientamento della disciplina di fonte statale verso l'assimilazione della ragione micro-economica e la sua riconfigurazione quale interesse prioritario protetto dai poteri pubblici è particolarmente visibile nel diritto del lavoro della crisi. Il processo di progressiva "liberalizzazione" dai condizionamenti imposti all'esercizio dei poteri datoriali in tutte le fasi di sviluppo del rapporto di lavoro si combina infatti con interventi volti a funzionalizzare anche l'esercizio dell'autonomia collettiva al soddisfacimento

<sup>12</sup> CASTELLI, TRILLO PÁRRAGA, *Relaciones público-privado o la privatización del interés general*, in TRILLO PÁRRAGA, GARCÍA LÓPEZ, (a cura di), *En defensa de lo común*, Bomarzo, 2014, p. 57 ss.

degli interessi datoriali legati alla produttività e competitività interna ed esterna (o anche al contenimento della spesa nel caso della pubblica amministrazione)<sup>13</sup>, alterando i rapporti di forza a tutto vantaggio del mercato.

Come si chiarirà più avanti, probabilmente è questo uno degli elementi di maggiore discontinuità rispetto alla configurazione del diritto del lavoro antecedente alla crisi. L'altro fattore può essere identificato nell'estensione incondizionata e generale di un paradigma di flessibilità che si espande ben oltre la denominata *flexibilidad en los márgenes* (intesa questa quale configurazione attenuata delle garanzie giuslavoristiche associate all'introduzione o alla riforma delle modalità atipiche del contratto di lavoro), in quanto estesa al rapporto di lavoro *tout court*. Il riorientamento in chiave flessibile delle regole giuridiche sul lavoro si estende adesso anche nei confronti del cosiddetto modello tipico di rapporto di lavoro: quello strutturato intorno al contratto a tempo pieno ed indeterminato. Ciò è il risultato di interventi mirati sia ad ampliare gli spazi di discrezionalità, unilateralità ed intangibilità del datore di lavoro nella gestione e nell'organizzazione del lavoro – e dunque a potenziare gli strumenti di flessibilità interna o funzionale elevata alla considerazione di un vero e proprio diritto individuale del datore di lavoro<sup>14</sup> – sia a facilitare la rescissione datoriale del contratto, banalizzandola politicamente, semplificandola normativamente e riducendone le ricadute economiche<sup>15</sup>. A ciò si aggiunge anche l'elaborazione di meccanismi giuridici con i quali si pretende di “blindare” le decisioni datoriali di fronte a qualunque tipo di intervento amministrativo, sindacale o giudiziario<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> A conferma del progressivo allontanamento del diritto del lavoro della crisi dalle coordinate assiologiche e normative costituzionali, si richiama la recente sentenza della Corte Costituzionale italiana (sentenza 24 giugno 2015, n. 178), che ha decretato che il congelamento del trattamento economico percepito dai dipendenti, derivato dal blocco dei rinnovi contrattuali disposto per legge, viola la libertà sindacale. Per un commento non solo alla sentenza, ma più in generale al processo di degradazione della contrattazione collettiva nel pubblico impiego non solo in Italia, TRILLO PÁRRAGA, *Políticas de austeridad y negociación colectiva en el sector público. Algunas reflexiones en torno a la experiencia italiana*, in *RDSoc*, 2015, p. 201 ss.

<sup>14</sup> Cfr. CASAS BAAMONDE, *Empleo y flexibilidad*, cit., p. 22. Si veda pure RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7833/2012.

<sup>15</sup> Si rinvia, a questo proposito, a BAYLOS, *El despido y la violencia del poder privado*, Trotta, 2009; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441 ss.

<sup>16</sup> Si tratta di un obbiettivo esplicitato fin dal preambolo della l. 6 luglio 2012, n. 3 con la quale si è proceduto alla riforma radicale delle regole sul lavoro in Spagna. Si veda ALFONSO

Lo scopo di queste pagine è dunque quello di analizzare i termini del segnalato paradosso, esplorandone le ricadute giuridico-materiali. A quest'obbiettivo si dedicano le riflessioni che seguono.

## 2. *Il contrattualismo nel sistema capitalistico-liberale: accenni*

La rinnovata auge del contrattualismo al quale abbiamo fatto riferimento, inteso nel senso di una generale esaltazione del contratto quale strumento privilegiato di organizzazione e di regolamentazione dei rapporti sociali ed economici, rimanda ad epoche lontane ed in particolare al momento storico dell'affermazione e del consolidamento delle prime manifestazioni di lavoro industriale. In tale contesto, il ricorso alle categorie civilistiche ed al contratto per l'inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro subordinato rappresentò un passaggio obbligato e sostanzialmente indiscusso, in ragione della duplice funzione assegnata a quest'ultimo dall'ideologia liberale allora assolutamente dominante. In quanto strumento d'incontro di volontà considerate ugualmente autodeterminate (e dunque responsabili), appartenenti a soggetti ugualmente liberi e proprietari, il contratto diventa infatti, in primo luogo, lo strumento materiale di accesso e di conformazione giuridica del mercato ed in definitiva di trasformazione in senso capitalistico della società e dell'economia. Al tempo stesso, in quanto espressione dell'utopia libertaria di rinnovamento della società e del diritto, la contrattualità non solo rifonda lo Stato, delimitandone compiti e funzioni, ma organizza la società sulla base del valore centrale della libertà intesa come libertà di un volere non più condizionato dall'appartenenza ad uno *status*, come manifestazione del potere di autodeterminazione riconosciuto individualmente ad ogni soggetto in quanto cittadino.

L'affermazione dell'uguaglianza formale e il formale riconoscimento di uguale autonomia e potere a fondamento del principio di libertà (contrattuale) rappresentano dunque, in questa fase storica, irrinunciabili postulati di un sistema che cercava di sganciarsi dai condizionamenti e dai vincoli di un sistema politico, economico e sociale, organizzato gerarchicamente in *status*,

MELLADO, *El control judicial de la modificación de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica*, in *RDSoc*, 2013, p. 53 ss.; DURÁN LÓPEZ, *Despidos económicos y control judicial*, in *RL*, 2013, p. 151 ss.; BAYLOS, *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la ley 3/2012*, in *RDSoc*, 2012, p. 9 ss.

che non solo aveva portato alla creazione di un sistema dispotico ed autoritario sul piano civile e politico, ma, impedendo il “naturale” e “spontaneo” funzionamento del mercato, si credeva che avesse impedito finanche la prosperità sul piano economico. La centralità del mercato – e dunque del contratto e della libertà ad esso correlata – costituiscono pertanto gli strumenti che il liberalismo utilizza per prendere le distanze dalle passate esperienze e per gettare le basi per la rifondazione di una società immune dai difetti che avevano caratterizzato il sistema precedente; una società fondata sul contratto che si sostituisce allo *status* nella funzione di nuovo collante della società.

In tale contesto, non stupisce che anche l’acquisizione del fattore lavoro a fini produttivi da parte dell’imprenditore capitalista dovesse essere intesa come la conseguenza di uno scambio, frutto di una scelta autoresponsabile compiuta da un soggetto ugualmente libero e proprietario attraverso la conclusione di un contratto. Sul versante del datore di lavoro/imprenditore il contratto costituisce, infatti, lo strumento per il riconoscimento e la legittimazione giuridica di una posizione di potere e supremazia che trae origine fuori dallo stesso, nel fatto (sociale ed economico) della proprietà, e nello stesso tempo permette di ricondurre il lavoro alla qualità di merce, in quanto tale – al pari delle altre – liberamente disponibile sul mercato da parte di chi, disponendo del capitale adeguato, possa dar avvio ad una attività economica organizzata a fini produttivi. D’altra parte, la centralità attribuita dal sistema liberale all’autonomia privata individuale quale sintesi di tutte le libertà riconosciute all’individuo e la sua garanzia a livello giuridico consentono al lavoratore di sciogliere la propria capacità lavorativa dai vincoli imposti dalle condizioni sociali d’origine, dal sistema di privilegi proprio dell’epoca feudale; assicurano al soggetto quella libertà radicalmente negata dal sistema pre-rivoluzionario<sup>17</sup> e, contemporaneamente, legittimano sul piano formale la subordinazione di un uomo libero ad un suo uguale in una società fondata sull’uguaglianza (formale) di tutti i cittadini<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> ALARCÓN CARACUEL, *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, in REDT, 1986, p. 496 ss.

<sup>18</sup> Scrive, a tal proposito, BARCELLONA, *La parabola del soggetto giuridico moderno*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, 1998, I, p. 104: “In ciò si coglie lo specifico ‘artificio’ del diritto moderno, che sdoppia la persona umana in *soggetto* del potere di disporre e *oggetto* dell’atto di disposizione (...). La regola di libertà è produttiva di una *reificazione* dell’uomo che consente a questi di cedere come una ‘cosa’, attraverso il contratto, le *proprie* energie, le *proprie* capacità. Il *proprio* potere creativo, la *propria* attitudine al comando, senza formalmente alienare se stesso come uomo”.

In sintesi, se da un punto di vista economico e sociale la ricostruzione del rapporto di lavoro in termini di relazione contrattuale era una soluzione indispensabile all'affermazione del sistema capitalista, da un punto di vista giuridico e culturale si trattava di una soluzione quanto meno giustificata da un'istanza egualitaria, emancipatrice e di progresso. E così, la straordinaria funzionalità dello schema contrattuale alle esigenze e alle aspirazioni della società liberale – e più in generale all'organizzazione di quest'ultima intorno ai paradigmi di mercato – rese sostanzialmente impraticabile qualunque tentativo di superare la soluzione contrattuale nell'inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro subordinato.

A questo risultato non servì l'emersione della cosiddetta “questione sociale” che smentiva nei fatti sia l'ideale di una società di individui liberi ed autoreponsabili, sia la certezza di una tendenza naturale del sistema (di mercato) al progresso ed al benessere sociale. A ciò non servì neppure la nascita delle prime manifestazioni di organizzazione collettiva dei lavoratori<sup>19</sup>, che contribuivano a esaltare le conseguenze derivanti dal diverso posizionamento sociale dei soggetti della produzione in funzione della posizione da loro occupata nel processo di produzione e nella società e che denunciava il carattere prevalentemente sociale dei rapporti di produzione; organizzazione collettiva che, nella misura in cui rivendicava il carattere necessariamente sociale delle costruzioni delle regole giuridiche sul lavoro, finiva per mettere in discussione anche l'idea della necessaria statualità del diritto e la netta separazione tra Stato e società, tra diritto pubblico e diritto privato, professata dall'ideologia liberale.

Nemmeno le censure all'individualismo del diritto privato borghese e al formalismo positivista del quale quello era espressione, procedenti da quel variegato e composito movimento di pensiero che – non senza certa approssimazione – si conosce come “socialismo giuridico”, riuscirono a scalfire la centralità della soluzione contrattuale. Nonostante le aspre critiche da questo mosse alle conseguenze sociali prodotte dalla riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema locativo, non si arrivò infatti ad una compiuta messa in discussione della natura contrattuale del rapporto, che al contrario venne sostanzialmente confermata dai socialisti della cattedra<sup>20</sup>. Il

<sup>19</sup> Sulla formazione del movimento operaio in Spagna, PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología*, Tecnos, 1995, p. 36 ss.

<sup>20</sup> In questo senso, anche, MONERÉO PÉREZ, *Fundamentos doctrinales de Derecho Social en España*, Trotta, 1999, p. 46.

lavoratore, per quanto “debole”, veniva pur sempre considerato contraente, soggetto da proteggere dall’invasione e dalla prepotenza dell’altro soggetto della relazione contrattuale attraverso la predisposizione di regole poste a specifica protezione del valore preminente della persona inevitabilmente implicata nella prestazione di lavoro, ma in ogni caso parte di una relazione contrattuale. La critica alla riconduzione del rapporto di lavoro all’interno dello schema della locazione, della quale il movimento dei novatori si fece portavoce, era in realtà una censura all’insufficienza e alla *insensibilità* di questa rispetto alle concrete disuguaglianze esistenti nella società e nel rapporto di lavoro, nonché all’inevitabile obsolescenza di uno schema risalente ad un sistema giuridico al quale era totalmente estranea la realtà del lavoro industriale<sup>21</sup>. Era dunque la manifestazione di un disagio per gli *effetti* derivanti dalla tradizionale impostazione locativa, più che una censura alla *fattispecie* in quanto tale, che dunque non fu sostanzialmente messa in discussione.

Allo stesso modo, neppure l’emergere e il consolidarsi di un intervento pubblico-statale attraverso la denominata legislazione sociale riuscì ad intaccare la soluzione contrattuale. Ciò in quanto la sua elaborazione ignorava sostanzialmente il contratto; si limitava ad intervenire su categorie sociali determinate e su determinati bisogni di tutela senza che venisse in considerazione la natura giuridica del vincolo tra soggetto tutelato e datore di lavoro<sup>22</sup>. Vero è semmai che l’emergere di una legislazione di diritto pubblico, per di più incidente su categorie socialmente determinate di soggetti, non solo metteva in discussione i postulati liberali del mercato autoregolato e autosufficiente, ma finiva anche per intaccare il primato logico della legge, che si reggeva – com’è noto – non solo sul carattere di astrattezza, ma anche su quello di generalità della stessa, ovvero sulla sua applicabilità a tutti gli individui appartenenti alla comunità, contribuendo per questa via allo sgretolamento del mito illuministico dell’onnivalenza del Codice. In effetti, proprio l’intervento nel mercato del lavoro operato con gli strumenti della norma inderogabile, pur prescindendo della natura contrattuale del rapporto di lavoro, finiva paradossalmente proprio per rilegittimarla, inserendosi pur sempre nella logica del contratto e del mercato<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> In questo senso, tra gli altri, MODICA, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*; VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, entrambi in AA.VV., *Atti del IV Congresso Giuridico Nazionale*, Napoli, 1897, rispettivamente p. 10 ss. e p. 27 ss.

<sup>22</sup> In questo senso, anche, GAETA, TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Utet, 1993, I, p. 10 ss.

<sup>23</sup> Scrive, a questo proposito, SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*.

Tale deviazione dai principi liberali trovava, infatti, giustificazione e legittimazione nella necessità, considerata essenzialmente eccezionale e contingente, di correggere eventuali alterazioni del principio liberistico e del modello concorrenziale<sup>24</sup>. In altre parole, l'intervento limitativo sulla libertà di autodeterminazione delle parti del rapporto di lavoro (*rectius*: del datore di lavoro) era pur sempre funzionale alla reintegrazione del lavoratore industriale nella qualità di contraente, ovvero al riequilibrio della sua posizione di debolezza nel rapporto ed in definitiva strettamente funzionale al rafforzamento e all'espansione del sistema capitalista.

Anche sul piano della cultura giuridica, le contraddizioni generate dall'affrancamento del lavoro dall'alveo delle relazioni personali e la sua ricollocazione nell'ambito di relazioni di tipo più prettamente patrimoniale furono abilmente contenute dalla reazione del ceto borghese dominante – al quale apparteneva anche il giurista –, tenacemente ancorato alla propria tradizione giuridica, quella di matrice romano-civilistica<sup>25</sup>.

La costruzione della categoria del contratto di lavoro subordinato risentì di questo prioritario obiettivo. Il recupero delle rispettive posizioni delle parti del rapporto di lavoro paradigma del contratto di scambio e agli schemi civilistici in generale, l'unificazione operata sotto il criterio della subordinazione – intesa non in termini di asimmetria di potere di mercato, ma come elemento che qualifica la prestazione liberamente promessa dal lavoratore

*Problemi storico-critici*, Morano, 1967, p. 114: “Proprio in quanto la finalità è essenzialmente quella di predisporre una disciplina protettiva per alleviare il disagio delle classi lavoratrici, e cioè dei soggetti vincolati da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa, viene posta in discussione non già mai tale elementare fattispecie di un ‘contratto di lavoro’, bensì soltanto la idoneità di questa ad essere costruita sopra l'astratta e generale alternativa tra obbligazioni aventi ad oggetto un mero lavoro, ovvero un lavoro produttivo di un risultato”.

<sup>24</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1973, p. 43 ss. La cultura giuridica dominante era, infatti, sostanzialmente proclive a concepire le innovazioni legislative come un prodotto residuale e transitorio, indotto dalle contingenze economiche e sociali, di derivazione pubblicistica e perciò stesso speciale ed inaffidabile, incapace di intaccare principi e fondamenti della “vera” ed “immutabile” scienza privatistica; “pianeti intorno al sole, che gravitano intorno al sapere antico dei giuristi senza avere la forza di oscurarlo”. Cfr. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, in *QF*, 1988, n. 17, p. 164 ss.

<sup>25</sup> Si rinvia sul punto a GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, 1999, I, p. 309 ss.; MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, in *RDSoc*, 1999, p. 15. Si veda anche, più in generale, SUPIOT, *Critica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

(ma organizzata e diretta da altri) –, la ricostruzione in termini strettamente individuali della fattispecie ed il collegamento instaurato tra qualificazione della prestazione come lavoro subordinato e applicazione automatica delle leggi protettive<sup>26</sup> rappresentano i termini di un paradosso insuperabile nel diritto del lavoro: il paradosso (solo apparente) di un diritto civile di cui si constata l'insufficienza e l'inadeguatezza rispetto ad un fenomeno sociale che tende a scalzare le stesse premesse sulle quali questo si è costruito, che, per uscire dall'*impasse*, costruisce una nuova fattispecie (pur sempre contrattuale, ma) caratterizzata proprio da quella carenza di autonomia di una delle parti che sembrava doverne decretare l'inesorabile superamento<sup>27</sup>.

Infine, neppure la risposta autoritaria alla crisi dello stato liberale e il rigetto dei postulati politico-ideologici del liberalismo borghese espressi dai totalitarismi fascisti che presero il sopravvento in Europa nel corso degli anni '20 e '30 del secolo scorso riuscì ad intaccare realmente la soluzione contrattuale e l'adesione della cultura giuridica alla tradizione romanista-civilitica. La riconduzione del sistema sindacale al diritto pubblico, la criminalizzazione del conflitto e la riconduzione del sindacato unico fascista alla categoria di organo ausiliare dello Stato si combinò infatti con una sostanziale preservazione della matrice più propriamente civilistico-contrattuale del rapporto individuale di lavoro<sup>28</sup>. Nonostante il formale tentativo di affrancare il rapporto di lavoro dalle implicazioni patrimonialistiche e individualistiche indotte dall'impostazione civilistico-liberale e di ricondurlo all'alveo delle relazioni personali – quasi familiari – di soggezione e fedeltà mutua tra soggetti ugualmente produttori, l'a(nti)contrattualismo professato rispondeva infatti, più che alla necessità di innestare un dibattito funzionale all'approfondimento della riflessione giuridica e al perfezionamento della ricostruzione scientifica del rapporto di lavoro rispetto alla sistematizzazione datane dal diritto di matrice privatistico-liberale, alla spesso supina adesione della cultura giuridica ai principi e ai postulati del Nuovo Ordine autoritario

<sup>26</sup> *Contra*, CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini. Ratio legis e costruzione dogmatica del diritto*, UNICOPLI, 1990, spec. p. 271.

<sup>27</sup> Per un'analisi della legislazione sociale e delle peculiarità della costruzione della categoria del contratto di lavoro nell'esperienza spagnola, PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873- 1923)*, Tecnos, 2011; DE LA VILLA GIL, *La elaboración científica en el Derecho del Trabajo*, in *ACJ*, 1971, I, p. 154 ss.; dello stesso Autore, *La formación histórica del derecho del trabajo español*, Comares, 2003.

<sup>28</sup> In questo senso, ROMAGNOLI, *Il Diritto del Lavoro durante il fascismo*, in *LD*, 2003, p. 90 ss.

e dispotico che andava affermandosi quasi contemporaneamente in buona parte dell'Europa occidentale<sup>29</sup>. Sia la regolamentazione del Codice Civile italiano del '42, sia quella contenuta nella nuova (anche se sostanzialmente immutata rispetto a quella repubblicana del 1931) *ley de contrato de trabajo* spagnola del '44, al di là dei pur formali e retorici omaggi all'ideologia del regime, mantenevano saldamente ancorato il rapporto di lavoro ad una fonte tipicamente contrattuale, anche se ciò non impedì affatto l'affermazione di una configurazione intimamente autoritaria degli stessi<sup>30</sup> quale rapporto di dominio unilaterale all'interno di una struttura imprenditoriale idealizzata nella sua struttura fortemente gerarchica ed autoritaria<sup>31</sup>.

### 2.1. Contrattualismo e nuovi principi democratici

Anni più tardi, in un contesto economico e sociale – ma anche politico-culturale e giuridico – profondamente mutato, il contratto – e più in generale le categorie civilistiche – sono tornate a svolgere una fondamentale funzione “catartica”. Questa volta il recupero della tradizione giuridica liberale, mai del tutto abbandonata<sup>32</sup>, servì ad esprimere il sostanziale e radicale

<sup>29</sup> In questo senso, SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación del trabajo*, Akal, 1982, p. 21, al quale si rinvia anche per le dovute differenziazioni con la concezione propria del nacionalsindicalismo del franchismo spagnolo; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Balance provisional de una polémica)*, in *Anales de la Universidad Hispalense*, 1967, vol. XXVII, p. 57. Evidenzia lo scarso rigore scientifico, il carattere esclusivamente propagandistico e la scarsa traduzione pratica delle teorizzazioni della dittatura italiana, NOGLER, *L'idea nazionalsocialista di un “nuovo ordine europeo” e la dottrina corporativa italiana*, in *DLRI*, 2001, p. 333 ss. Sottolinea come lo spostamento dell'attenzione dei giuristi dal diritto delle cose, dalla concezione del rapporto di lavoro in termini di mero rapporto di scambio, al diritto delle persone, alla considerazione del rapporto di lavoro come rapporto di tipo eminentemente personale sia stata anche la conseguenza dell'avvento della seconda rivoluzione industriale e, più in generale, dell'apparizione della grande impresa industriale con produzione in serie che richiedeva maggiore coesione e controllabilità da parte del suo titolare, MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nei Paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, p. 420 ss.

<sup>30</sup> SINZHEIMER, *La crisi del diritto del lavoro*, in ARRIGO, VARDARO, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, 1982, p. 81; LISO, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 15; MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003, p. 27.

<sup>31</sup> Si rinvia sul punto a MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, Giuffrè, 1973, XXIII, p. 376.

<sup>32</sup> Considera meno intensa, nella cultura giuridica spagnola, l'influenza della tradizione

rigetto della cultura giuridica dominante nei confronti del sistema precedente; operò come strumento di affrancamento dall'ideologia autoritaria e antidemocratica del caduto regime; si utilizzò come lo strumento per l'affermazione di una libertà radicalmente negata dal sistema stalinista corporativo, per segnare il passaggio da un sistema incentrato sulla sostanziale funzionalizzazione e sulla subordinazione dei rapporti sociali di produzione all'interesse pubblico ad uno fondato sull'autonomia negoziale<sup>33</sup>. In questo senso, il recupero della centralità del contratto e delle categorie civilistiche per la ricostruzione del rapporto di lavoro ha rappresentato anche la reazione democratica e pluralista a quella considerazione gerarchica e autoritaria del lavoro e dell'impresa (ma anche dello Stato e delle istituzioni) della quale sia l'uno che l'altra erano stati fatti oggetto durante il periodo corporativo fascista.

E così, l'esaltazione delle matrici più propriamente civilistiche della disciplina lavoristica è stata utilizzata come strumento di riaffermazione dell'esistenza di una strutturale contrapposizione di interessi tra le parti, per evitare e contrastare le involuzioni orientate a ricostruire il rapporto di lavoro come relazione di assoggettamento personale del lavoratore, per rappresentare la tensione ideale verso i valori di libertà, uguaglianza e responsabilità (individuale) e, in questo senso, per circoscrivere l'elemento irrazionale della subordinazione<sup>34</sup>. Rispetto ad altre impostazioni (teorie associative, istituzionaliste e comunitariste), che negavano la rilevanza del contratto quale fonte del vincolo giuridico e delle reciproche obbligazioni delle parti, ovvero ne riducevano la rilevanza a titolo per l'inserimento del lavoratore nella comunità di lavoro o nell'impresa istituzione, le teorie più propriamente contrattualistiche presentavano l'indubbio vantaggio della razionalizzazione delle rispettive posizioni delle parti, consentendo nello stesso tempo la circoscrizione dell'area del debito del lavoratore e dei poteri datoriali – anch'essi contrattualizzati – alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell'impresa e della produzione. Il “ri-

civilistica, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, p. 83 ss.

<sup>33</sup> DE MARINIS, *Né pubblico, né privato. Il modello costituzionale del “pluralismo istituzionale”*, in GAETA, (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*. Atti della giornata di studio. Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, 2005, p. 202.

<sup>34</sup> LISO, *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, p. 36 ss.; ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in EGL, 1981, VII, p. 2; DE MARINIS, *La concezione contrattualista del diritto del lavoro tra deregolazione e giuridificazione*, in DL, 1991, I, p. 329.

torno” alle categorie civilistiche e al contratto furono dunque, nelle intenzioni della dottrina giuslavorista che usciva dal periodo corporativo, gli strumenti da usare per la ricostruzione di un sistema legale democratico e liberale capace per ciò stesso di scongiurare la riproposizione di concezioni pubblicistiche proprie del passato regime. Il recupero della matrice propriamente privatistico-civilistica esprimeva così l’aspirazione della cultura giuridica ad un parallelo recupero della considerazione del lavoro come frutto della scelta volontaria e cosciente del lavoratore; all’apprezzamento di questi non più solo quale mero *oggetto* di regolazione, ma quale *soggetto* attivo di un rapporto liberamente e volontariamente instaurato; alla considerazione dell’autonomia individuale come espressione di “attività libera in sé”, non più *costretta* dentro gli angusti spazi della norma autoritativamente (im)posta, come espressione del potere dei soggetti di determinare non solo un determinato comportamento materiale, ma di porre vere e proprie regole dirette alla produzione di effetti giuridici<sup>35</sup>.

Non per questo la soluzione contrattualistica cessava di presentare una serie di contraddizioni e di antinomie che hanno determinato la necessità di un’elaborazione dogmatica e di una riflessione giuridica sempre più approfondita sul contratto di lavoro come contratto tipico per l’inquadramento del fenomeno sociale del lavoro subordinato, in quanto tale distinto ed autonomo rispetto a quelli afferenti all’area del diritto civile a cui originariamente veniva ascritto. Antinomie e contraddizioni che derivavano principalmente quale conseguenza del *problema* indotto dalla subordinazione – pur intesa in senso tecnico-giuridico come sottoposizione del lavoratore al potere datoriale di specificazione e di conformazione della prestazione lavorativa – e dall’inevitabile implicazione personale del lavoratore nell’ambito di un contratto che, in quanto tale, presuppone e si fonda sull’uguaglianza e la libertà delle parti negoziali, su un rapporto meramente interindividuale, nonché sulla patrimonialità degli interessi oggetto di scambio. Implicazione personale che trae origine come effetto dal contratto, ma che si distingue da questa; che dà ragione fondamentale della progressiva “emancipazione” – mai definitivamente realizzata – delle tecniche, dei principi e della costruzione dogmatica del diritto del lavoro dal diritto civile e del peculiare regime

<sup>35</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 19. Per la parzialità, ed anche la fallacia di tale presunzione di neutralità del diritto civile rispetto al diritto (ideologizzato) del fascismo, SOMMA, *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in *RCDP*, 2004, p. 61 ss.

giuridico che gli è proprio, improntato alle esigenze di protezione dei valori (individuali, collettivi e generali) coinvolti nel rapporto di lavoro. Implicazione, infine, che è servita a giustificare la progressiva e sempre più penetrante svalutazione e marginalizzazione del ruolo e della funzione dell'autonomia individuale e del contratto nella determinazione delle condizioni dello scambio negoziale a favore della preminenza attribuita alla legge ed al contratto collettivo.

Vero è semmai che, da un lato, la contrapposizione tra teorie contrattualiste e teorie *latu sensu* acontrattualiste nella ricostruzione dogmatica del rapporto di lavoro è stata anche la conseguenza dell'ambivalenza del ruolo assunto dal contratto nella storia degli ordinamenti giuridici moderni e della stessa normativa lavoristica che si compone di una strumentazione che a volte rimane strettamente legata alla matrice civilistica, mentre altre volte se ne distanzia elaborando principi e meccanismi propri. L'ambivalenza di uno schema, quello del contratto, che per sopravvivere quale schema giuridico di riferimento per l'inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato è stato costretto a convivere e ad incorporare nozioni di *status*<sup>36</sup>. Inoltre, si è trattato di un contrasto che, lungi dall'implicare la necessità di una scelta tra le une e le altre, ha rappresentato, com'è stato correttamente osservato, un utile momento di integrazione della complessa realtà del lavoro subordinato. Sottolineando aspetti e momenti diversi dello stesso, è servito cioè ad una rappresentazione di punti di vista distinti e a tutto tondo delle caratteristiche complesse del lavoro subordinato nelle moderne società capitalistiche<sup>37</sup>.

D'altra parte, è vero pure che l'operazione di "riprivatizzazione del diritto del lavoro" – particolarmente evidente nell'esperienza italiana – fu più "reattiva" che calibrata ed ispirata ai nuovi valori propri del Costituzionalismo sociale e, in questo senso, non è stata del tutto scevra di visioni ed impostazioni altrettanto ideologizzate e ideologizzanti come quelle dalle quali doveva servire affrancarsi<sup>38</sup>. L'esaltazione e l'assolutizzazione della "valenza antifascista" della disciplina civilistica e delle virtù salvifiche del contratto<sup>39</sup>

<sup>36</sup> SUPIOT, *op.cit.*, *passim*.

<sup>37</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 107 ss.

<sup>38</sup> Così CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in RIDL, 1967, p. 24 ss.

<sup>39</sup> Cfr. SOMMA, *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, in RDPC, 2000, p. 641. Si rinvia a questo proposito alla mordace critica di ROMAGNOLI, *Un'arca di Noè per il diritto del lavoro*, Lezione inaugurale del Corso Italo-latino-americano per esperti di problemi di lavoro, patrocinato dall'OIL, disponibile sul sito: [www.eguaglianzaeliberata.it](http://www.eguaglianzaeliberata.it).

non solo ha contribuito ad ostacolare e ritardare la riflessione giuridica sulla costruzione unitaria di un diritto del lavoro capace di svilupparsi al di là dei ristretti limiti dei rapporti (contrattuali) individuali<sup>40</sup>, ma ha concorso anche a sottovalutare le possibili derive autoritarie insite nella stessa ricostruzione in termini contrattuali dei rapporti di lavoro, che, nel contesto di un sistema a struttura capitalistica, non può non tendere naturalmente verso la reificazione del lavoro e del lavoratore. Quest'ultima è stata fortemente contenuta grazie soprattutto al massiccio intervento pubblico e collettivo, orientato ed imposto dal nuovo quadro costituzionale con il quale si è progressivamente (anche se solo parzialmente) sottratta la regolazione giuridica dell'intercambio tra lavoro e retribuzione ai meccanismi del mercato; tutto ciò nel contesto dell'affermazione di una cultura giuridica, politica e sindacale fortemente ancorata alla necessità di affermare la centralità del lavoro e la sua dignità<sup>41</sup>. Il chiaro orientamento protettivo, la particolare composizione e configurazione delle fonti di regolamentazione, l'elaborazione e l'affermazione di un complesso di strutture dogmatiche, di principi ispiratori e di tecniche di regolamentazione specifiche, ha progressivamente determinato la sostanziale "decodificazione" della disciplina giuslavoristica e la sua almeno parziale emancipazione dal sistema del diritto comune dei contratti<sup>42</sup>.

Si è trattato tuttavia di una tendenza – quella all'affrancamento della dimensione patrimonialistica e mercantile dei rapporti di lavoro – che non solo non è andata scevra di contraddizioni e retrocessi e si è articolata in forme ed intensità diverse nei diversi ordinamenti giuridici, ma che è entrata inesorabilmente in crisi nel corso degli anni '80 e '90, in coincidenza con una fase di profonda recessione economica e produttiva di portata internazionale e dell'affermazione del neoliberalismo come ideologia dominante. E così, se è vero che la storia del "secolo breve" del diritto del lavoro è la storia del suo tentativo di affrancarsi dalle categorie e dai principi civilistici,

<sup>40</sup> Così, CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007, pp. 263 e 336.

<sup>41</sup> Si rinvia sul punto a GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014.

<sup>42</sup> Sul punto, IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979 e ora in ID., "*L'età della decodificazione*" *venti anni dopo*, Giuffrè, 1999. Sul dibattito in materia di rinnovamento del metodo anche nel diritto civile, in funzione di una maggiore aderenza e coerenza dello stesso al contesto sociale storicamente determinato nel quale si inserisce, v. le considerazioni di LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *RDC*, 1968, I, p. 297 ss.

la storia più recente della disciplina si caratterizza invece per una progressiva e sempre più marcata interiorizzazione delle logiche del mercato e della competenza.

## 2.2. *Il contrattualismo nella crisi del diritto del lavoro garantista*

Com'è noto e come già anticipato, nel corso degli ultimi due decenni del XX secolo, l'ennesimo recupero del contrattualismo è tornato a rappresentarsi quale soluzione di purificazione e liberazione dagli eccessi (veri o presunti) del garantismo pubblico e collettivo del diritto del lavoro postfasista; è servito quale occasione di ripensamento e di revisione delle ragioni che avevano portato alla marginalizzazione della *lex voluntatis* a favore della preminenza della *voluntas legis*, al fine sia di qualificare il rapporto di lavoro come subordinato, sia di determinare il contenuto dello scambio negoziale. Detto in altri termini, il recupero della centralità del contratto e del momento contrattuale che si registra a partire da allora si è giustificato questa volta quale esigenza di liberazione ed emancipazione da una disciplina lavoristica denigrata in quanto colpevolizzata per la sua sostanziale incapacità di adattarsi ed offrire risposte efficaci alle vecchie e nuove esigenze ed aspirazioni di imprese e lavoratori.

Al di là degli (per altro scarsi) interventi diretti operati sul sistema di fonti di regolazione del rapporto di lavoro, il recupero del contratto è stato in questa fase il risultato di un multiforme complesso di interventi che hanno portato ad un sostanziale spostamento dell'attenzione del legislatore – ma anche della dottrina e della giurisprudenza – dal momento del rapporto, ovvero dalla fase di esecuzione del programma negoziale convenuto, al momento contrattuale, ovvero alla fase di costituzione e formalizzazione del vincolo giuridico tra datore e prestatore di lavoro.

Da una parte, il processo di accusata destandarizzazione del rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, realizzato attraverso l'introduzione di via via sempre più variegate tipologie contrattuali alternative, finalizzate all'accesso al mercato di lavoro (tutte più o meno connotate da un'attenuazione dell'apparato di tutele e dall'organizzazione flessibile dei tempi), unita ad una interpretazione giurisprudenziale più sensibile alla valorizzazione del principio consensualistico ai fini della qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato, contribuivano senz'altro ad esaltare la “funzione genetica del contratto”, ampliando le possibilità di espressione dell'autonomia

privata individuale (datoriale), abilitata ora a *scegliere* tra tutte le tipologie contrattuali quella maggiormente rispondente agli interessi economici, organizzativi e produttivi dell'impresa, quando non anche, in certa misura, la natura autonoma o subordinata del rapporto<sup>43</sup>. Dall'altra, l'accusato formalismo associato alla celebrazione dei cosiddetti contratti atipici – tutti a forma vincolata – confermano la crescente e sostanzialmente inedita attenzione prestata dal legislatore al momento della costituzione del rapporto. Reinterpretando lo squilibrio di potere tipico del rapporto di lavoro subordinato (anche) quale conseguenza di un problema di asimmetrie informative tra le parti – e in parziale compensazione dell'attenuazione dell'apparato di tutele tipico del diritto del lavoro per queste modalità contrattuali – le prescrizioni di forma, associate a disposizioni sempre più dettagliate relative al contenuto minimo del contratto, rispondevano all'obiettivo di rafforzare la consapevolezza e le responsabilità individuali del lavoratore nella fase di costituzione del vincolo giuridico<sup>44</sup>. Ciò sul presupposto (astratto e sostanzialmente indimostrato) che l'esaltazione della valenza informativa della forma servisse a garantire, dal versante del lavoratore, una maggiore possibilità d'intervento e codeterminazione nella scelta del tipo contrattuale e nella fissazione del regolamento contrattuale, nonché una maggiore capacità di controllo e reazione di fronte ad eventuali comportamenti irregolari del datore nell'esecuzione del programma negoziale convenuto<sup>45</sup>.

Il recupero di spazi di autonomia fu poi anche la conseguenza dell'accentuato processo di fuga dal diritto del lavoro<sup>46</sup>, almeno in parte assecondato

<sup>43</sup> Allo stesso tempo, però, la proliferazione dei nuovi o riformati modelli contrattuali atipici finiscono paradossalmente per “deprimere la forza regolativa del contratto” (così ALBI, *Le dottrine sulla flessibilità e sulla disarticolazione del tipo contrattuale*, in *LD*, 2004, p. 610), dal momento che finiscono per esaltare unicamente la convenienza del soggetto contrattualmente più forte, che, in quanto tale, impone il modello contrattuale maggiormente rispondente ai suoi interessi. Fa riferimento ad una funzionalizzazione quasi totale del meccanismo contrattuale all'interesse di una delle parti e della conseguente rottura dell'equilibrio obbligazionale nell'esperienza spagnola, GONZÁLEZ ORTEGA, *La difícil conjuntura del Derecho del Trabajo*, in *RL*, 1987, p. 24.

<sup>44</sup> Sul punto, FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

<sup>45</sup> Considerazioni analoghe possono essere realizzate a proposito della generalizzazione delle obbligazioni informative poste a carico del datore di lavoro quale conseguenza della stipulazione di qualunque contratto di lavoro. In generale, su questi aspetti, tra gli altri, RIVARA, *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, in *DLRI*, 1999, p. 133 ss.

<sup>46</sup> Sul punto, ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, p. 231 ss. Per l'esperienza spagnola, BAYLOS, *La “huida” del derecho del trabajo: tendencias y límites de la*

da quella giurisprudenza e da quella dottrina favorevole ad un contenimento della tradizionale tendenza del diritto del lavoro ad espandere il proprio raggio d'azione al di là del suo campo tradizionale di applicazione, nonché dalla presenza di ampi settori di economia irregolare e di lavoro sommerso (e dunque non protetto).

Ciononostante, fino ad allora, il recupero della prospettiva contrattualista non necessariamente si è tradotto ed ha significato un parallelo riscatto del ruolo regolativo dell'autonomia privata individuale e dei meccanismi di mercato. Il processo di *privatizzazione* dei meccanismi di produzione delle regole giuridiche si è, infatti, spesso materializzato attraverso la valorizzazione del ruolo dell'autonomia e del contratto collettivo e si è accompagnato ad una certa *pubblicizzazione* ed istituzionalizzazione dell'attività negoziale autonoma degli agenti sociali, incaricata di esprimere non solo gli interessi del gruppo, ma anche l'interesse generale della classe. La delegificazione degli anni '80 e '90 del secolo scorso ha comportato cioè fondamentalmente una certa decentralizzazione della fonte di produzione normativa, sia attraverso la moltiplicazione dei rinvii legali all'attività normativa autonoma delle parti sociali e la configurazione di norme legali in termini meramente suppletivi rispetto al contratto collettivo, sia per mezzo della ripiegamento della legge da territori prima da questa occupati.

A ciò si è aggiunta una progressiva trasformazione del significato dell'intervento legale nel mercato del lavoro in ragione della necessità di concedere maggior protagonismo alle dinamiche economico-produttive ed alle esigenze di competitività dell'impresa nel nuovo contesto globalizzato. L'interpretazione e la trasposizione della ragione d'impresa – chiaramente esaltata – non era tuttavia un compito affidato in via esclusiva all'imprenditore, ma era il risultato dell'intervento e del controllo esercitato dai poteri pubblici e dal contropotere collettivo fortemente promosso dalla legge. Si trattava cioè di cercare sempre nuovi equilibri tra obiettivi di razionalizzazione sociale dell'economia ed esigenze di razionalizzazione economica del diritto, senza che ciò comportasse la messa in discussione della possibilità di configurare ed assicurare interazioni positive tra le dinamiche economiche ed i principi e valori democratici. Al contrario: l'auge di un neocorporativismo di tipo

*deslaborización*, in ALARCÓN CARACUEL (a cura di), *El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000, p. 35 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La huida del derecho del trabajo*, in *RL*, 1992, p. 85 ss.

macro, testimoniato dall'avvio e dal consolidamento di pratiche di dialogo e concertazione sociale, finiva per esaltare l'idea del patto e la necessità del consenso tra tutte le forze economiche e sociali quale fondamento di un sistema che si continuava a volere pluralistico e democratico; servì da strumento di rilegittimazione del potere e al tempo stesso determinava una certa "ricontrattualizzazione" delle politiche pubbliche. Detto in altri termini, lo scambio realizzato tra una crescente fluidificazione dei limiti e dei condizionamenti legali all'esercizio dei poteri imprenditoriali – che assicurasse maggiore adattabilità della regolazione giuridica del lavoro alle esigenze di flessibilità nell'utilizzo e nell'organizzazione della forza lavoro da parte delle imprese – ed una maggiore partecipazione sindacale alla definizione del punto d'incidenza dell'intervento pubblico nel mercato continuava ad inscrivere nei parametri epistemologici ed assiologici dello Stato Sociale e Democratico di Diritto, anche se ciò non fu privo di conseguenze per il sindacato<sup>47</sup>.

### 3. *La rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro della crisi*

Il passaggio al nuovo secolo ha segnato tuttavia una nuova fase nel processo di contrattualizzazione del diritto più deliberatamente orientato al recupero di spazi di espressione del mercato non condizionati dai vincoli derivanti dell'instaurazione della democrazia politica, sociale ed economica. Questa nuova declinazione della contrattualizzazione del diritto, nella misura in cui si traduce in un'esaltazione incondizionata del soggetto e dello spazio impresa quale ambito di riferimento privilegiato per la costruzione ed espressione dei processi normativi "anziché un'inversione nella gerarchia degli inte-

<sup>47</sup> L'attrazione del sindacato nell'apparato istituzionale dello Stato e la sua implicazione nella definizione ma soprattutto nell'attuazione delle politiche economiche e sociali pubbliche, promossa dalle pratiche concertative, genera gioco forza una certa "pubblicizzazione" dell'attività contrattuale del sindacato, che non solo verrà costretta ad esplicitarsi nel rispetto dei limiti fissati nell'accordo politico raggiunto, ma che verrà anche sottoposta a più intensi controlli pubblici persino nell'esercizio della sua funzione più tradizionale di miglioramento degli standard minimi legali. In questo modo, gran parte dell'azione negoziale del sindacato si sposta progressivamente all'ambito del mercato politico, dove la strategia e politica sindacale deve conciliarsi con le strategie dei partiti. In questo senso, DE LUCA TAMAJO, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in *RIDL*, 1982, I, p. 17.

ressi”, determina “una sovrapposizione dell’interesse aziendale all’interesse generale perseguito dalla legge o quello collettivo perseguito dal contratto nazionale, di modo che (...) l’interesse generale (o collettivo) è l’interesse aziendale”<sup>48</sup>. Questa nuova privatizzazione dell’interesse generale e la riproposizione del mercato quale fenomeno *naturale*, dotato di una sua intrinseca razionalità che il diritto (e la politica) trova(no) ma non crea(no), ha condotto a considerare qualunque tipo di intervento che si ispiri e trovi fondamento in logiche antagonistiche rispetto a quelle proprie dell’accumulazione capitalistica neoliberista come potenzialmente lesive della razionalità ed efficienza del mercato, contribuendo ad alimentare l’idea di una sostanziale irrilevanza ed inutilità (quando non anche direttamente lesività) dell’attività di mediazione politica tra i molteplici interessi in conflitto<sup>49</sup>. L’obbiettivo non è solo quello della li-

<sup>48</sup> BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 32. In questo senso, la ricostruzione dell’interesse datoriale, protetto dall’ordinamento giuridico, da un lato tende a soggettivarsi nella misura in cui si fa coincidere con la definizione unilaterale e tendenzialmente incontestabile che dello stesso fa il datore di lavoro, dall’altro tende ad oggettivarsi, dal momento che ingloba, assorbendolo, l’interesse generale e orienta gli interventi di tutti gli attori che si rendono protagonisti dello scenario.

<sup>49</sup> Manifestazione paradigmatica di quanto affermato nel testo è la crescente tendenza alla “tecnicizzazione” della politica ed alla sostituzione della razionalità assiologica nell’esercizio dei poteri pubblici con una razionalità meramente strumentale che si riduce ad un criterio di valutazione della politica centrato sulla corrispondenza tra mezzi e fini; una razionalità, dunque, che si fonda su elementi di valutazione di tipo più quantitativo che qualitativo, che si legittima non sulla base della coerenza con i valori ed i principi costitutivi del sistema sociale e politico, bensì sulla base dei risultati (economici) concretamente raggiunti. Ciò che si pretende è dare risposte alla crisi di legittimazione delle forme, delle istituzioni fondamentali e dei risultati della mediazione politica attraverso un vero o presunto potenziamento della solvenza tecnica del sistema. La tecnicizzazione e la perdita di significato assiologico della politica si presentano dunque come due facce della stessa moneta e finiscono per orientare l’attività politico-normativa verso una conseguente esaltazione del *pragmatismo*, inteso questo come filosofia che vive nella quotidianità del presente, svincolata da qualunque riferimento al passato o al futuro e che alimenta un’ossessiva volontà di riforma. Così, IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Laterza, 2008, p. 22. Forse ciò contribuisce a spiegare perché, soprattutto nell’esperienza spagnola, la quasi totalità degli interventi realizzati sul sistema di diritti sociali e del lavoro si sia materializzato non solo al margine della lunga e consolidata tradizione della concertazione e del dialogo con i principali sindacati, ma anche e soprattutto attraverso l’(ab)uso della decretazione d’urgenza. Ciò ha condotto a parlare di una crisi che attanaglia anche le forme di produzione giuridica e che permette di legistare senza il Parlamento. Così, BAYLOS, *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro della crisi. La riforma del lavoro spagnola del 2012*, in *DLRI*, 2012, p. 353 ss. In Italia, dove gli interventi sul mercato del lavoro hanno seguito un *iter* più “ortodosso”, il carattere d’urgenza degli stessi si è manifestato attraverso il massiccio ricorso al voto di fiducia. In questo senso, BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 442.

beralizzazione del mercato su scala globale, bensì soprattutto quello di consolidare un sistema economico mondiale tendenzialmente avulso da qualunque tipo di condizionamento di tipo sociale, redistributivo, demercificante.

Se il fine dell'organizzazione politica e sociale è l'*efficiente* funzionamento del mercato, non sorprende che i diritti sociali e i servizi pubblici si vedano sottoposti ad un processo di perdita progressiva del loro significato politico e del loro valore di strumenti finalizzati al soddisfacimento delle necessità sociali fondamentali, di meccanismi orientati al conseguimento di obiettivi di perequazione ed emancipazione economica, sociale e politica. Non sorprende cioè che la loro garanzia finisca per essere condizionata al superamento previo del test di efficienza e di sostenibilità economico-finanziaria, così da essere subordinata al previo soddisfacimento delle prioritarie esigenze dettate dalla pura razionalità economica. In questo modo, la democrazia e i diritti sociali si configurano come mere variabili dipendenti dalla disponibilità di (e dalla volontà politica di trovare) mezzi economico-finanziari adeguati<sup>50</sup>.

Nell'ambito dei rapporti di lavoro e della loro normativizzazione ciò si è tradotto invece in una sostanziale interiorizzazione da parte della disciplina lavoristica di obiettivi microeconomici legati alle (vere o presunte) esigenze economico-organizzative-produttive e di competitività delle imprese ed in una reinterpretazione in senso spudoratamente unidirezionale degli obiettivi di flessibilità dei vincoli giuridici posti all'esercizio dei poteri datoriali. Ancora una volta, ciò si giustifica sulla base dei pretesi effetti benefici sui livelli occupazionali di tale orientamento. Il mantenimento o il recupero dei tassi di occupazione, peraltro slegato da qualunque esigenza di garanzia di condizioni di lavoro dignitose, si trasforma in questo modo in un obiettivo meramente mediato o indiretto dell'intervento pubblico, conseguenza potenziale (meramente sperata) dell'incremento della competitività dell'impresa, configurato come reale obiettivo prioritario dell'intervento pubblico<sup>51</sup>. In questo modo, non solo si pretende di *salvare* l'evidente antinomia di una disciplina che insegue l'obiettivo della tutela del lavoro attra-

<sup>50</sup> Significativa a questo proposito è stata l'introduzione nelle Costituzioni nazionali del principio del pareggio di bilancio attraverso il quale si restringono ulteriormente i margini per l'elaborazione e l'attuazione di politiche pubbliche di taglio sociale.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Flexibilidad interna*, cit., 2012. Una competitività che in più si insegue attraverso l'elaborazione di strategie a breve termine, tutte centrate su meccanismi volti a ridurre il costo del lavoro e a smantellare il sistema di rappresentanza e difesa degli interessi economico-professionali e sociali dei lavoratori. Si vedano a tal proposito i risultati dello

verso l'elaborazione di meccanismi che accentuano la precarizzazione e la decollettivizzazione del lavoro e facilitano l'espulsione definitiva dei lavoratori dall'impresa; si autorizza anche una reinterpretazione del paradigma della flessibilità ad esclusiva protezione degli interessi datoriali.

Passaggio obbligato di tale operazione è stato un intervento sul sistema di contrattazione collettiva pubblica e privata, che, svalutando il ruolo dell'autonomia collettiva, si è diretto ad assicurare la sua funzionalizzazione alla realizzazione dell'interesse microcorporativo datoriale. Si tratta di un risultato che si persegue fundamentalmente attraverso interventi politici e normativi, volti in primo luogo a dequalificare il ruolo e la funzione degli strumenti di rappresentanza sociale e contrattuale dei lavoratori. La marginalizzazione delle strutture istituzionalmente deputate alla "difesa e promozione degli interessi economici e sociali" dei lavoratori (art. 37, co. 1, della Costituzione Spagnola) si materializza in primo luogo nell'allontanamento dalla dimensione concertata delle riforme, che si elaborano e si approvano con procedimenti di urgenza, nonostante l'ampia contestazione sociale e sindacale e spesso con evidente disprezzo per gli accordi già siglati<sup>52</sup>. Questa "espulsione dall'ambito partecipativo socio-politico delle figure sociali che rappresentano (...) l'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici" non solo "è coerente con la scelta privatizzante e mercificante" che ispira il processo di riforme sul mercato del lavoro e che allontana la regolazione giuridica del lavoro dalle coordinate costituzionali<sup>53</sup>. Essa è rappresentativa anche di un'impostazione

studio realizzato da PÉREZ INFANTE, *Crisis, reformas laborales y devaluación salarial*, in *RL*, 2013, p. 69 ss., in cui si analizzano gli effetti dell'attuale contesto di crisi, delle politiche di austerità e delle ultime riforme del mercato del lavoro in termini di contrazione dei salari e del potere d'acquisto dei lavoratori e di intensificazione del retrocesso del peso dei salari nella distribuzione della ricchezza nazionale. Per un'analisi degli strumenti fondamentali di traduzione normativa di questa strategia nell'ordinamento spagnolo, PÉREZ REY, TRILLO PÁRRAGA, *Devaluación interna y derecho del trabajo: la ruptura de las certezas jurídico-laborales*, disponibile in: [http://www.1mayo.org/nova/-NBdd\\_ShwDocumento?cod\\_primaria=1185&cod\\_documento=4022](http://www.1mayo.org/nova/-NBdd_ShwDocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4022).

<sup>52</sup> È questo senza dubbio il caso della riforma spagnola del 2012 (*Real Decreto-Ley* 11 febbraio 2012, n. 3 (poi convertito in l. 3/2012, cit.)), elaborata a sole due settimane dalla firma tra le associazioni sindacali e imprenditoriali più rappresentative del *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* (2012-2014), che prescinde chiaramente dai compromessi ivi raggiunti e approfondisce gli obbiettivi di liberalizzazione del mercato del lavoro. Più in generale, sull'impatto delle misure di austerità sul sistema di contrattazione collettiva, anche in una prospettiva comparata, BAYLOS, CASTELLI, TRILLO, *Negociar en crisis. Negociación colectiva en los países del Sur de Europa*, Bomarzo, 2014.

<sup>53</sup> BAYLOS, *La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012*, in *RDSoc*, 2013, p. 39.

centrata sulla prescindibilità – quando non direttamente della chiara ostilità – nei confronti del metodo del consenso e della partecipazione democratica quali strumenti di garanzia della legittimazione e dell’effettività delle riforme intraprese<sup>54</sup>. Anche quando, come nel caso italiano, il processo di dialogo con le parti sociali si è formalmente materializzato, ciò non ha necessariamente significato l’apertura di un vero e proprio processo di concertazione dei contenuti e degli obiettivi delle riforme, già in gran parte predeterminati.

La dequalificazione del ruolo del sindacato si materializza poi attraverso la già menzionata sottrazione dei margini d’intervento, in termini di autorizzazione e controllo dell’applicazione datoriale dei rafforzati strumenti di flessibilità interna ed in uscita dal mercato del lavoro ed il riorientamento forzoso della contrattazione collettiva verso obiettivi di “legittimazione delle prerogative del *management* e di prevenzione dei conflitti (individuali e collettivi)”<sup>55</sup>, nel tentativo evidente di assegnare valore assoluto alla funzione gestionale del contratto collettivo<sup>56</sup>. Alla ridefinizione autoritaria del ruolo e della funzione della contrattazione collettiva si aggiungono penetranti interventi di riorganizzazione della struttura della stessa, in vista dell’obiettivo di assicurare un decentramento del sistema sostanzialmente anarchico, in quanto sottratto al controllo sindacale. In questa direzione di muovono gli interventi volti a debilitare la forza vincolante e la funzione normativa uniforme del contratto collettivo di categoria, così come l’intervento realizzato in Spagna sul sistema di ultrattività del contratto collettivo<sup>57</sup>. “Trasferendo la capacità contrattuale sui soggetti che operano in azienda (...) a scapito della centralità del sindacato”<sup>58</sup>, si raggiungono risultati importanti anche in termini di incremento della divisione sindacale e della prassi degli accordi se-

<sup>54</sup> Scrive a questo proposito ROMAGNOLI, *La riforma del lavoro del governo “tecnico”. Il diritto del lavoro davanti alla crisi*, Relazione d’apertura del I Congresso Economia, Lavoro e Società, organizzato dalla Fondazione 1° de Mayo, Madrid, 21-22 giugno 2012, disponibile in *LD*, 2012, p. 408: “quando la contrazione dell’economia si converte automaticamente nella contrazione dei diritti, l’emergenza economica non è diversa dall’emergenza democratica. Anzi, è la stessa cosa”.

<sup>55</sup> LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.

<sup>56</sup> In questo senso, VALDÉS DAL-RE, *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, in *RL*, 2012, p. 222.

<sup>57</sup> Sul punto, da ultimo, ALFONSO MELLADO, *La ultraactividad de los convenios colectivos: una propuesta integral*, Bomarzo, 2015.

<sup>58</sup> Così, BAYLOS, *Dialogando desde España sobre la representatividad sindical y la constitucionalidad democrática en Italia*, disponibile in: [http://csdle.lex.unict.it/ar-chive/uploads/up\\_337535957.pdf](http://csdle.lex.unict.it/ar-chive/uploads/up_337535957.pdf).

parati, alimentando pure un deleterio confronto tra opzioni – sindacali ed unitarie – di rappresentanza dei lavoratori.

Adattandosi alla massima secondo la quale “la principale strategia di qualsiasi lotta per il potere consiste nello strutturare la posizione della controparte e ‘destrutturare’ – ovvero deregolamentare – la propria”<sup>59</sup>, le imprese *ripubblicizzate* nella loro funzione sono adesso più che mai in grado di esigere dai poteri pubblici il riconoscimento e la consacrazione di una inedita libertà d’azione e di espressione unilaterale del potere che potranno utilizzare sui lavoratori quale ulteriore strumento di disciplina e sottomissione. Così, nel momento stesso in cui l’esercizio dei poteri datoriali si *liberalizza*, si estendono i margini giuridici e materiali di soggezione e subordinazione dei lavoratori all’autorità datoriale e al mercato. Anche quando la dimensione normativa del contratto collettivo appare *prima facie* rafforzata, come avviene nel caso della denominata contrattazione collettiva di “prossimità” – autorizzata a derogare finanche le disposizioni legali in una serie ampia e sostanzialmente indeterminata di questioni –, la sovversione del principio di autonomia collettiva e il suo forzoso e forzato riorientamento in senso regressivo rende ancora più *drammatica* l’alterazione delle regole consolidate di articolazione delle fonti di produzione normativa e, più in generale, del riconoscimento della funzione e del significato costituzionale del menzionato principio.

Il risultato è stato un profondo processo di “colonizzazione economicista” del diritto del lavoro, che si va allontanando sempre più chiaramente da qualunque obiettivo di emancipazione del lavoro. La liberalizzazione dei condizionamenti giuridici e materiali costruiti attorno alla libertà di iniziativa economica si interpreta e si insegue quale condizione imprescindibile per restaurare condizioni di normalità economica e sociale, in linea con l’accennato processo di “colpevolizzazione” di un diritto del lavoro incapace di “creare” occupazione.

La potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro e il sovvertimento del suo stesso fondamento epistemologico finisce così per incidere negativamente sullo stesso istituto contrattuale, riproponendo un modello di rapporti di lavoro materialmente costruito sul presupposto dell’incorporazione del lavoratore in uno spazio produttivo completamente strutturato ed organizzato dal titolare del potere economico<sup>60</sup>

<sup>59</sup> BAUMAN, *Danni collaterali. Disuguaglianze sociali nell’età globale*, Laterza, 2013, p. 43.

<sup>60</sup> BAYLOS, *Con el agua al cuello: la crisis interminable y sus significados*, in *RDSoc*, 2012, p. 10.

e reso giuridicamente immune da qualsiasi condizionamento esterno rispondente a razionalità alternative a quella puramente mercantilistica. Non è solo che si sia rinunciato a qualunque prospettiva di avveramento della “democrazia in azienda”, è che la disciplina lavoristica si riorienta verso obiettivi di blindaggio dell’unilateralismo datoriale. In questo modo, i poteri imprenditoriali si svincolano dalla stessa dimensione contrattualistica (e pertanto transazionale) per tornare ad essere rappresentati quale attributo tendenzialmente illimitato connesso alla detenzione del potere economico. Ciò finisce per svilire anche quelle stesse potenzialità di razionalizzazione, di circoscrizione e di oggettivazione dello stato di subordinazione e di dipendenza del lavoratore che hanno rappresentato storicamente la ragione stessa della “fortuna” del contratto quale schema giuridico astratto al quale ricondurre i rapporti di lavoro.

Se questo è il quadro culturale e giuridico nel quale si muove il diritto del lavoro della crisi (o la crisi del diritto del lavoro), non stupisce che si moltiplichino le allusioni ad un processo di “rifeudalizzazione” dei rapporti di lavoro<sup>61</sup>. Si tratta di una locuzione di per certo provocatoria, ma non per questo priva di riscontri concreti, con la quale si allude alla progressiva scomposizione e disgregazione sociale derivante dalla centralità assegnata all’interesse microcorporativo datoriale quale interesse che ricomprende e assorbe impresa e lavoratori; con la stessa si fa riferimento al crescente organicismo nei rapporti di lavoro, riconfigurati in termini neocomunitari<sup>62</sup> come rapporti caratterizzati dalla sottomissione forzosa alle esigenze e alle facoltà regolative del “capo”<sup>63</sup>, che si associa alla tendenza ad un nuova *confusione* tra potere economico e autorità<sup>64</sup>. Le allusioni al nuovo feudalesimo nei rapporti di lavoro servono poi anche a rappresentare il processo di riprivatizzazione/depubblicizzazione delle forme e dei contenuti delle norme giuridiche non solo in campo strettamente lavoristico, così come la crescente fluidificazione e decostruzione dei processi normativi riarticolati in un ambito strettamente locale, a livello di ciascuna azienda concreta; in una parola, la tendenza al ritorno dal contratto allo *status*.

<sup>61</sup> Tra gli altri, ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro torna al medioevo*, disponibile sul sito internet: <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1433>, 17 dicembre 2011.

<sup>62</sup> BAVARO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>63</sup> In questo senso, anche VALDÉS DAL-RÉ, *La riforma*, cit., p. 221.

<sup>64</sup> In questa prospettiva più ampia di riorganizzazione globale del sistema mondiale di potere, MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, 2011, spec. I cap.

#### 4. *L'insufficienza della strumentazione civilistica*

A contrastare questa tendenza verso la rimercificazione del (diritto del) lavoro e dei rapporti sociali di produzione e la riespansione dell'unilateralismo d'impresa a poco o nulla sono serviti i tentativi realizzati da una parte della dottrina volti ad ottenere una sorta di "ricomposizione costituzionale del contratto di lavoro" che riesca a inserire i diritti costituzionali del cittadino-lavoratore nella stessa struttura del contratto di lavoro. Ciò che si pretende è in definitiva "estrarre dal contratto, eventualmente grazie alla giurisprudenza, criteri di regolamentazione dei diritti fondamentali che si irradiano poi al legislatore e alla contrattazione collettiva"<sup>65</sup>. Si tratta di tentativi di reazione alla perdita d'autorità della legge, che nel contrapporre all'ipertrofia legislativa la stabilità che offrono i diritti fondamentali quali "riferimenti normativi del nuovo mondo del lavoro"<sup>66</sup>, implicano inevitabilmente un certo spostamento dell'attività di mediazione e di composizione propriamente politica dei conflitti, tradizionalmente affidata alla legge (ma anche alla contrattazione collettiva), sugli organi giurisdizionali. Agli stessi si affida il compito di una ponderazione che inevitabilmente agisce solo *ex post* e con soluzioni calibrate su e per il caso concreto.

La suggestività di queste proposte deve tuttavia essere messa in relazione con alcuni elementi di criticità, che in buona misura finiscono per ridurne le potenzialità intrinseche. Ciò è conseguenza più che altro del fatto che il processo di riorientamento ideologico nel quale si vede immerso il diritto del lavoro investe in realtà tutta la cultura giuridica e dunque anche il potere giudiziario, che in molte occasioni si fa promotore dello stesso attraverso l'elaborazione di soluzioni ed interpretazioni giuridiche che avallano riletture in senso neoliberaista del sistema di diritti e delle garanzie socio-lavoristiche.

Inoltre, occorre ricordare che, in quanto strumenti di contrasto della legge del più forte, tutti i diritti sociali danno luogo a rapporti necessariamente conflittuali, e dunque la loro garanzia dipende in buona misura dai rapporti di forza concretamente esistenti tra i movimenti e le organizzazioni sociali incaricate di rivendicarli e le classi detentrici del potere eco-

<sup>65</sup> Per tutti, CASAS BAAMONDE, *¿Una nueva constitucionalización del derecho del trabajo?*, in *RL*, 2004, p. 129 ss. Sul ruolo della giurisprudenza nel neocostituzionalismo, si rinvia a PRIETO SANCHÍS, *Neocostitucionalismo y ponderación judicial*, in *AFDUAM*, 2001, p. 201 ss.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 132.

nomico, sociale e politico<sup>67</sup>. Detto in altri termini, non si può non tenere conto che “la garanzia di effettività dei diritti viene determinata non solo dalle previsioni normative a ciò funzionali, ma anche ed in modo rilevante dal quadro di fattori economici, sociali e politici all’interno del quale queste garanzie devono strutturarsi”<sup>68</sup>. Anche da quest’ultimo punto di vista, il contesto attuale non sembra favorevole alla materializzazione di queste proposte.

A ciò si aggiunge che, anche se queste impostazioni pretendono di andare al di là degli obiettivi di “ripersonalizzazione” del lavoro emersi nel corso degli anni ’90 del secolo scorso, proponendo un processo di “individualizzazione” che vada oltre la mera *riscoverta dell’individuo* e della valorizzazione delle capacità di autodeterminazione cosciente del cittadino-lavoratore, è pur vero che, nella pratica, questa nuova costituzionalizzazione del contratto di lavoro si è tradotta più che altro in una maggiore considerazione per quei diritti riconosciuti al lavoratore in quanto persona e cittadino. Il rischio è insomma quello di continuare ad alimentare una rappresentazione antagonista di quelle che Umberto Romagnoli ha chiamato “le due cittadinanze”; una rappresentazione, cioè, che dimentichi gli inevitabili condizionamenti di classe della cittadinanza e gli effetti che l’inserimento nell’impresa e nel mercato produce sulla posizione del cittadino e sui margini concreti di godimento dei diritti fondamentali a lui formalmente riconosciuti.

Occorre cioè rifuggire dalla retorica della “vendetta del cittadino sul lavoratore” e, in questo senso, risulta indispensabile riconfigurare i termini di materializzazione della cittadinanza nel nuovo contesto socio-economico e culturale. Un contesto caratterizzato, oggi più che mai, non solo dalla scarsità delle occasioni di lavoro e dalla rimercificazione del lavoro, ma anche dai tentativi di emancipazione da quella considerazione riduttivista del lavoro propria della tradizione capitalistico-patriarcale<sup>69</sup>. Si tratta, insomma, di riu-

<sup>67</sup> BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, 1992, p. 108. Si veda pure PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, 2007.

<sup>68</sup> OLIVAS, *Desordenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO, OLIVAS, ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, (a cura di), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dikynson, 2007, p. 505.

<sup>69</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni di MORA CABELLO DE ALBA, *El trabajo con sentido en proceso constituyente. Un cambio de civilización: qué trabajo, para qué sociedad, para qué planeta*, in RPRECC, 2013, p. 67 ss. Più in generale, anche MORA CABELLO DE ALBA, (diretto da), *La ecología*

scire ad elaborare meccanismi di rappresentanza e di redistribuzione del potere, in linea con la configurazione che il potere stesso ha acquisito nell'attualità.

Allo stesso modo, neppure è risultata praticabile la via seguita da altra parte della cultura giuridica del lavoro di utilizzare la strumentazione civilistica (ed in particolare dei principi di corrispettività, equivalenza, giusto equilibrio tra le prestazioni e sinallagmaticità contrattuale), anch'essa reinterpretata alla luce dei valori costituzionali, per ottenere il riequilibrio delle posizioni delle parti nel rapporto di lavoro e così contenere l'arbitrarietà imprenditoriale nella gestione ed organizzazione dello stesso. Il presupposto incontrovertibile dal quale muove questa diversa prospettiva è che la penetrazione dei diritti sociali nel campo del diritto privato avrebbe corretto la concezione riduttivamente individualistica, restituendo loro "contenuto morale"<sup>70</sup>. Non v'è dubbio, infatti, che il diritto civile non è oggi quello che era in epoca liberale e che l'innesto di tecniche normative che interiorizzano le esigenze di giustizia contrattuale e di protezione del contraente debole, sia questo impresa o consumatore, fortemente incentivato anche dall'ordinamento europeo, si proietta inevitabilmente sulla stessa struttura del diritto civile. In questo senso, è sembrato possibile reagire alla progressiva attenuazione del carattere garantista e *pro labour* del diritto del lavoro attraverso il recupero delle virtù regolative del nuovo diritto privato "moralizzato". Si è preteso dunque, in questo modo, di rispondere all'esigenza di circoscrivere "l'inerzia che la logica organizzativa sta imponendo alla legislazione lavoristica" e per questa via ottenere "un recupero della bilateralità o della logica contrattuale rispetto a quella unilaterale-organizzativa nella concezione dei poteri dell'imprenditore"<sup>71</sup>. Più o meno implicita in queste impostazioni torna a proporsi la prospettiva del recupero del contratto quale strumento di composizione (e pertanto di simultanea realizzazione) dei contrapposti interessi delle parti individuali del rapporto di lavoro.

*del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo, 2015; SANTOS FERNÁNDEZ, (a cura di), *Femminile e maschile nel lavoro e nel diritto*, Ediesse, 2015.

<sup>70</sup> Così, PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, I, p. 438.

<sup>71</sup> SANTOS FERNÁNDEZ, *Riforme dei poteri del datore di lavoro in Spagna e struttura bilaterale del contratto di lavoro*, in *RGL*, 2007, I, p. 595 ss. Più in generale, della stessa Autrice, *El contrato como límite al poder del empresario*, Bomarzo, 2005. Si veda pure VALDÉS DE LA VEGA, *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, 1997; RUÍZ CASTILLO, *El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo*, in CRUZ VILLALÓN (a cura di), *Los protagonistas de las Relaciones Laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, CES, 1995, p. 321.

Al di là delle questioni legate a un certo svilimento della rilevanza del profilo organizzativo del contratto implicito in queste impostazioni fondamentalmente centrate sullo scambio tra lavoro e retribuzione e delle critiche relative ad un certo “impoverimento della posizione debitrice” del lavoratore<sup>72</sup>, le perplessità riguardano la capacità di queste proposte di fare i conti e risolvere una contraddizione intrinseca, già peraltro segnalata dalla dottrina – anche civilistica – che finisce per compromettere la sostenibilità di molti dei presupposti dai quali esse muovono. Si tratta in definitiva della diversa funzionalità e logica di funzionamento alle quali si ispirano il diritto privato dei contratti e il diritto del lavoro.

L’applicazione di meccanismi correttori della disuguaglianza di potere tra le parti previsti nell’ambito delle regole civilistiche rispondono, infatti, pur sempre all’esigenza di “assicurare il mercato” attraverso della rettifica delle eventuali perturbazioni della competenza e della razionalità economica derivanti dall’esistenza di una situazione di squilibrio contrattuale. Si tratta, cioè, nella maggior parte dei casi, di interventi volti a ristabilire la funzionalità del contratto al mercato che, in quanto tali, non implicano una reale sospensione della logica mercantile. Detto in altri termini, nel diritto civile il contratto “giusto” è quello che assicura il mercato competitivo al quale rimane sostanzialmente affidata la funzione distributiva. Ciò, se da un lato obbliga a modulare la capacità del diritto civile di operare in funzione della protezione del soggetto più debole – dato che, in ogni caso, si tratterà di una protezione “nel” e non “contro” il mercato –, dall’altro spiega le ragioni del necessario distanziamento del diritto del lavoro. Nel diritto del lavoro, infatti, il contratto è sempre “ingiusto”, dal momento che istituzionalizza, normativizzandola, una situazione di disuguaglianza di potere tra le parti strutturale e dunque sostanzialmente insormontabile. Anche se è certamente vero che il diritto del lavoro continua ad essere uno strumento di regolazione che “sottrae” al mercato solo nella misura strettamente necessaria e sufficiente alla preservazione del sistema, è anche vero che cerca l’efficienza economica attraverso l’innesto di criteri di razionalità sociale. L’obbiettivo non è solo la

<sup>72</sup> In questo senso, BARBERA, *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2007, p. 3, disponibile sul sito web <http://csdle.lex.unict.it>, che segnala come queste proposte finiscano per lasciare “fuori dal contratto elementi che potrebbero valorizzare la persona del lavoratore (un esempio tipico è quello della formazione come oggetto di un diritto del lavoratore del corrispondente obbligo del datore di lavoro)”.

“giustizia commutativa” attraverso la garanzia dell’equivalenza *soggettiva* delle prestazioni, ma anche e soprattutto la “giustizia redistributiva”, che obbliga ad un intervento autoritativo sul contenuto *oggettivo* dell’accordo raggiunto. Non è un sistema d’intervento interno al contratto, bensì necessariamente esterno ad esso. Anche quando nel diritto civile si introducono meccanismi di intervento coattivo sul contenuto del contratto funzionali al ripristino di una situazione di uguaglianza materiale tra le parti, questi si limitano ad agire sul processo di formazione dell’autonomia privata individuale, onde assicurare la coscienza e la razionalità del consenso prestato e l’assunzione responsabile del rischio dell’operazione economica. Si tratta perciò di un intervento esterno strettamente funzionale a ristabilire condizioni di uguaglianza nei punti di partenza, come garanzia del godimento di uguali possibilità di scelta libera e responsabile e, in ogni caso, di un intervento concepito come meramente eccezionale, oltre che spesso espresso in termini meramente negativi (come succede per esempio con i divieti di introduzione di determinate clausole). Il perseguimento di obiettivi propriamente redistributivi nel diritto civile dei contratti si scontra infatti non solo con le critiche di paternalismo, ma anche e soprattutto con la convinzione che questi si realizzano sempre a scapito dell’efficienza economica e finiscono dunque per pregiudicare finanche la parte che si pretende proteggere.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

Quanto fin qui detto ci porta ad affermare che la “fortuna” della ricostruzione in termini civilistici del diritto del lavoro e la straordinaria capacità di adattamento della strumentazione civilistica si è storicamente prodotta ed è stata possibile grazie fundamentalmente al massiccio intervento pubblico e collettivo (fortemente promosso dallo Stato), che, attraverso interventi imperativi sul contenuto dell’accordo individuale e dunque sull’autonomia privata individuale, ha potuto contenere, anche a costo di stravolgerla, la naturale funzionalità al mercato ed alle sue logiche di funzionamento di entrambi questi istituti. D’altra parte, tali interventi trovavano legittimazione e ispirazione in una cultura giuridica che, al di là delle diverse opzioni ideologiche di ascrizione, non esitava a riconoscere al lavoro dignità e significato politico, fino a giungere ad erigerlo a fondamento stesso del sistema costituzionale e di una cittadinanza qualificata socialmente.

Il distanziamento, quando non anche l'evidente distacco, del diritto del lavoro – e più in generale dell'intervento pubblico – dalle coordinate costituzionali che caratterizza la fase attuale di sviluppo della disciplina, indotto anche e soprattutto da un cambiamento radicale del quadro politico-culturale dominante di riferimento, è giunto fino a determinare una chiara inversione dell'ordine dei valori al quale si ispira l'ordinamento materiale e l'intervento pubblico sul lavoro e nell'economia e il contrattualismo è tornato a ripiegarsi sulla sua dimensione originaria di strumento di rappresentanza e garanzia della legge del più forte. Ciò è vero tanto più alla luce dell'innesto sul costituzionalismo di matrice democratico-sociale di stampo nazionale di ordinamenti, quale quello europeo, che oggi più che mai stanno contribuendo allo sgretolamento dei presupposti culturali e materiali sui quali si è poggiato il patto sociale posto a fondamento del modello costituente oggi in discussione<sup>73</sup>.

Ciononostante, sono riscontrabili evidenti, anche se timidi, segnali di reazione a tale tendenza. L'emersione di una nuova coscienza sociale che denuncia l'ingiustizia e non praticabilità dell'attuale modello di relazioni sociali, politiche ed economiche e che rivendica la rivitalizzazione degli strumenti formali ed informali, individuali e collettivi, di partecipazione sta contribuendo ad evidenziare l'insostenibilità non solo politica e sociale, ma anche chiaramente economica di un modello di sviluppo evidentemente contrario agli interessi, alle aspirazioni e alle esigenze della maggioranza dei cittadini. L'apparizione di nuovi soggetti ed agenti sociali e politici, che si fanno portatori di questa denuncia e che travalicano i confini nazionali, lascia presagire la possibilità di creare le condizioni materiali per la ridefinizione e la rifondazione di un nuovo patto sociale che sappia incorporare, rappresentare adeguatamente e dar risposte articolate alle variegate e complesse esigenze delle società contemporanee.

Le esperienze derivate dall'istituzione di un modello democratico e pluralista di costituzionalismo sociale, maturate nel trascorso del secolo scorso e delle quali il diritto del lavoro è stato uno strumento insostituibile, nella misura in cui si sono tradotte nella necessità di assicurare l'integrazione del conflitto sociale tipico delle società di mercato, hanno rappresentato la risposta di pacificazione e stabilizzazione economica e sociale indispensabile

<sup>73</sup> MAESTRO BUELGA, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *RDCE*, 2008, p. 43 ss.

alla stessa preservazione del sistema capitalistico. Sebbene la progressiva conversione dello Stato sociale in *Welfare State*, spostando il punto di incidenza dell'intervento pubblico dal piano della redistribuzione del potere a quello della mera redistribuzione della ricchezza<sup>74</sup>, abbia debilitato e trasfigurato i rapporti costituzionalmente stabiliti tra democrazia politica e democrazia economica, la fuga verso un mercato deregolato e autoritario, che rifugge qualsiasi tentativo di condizionamento sociale, strumentalizza le istituzioni politico-democratiche e decompone e vanifica i meccanismi tradizionali di partecipazione sociale, politica ed economica, riepande nuovamente i margini di instabilità, insicurezza e conflittualità giuridica e sociale e ciò non solo all'interno di ciascuna comunità statale-nazionale. Gli episodi sempre più frequenti di protezionismo economico, di nazionalismo identitario e di xenofobia e razzismo rappresentano un buon esempio di tale instabilità<sup>75</sup>.

Sebbene possibilmente l'irreversibile presa di coscienza dei difetti e della transitorietà del modello di democrazia sociale nato dalla sconfitta dei fascismi, la rottura unilaterale da parte del capitale del patto sociale soggiacente allo stesso e l'apparizione di nuovi poteri che ridisegnano la geografia dei rapporti di forza nel capitalismo finanziarizzato globale rendano difficilmente praticabile qualunque proposta di rifondazione del sistema che si limiti a recuperare i presupposti ed i fondamenti del costituzionalismo di Stato consolidato durante la seconda metà del secolo scorso, un progetto politico di futuro che non conti sul necessario consenso sociale deve inevitabilmente fare i conti con la propria delegittimazione e quindi con la propria intrinseca precarietà.

<sup>74</sup> BAYLOS, *La contracción del Estado Social*, in *RDSoc*, 2013, p. 11 ss.

<sup>75</sup> STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013.

**Abstract**

Il presente saggio si sofferma ad analizzare le ricadute, sulla regolazione giuridica del lavoro, del paradosso solo apparente consistente, da un lato, in un certo revival del contrattualismo in tutti i livelli e gli ambiti di organizzazione giuridico-istituzionale – e dunque dalla nuova centralità assegnata al contratto quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti economici e sociali – e, dall'altro, in una potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto (non solo) del lavoro, sempre più riconfigurato alla luce della tutela preferenziale della ragione imprenditoriale.

This essay focuses on analysing the implications on labour regulation produced by the apparent paradox consisting, on the one hand, in the revival of contractualism at all juridical-institutional levels – and therefore in the new centrality assigned to the contract as a privileged form of regulation of economic and social relations – and, on the other hand, in a potential breakdown of the consensual and transactional dimension of the labour regulation, increasingly reconfigured in the light of the preferential protection of entrepreneurial reason.

**Key words**

Contratto, consenso, giuridificazione, mercificazione, autonomia individuale, crisi.

Contract, consensus, legalization, mercification, individual autonomy, crisis.

## Arianna Avondola

### Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso

**Sommario:** **1.** La specialità del lavoro giornalistico tra subordinazione e autonomia. **2.** Equo compenso: una legge *ad hoc* per individuare il trattamento economico dei giornalisti “non subordinati”. **3.** Parametri di determinazione dell’ “iniquo” compenso nel lavoro giornalistico. **4.** L’intervento del TAR. **5.** La conferma del Consiglio di Stato. **6.** Se le vie dell’equo compenso e del salario minimo si intrecciano (e si confondono). **7.** La diversa via interpretativa della giurisprudenza. **8.** Dopo l’abrogazione delle Tariffe, il nulla.

#### *1. La specialità del lavoro giornalistico tra subordinazione e autonomia*

È rapporto di lavoro giornalistico quello che intercorre tra ‘gli editori di quotidiani, di periodici, le agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, l’emittenza radiotelevisiva privata di ambito nazionale e gli uffici stampa comunque collegati ad aziende editoriali, ed i giornalisti’<sup>1</sup>.

La definizione, testualmente dedotta dall’art. 1 del contratto collettivo nazionale del lavoro giornalistico dell’aprile 2013, evidenzia senza ombra di dubbio gli elementi caratterizzanti questo particolare rapporto di lavoro, di natura subordinata, connotato da una specifica organizzazione dell’attività imprenditoriale cui il lavoratore collabora e dall’attività di carattere intellettuale svolta dal prestatore di lavoro<sup>2</sup> ‘diretta alla raccolta, selezione, elaborazione e commento delle notizie, volte ad informare e formare l’opinione pubblica mediante qualsiasi strumento idoneo a trasmettere il messaggio, giornale stampato o parlato’<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Più precisamente, secondo il CNLG del 1° aprile 2013, i giornalisti ‘...che prestano attività giornalistica quotidiana con carattere di continuità e con vincolo di dipendenza anche se svolgono all’estero la loro attività’.

<sup>2</sup> GIUGNI, *Il lavoro giornalistico*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1973, XXIII, p. 448. SANTONI, *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, 1993, p. 215.

<sup>3</sup> Non stupisca il richiamo alla risalente Cass. 2 febbraio 1982, n. 625, in *RIDL*, 1983, II, p. 359, nt. TOSI, ad oggi ancora valida sul piano definitorio.

Caratteristiche peculiari che hanno indotto gli interpreti a classificare formalmente il contratto di lavoro giornalistico nell'ambito dei cosiddetti contratti speciali di lavoro. Una categoria, quest'ultima, che, però, abitualmente ricomprende ipotesi contrattuali che sono oggetto di una particolare disciplina legislativa.

Pertanto, se ci si dovesse rigidamente attenere a tale "condizione" ai fini dell'inquadramento di questa fattispecie contrattuale, sarebbe certamente legittimo affermare che il lavoro giornalistico non dovrebbe rientrare tra queste ipotesi "speciali" di lavoro, dal momento che, come è noto, '...la legge 3 febbraio 1963 n. 69, sull'ordinamento della professione giornalistica, [risulta] prevalentemente incentrata sulla regolazione del versante organizzativo della professione e dello status di giornalista (sotto il profilo della capacità di obbligarsi a una prestazione di lavoro giornalistico), essendosi invece il legislatore astenuto dal dettare una disciplina dell'attività giornalistica e del rapporto di lavoro dei giornalisti'<sup>4</sup>.

In realtà, come è stato da tempo autorevolmente precisato, l'appartenenza a questa categoria classificatrice è dovuta piuttosto alla "singolarità della prestazione dedotta in contratto"<sup>5</sup>. Una prestazione che, pur rientrando espressamente nel tipo "lavoro subordinato", risulta altrettanto apertamente sganciata dal requisito della eterodirezione, divenendo, dunque, "speciale" rispetto al dettato dell'art. 2094 c.c.

Tale elasticità interpretativa, che da sempre ha connotato il carattere distintivo del lavoro giornalistico, ha altresì consentito che '...la collaborazione a giornali quotidiani o periodici possa [agevolmente, *nda*] anche svolgersi senza vincolo di subordinazione, applicandosi così la disciplina del lavoro autonomo'<sup>6</sup>.

Proprio in considerazione della fluidità definitoria della prestazione di lavoro, la disciplina del lavoro giornalistico ha sempre incluso nella (propria) categoria contrattuale anche quei giornalisti che svolgono un'attività continuativa ma ridotta<sup>7</sup>, escludendo, invece, dall'applicazione della disciplina con-

<sup>4</sup> MUTARELLI M., *Le qualifiche dei giornalisti nel contratto collettivo nazionale di lavoro*, in *DRI*, 2014, 4, pp. 1063 e 1064, precisa che 'da sempre, all'anomia delle fonti eteronome hanno supplito, da una parte, il contratto collettivo nazionale di lavoro giornalistico, con la disciplina dettata dalla contrattazione di diritto comune via via succedutasi nel tempo...', e, dall'altra parte, la giurisprudenza, la quale, a fronte delle omissioni del legislatore...'

<sup>5</sup> GIUGNI, *op. cit.*, p. 448.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Segnatamente, si fa riferimento al caso dei cosiddetti "collaboratori fissi", assunti ex

trattualistica le attività meramente saltuarie, con la conseguente, dichiarata inapplicabilità del CNLG a tutte le forme di prestazione giornalistica autonoma e in particolare ai co.co.co.

Tale severo restringimento dell'ambito applicativo delle disposizioni contrattuali non ha mai trovato, però, una effettiva corrispondenza empirica, in quanto non è sempre agevole, sul piano del concreto svolgimento del rapporto di lavoro giornalistico, individuare con certezza i criteri distintivi di una prestazione svolta in regime di subordinazione, di autonomia o di collaborazione coordinata e continuativa.

Questa difficoltà interpretativa – che contraddistingue numerose prestazioni di lavoro, ma che nel lavoro giornalistico si manifesta con una particolare intensità – ha recentemente indotto il legislatore ad intervenire sulla materia, da sempre lasciata al controllo preventivo della contrattazione collettiva e al vaglio finale della giurisprudenza.

2. *Equo compenso: una legge ad hoc per individuare il trattamento economico dei giornalisti “non subordinati”*

Sono anni ormai che il mondo della “carta stampata” – e più in generale quello dell’editoria tutta – vive una fase di grave crisi.

Strumenti più moderni e rapidi di comunicazione, nati con internet e cresciuti attraverso i social-network, hanno soppiantato il vecchio sistema di informazione, che oggi si trova ad essere inevitabilmente obsoleto.

La notizia, infatti, diffusa oggi in tempo reale, è considerata “vecchia”, o comunque già acquisita (e quindi superata), se data il giorno dopo. Condizione questa che dovrebbe spingere – in particolare – i quotidiani a trasformarsi, nel tempo, attraverso una naturale evoluzione, da mezzo di informazione *tout court* a strumento di esclusivo approfondimento delle notizie.

Sta di fatto, che, a fronte della descritta evoluzione, numerosi giornali –

art. 2 CNLG, il cui vincolo di dipendenza si fonda sulla “persistenza” dell’obbligo di porre a disposizione del datore di lavoro la propria opera. Elemento (temporale) decisivo secondo giurisprudenza consolidata a distinguere il collaboratore fisso dai giornalisti collaboratori coordinati e continuativi. Sul punto cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 14427, in *OGL*, 2004, I, p. 557; Cass. 27 maggio 2000, n. 7020, in *De Jure*; Cass. 17 aprile 1990, n. 3168, in *MGC*, 1990, 4.

già da più di un decennio – hanno messo in atto politiche di “alleggerimento” del personale: alcuni, attraverso meccanismi di prepensionamento, altri, con vere e proprie procedure di licenziamento collettivo. Riduzione di personale che è stata compensata da un singolare sistema di “esternalizzazione” del lavoro.

La drastica riduzione dell’organico in forze, infatti, ha indotto molte aziende a rivolgersi sempre più spesso a collaboratori esterni, i quali, però, invece di svolgere un’opera occasionale o saltuaria (propria della natura autonoma o meramente collaborativa del contratto con cui sono stati “reclutati”), si sono trovati, nella maggior parte dei casi, a svolgere – quotidianamente – mansioni in nulla diverse da quelle espletate da redattori regolarmente assunti a tempo indeterminato, ma con retribuzioni (e diritti) in tutto inferiori a questi ultimi.

Proprio per risolvere questo fenomeno dilagante, foriero di una condizione palesemente iniqua, a spese di lavoratori autonomi che svolgono spesso attività perfettamente sovrapponibili a quelle dei colleghi subordinati, il legislatore, nel silenzio di una contrattazione collettiva da anni inattiva in materia, è intervenuto con la legge n. 233 del 31 dicembre 2012.

Secondo l’art. 1 di questa legge: ‘1. *In attuazione dell’articolo 36, primo comma, della Costituzione, la presente legge è finalizzata a promuovere l’equità retributiva dei giornalisti iscritti all’albo di cui all’articolo 27 della legge 3 febbraio 1963, n. 69, e successive modificazioni, titolari di un rapporto di lavoro non subordinato in quotidiani e periodici, anche telematici, nelle agenzie di stampa e nelle emittenti radiotelevisive. 2. Ai fini della presente legge, per equo compenso si intende la corresponsione di una remunerazione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, tenendo conto della natura, del contenuto e delle caratteristiche della prestazione nonché della coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato*’.

La disposizione – probabilmente andando ben al di là delle intenzioni del legislatore – appare dirompente, in quanto, secondo la lettera del primo comma, intenderebbe estendere l’ambito di applicazione dell’art. 36 Cost. anche oltre l’area della subordinazione a lavoratori giornalisti ‘titolari di un rapporto di lavoro non subordinato’<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Sembra, inoltre, lecito domandarsi, innanzitutto, se una legge ordinaria possa legittimamente stabilire l’estensione applicativa di una norma di rango costituzionale, o se, nel caso

Sebbene un'estensione della disciplina costituzionale si sia già verificata per il lavoro a progetto<sup>9</sup>, il nuovo intervento legislativo va ulteriormente a scardinare un pilastro interpretativo che – tendenzialmente – legava l'art. 36 Cost. alle sole ipotesi di lavoro subordinato. Oggi, invece, giustificato dall'esigenza di “promuovere l'equità retributiva dei giornalisti”, i principii di proporzionalità e sufficienza sembrerebbero essere stati elevati a regola assiomatica e assoluta di eguaglianza retributiva, che potrebbe trovare applicazione nell'ambito di qualsiasi rapporto di lavoro, al fine di garantire la dignità dei lavoratori.

In realtà, la *ratio* su cui si fonda la disciplina in oggetto non è diversa da quella che contraddistingue (anche a livello europeo) qualunque intervento legislativo volto ad una regolazione legale del salario minimo, che si applica a rapporti di lavoro “non standard”<sup>10</sup>.

La garanzia dei minimi salariali, infatti, si concentra per lo più su categorie ritenute particolarmente bisognose di protezione e tradizionalmente non coperte dalla contrattazione collettiva.

Più specificamente, ‘la norma minima salariale conserverebbe la sua

di specie, si tratti piuttosto di una mera “formula d'uso” incautamente utilizzata. Ai fini del dibattito sull'ambito di applicazione dell'art. 36 Cost. a lavoratori “non subordinati”, tra gli altri cfr. L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in ROMEI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Giuffrè, in corso di pubblicazione, per il quale «non stupisce allora che una delle più concrete conseguenze della proposta esegetica dell'art. 36 Cost. non abbia fatto molta strada. In effetti, se si legge in modo rigoroso il dettato della norma, la retribuzione sufficiente (da individuare come una quota della retribuzione complessiva) andrebbe corrisposta “in ogni caso”...[eppure...] la giurisprudenza maggioritaria continua ad affermare che in virtù del generale principio della corrispettività civilistica non è dovuta retribuzione alcuna in qualunque caso di assenza della prestazione lavorativa salvo norme speciali». Secondo il medesimo autore, però, «così si invoca un inesistente principio civilistico senza far valere invece correttamente la corrispettività giurisdizionale contenuta nell'art. 36 Cost. da contemperare con la natura sociale della retribuzione sufficiente».

<sup>9</sup> Sul punto, da ultimo, v. *amplius* DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale scientifica, 2016. Cfr. sul punto anche, BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 746 e ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 719 ss.; nonché, da ultimo, MENEGATTI, *Il salario minimo legale*, Giappichelli, 2017.

<sup>10</sup> TREU, *Il salario minimo: limiti della supplenza giurisprudenziale e prospettive*, in *Giur. It.*, 2015, 3 p. 743, *passim*, che individua a livello esemplificativo numerose ipotesi, come: ‘in tema di indennità di disponibilità per il lavoro somministrato (art. 22, Dlgs n. 275/2003) e per i lavoratori intermittenti con obbligo di rispondere alla chiamata (art. 36, D.Lgs. n. 276/2003).

funzione di tutela per i lavoratori dei settori privi di contratto collettivo e, più in generale, continuerebbe ad offrire una base di appoggio alla contrattazione<sup>11</sup>.

In questo senso, l'estensione applicativa dell'art. 36 Cost. troverebbe giustificazione nell'intento legislativo di ampliare l'ambito di applicazione di alcuni diritti a soggetti considerati più "vulnerabili", in quanto privi di tutela a causa dell'assenza di una esplicita previsione contrattuale.

Rispetto a tale prospettiva interpretativa, così impostata, nulla vi sarebbe di nuovo o di anomalo da rilevare nella normativa in oggetto, se, al secondo comma, la legge 233/2012 non introducesse – come soluzione alle descritte disparità di trattamento retributivo – l'istituto del cosiddetto "equo compenso", che (anche solo a livello terminologico) non è un "salario minimo"<sup>12</sup>.

La legge, infatti, nel prevedere la corresponsione di un equo compenso, inteso come 'remunerazione proporzionata alla quantità e qualità di lavoro svolto' dal giornalista "non lavoratore subordinato", omette di predisporre dei minimi salariali corrispondenti, 'in quanto l'equo compenso va determinato soltanto tenendo conto "della coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria in favore dei giornalisti titolari di un rapporto di lavoro subordinato"<sup>13</sup>.

L'individuazione specifica delle spettanze economiche viene, quindi, attribuita dalla stessa normativa (all'art. 2) ad una "Commissione di valutazione dell'equo compenso", istituita presso il Dipartimento per l'informazione e l'editoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri e presieduta dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega per l'informazione.

La Commissione, costituita da sette membri<sup>14</sup>, presenta, però, una for-

<sup>11</sup> MAGNANI, *Il salario minimo – Problemi giuridici del salario minimo legale nell'ordinamento italiano*, in *Giur. It.*, 2015, 3 p. 743, *passim*.

<sup>12</sup> Cfr. *amplius* sul punto *infra* par. 6.

<sup>13</sup> DELFINO, *op.cit.*, p. 67.

<sup>14</sup> Precisamente si tratta di: a) un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali; b) un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico; c) un rappresentante del consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti; d) un rappresentante delle organizzazioni sindacali dei giornalisti comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; e) un rappresentante delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei committenti comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nel settore delle imprese di cui all'art. 1, comma 1; un rappresentante dell'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani (INPGI).

mazione “sbilanciata”, o quanto meno atipica, in quanto è composta da solo due rappresentanti delle parti sociali a fronte di tre componenti (compreso il Presidente) espressione del Governo, un rappresentante individuato dal Consiglio dell’Ordine dei giornalisti e uno dall’INPGI.

Una formazione che non poteva non destare qualche perplessità, sin dalla sua costituzione, instillando il dubbio che, dovendo decidere necessariamente a maggioranza, la Commissione avrebbe finito inevitabilmente per esprimersi garantendo al Governo una posizione di preminenza e lasciando alle parti sociali un ruolo meramente ancillare<sup>15</sup>.

La complessità (*rectius*, anomalia) di questa formazione è probabilmente una delle principali cause, non solo, della lentezza con cui la Commissione ha lavorato, fissando le tariffe dell’equo compenso dopo quasi due anni dall’emanazione della legge, ma anche delle critiche di iniquità e inadeguatezza piovute sui parametri retributivi alla fine determinati.

### 3. Parametri di determinazione dell’“iniquo” compenso nel lavoro giornalistico

Con una delibera del 19 giugno 2014, la Commissione per la valutazione dell’equo compenso nel lavoro giornalistico istituita ai sensi dell’art. 2, comma 1, legge n. 233/2012, con il solo voto contrario del rappresentante del Consiglio dell’Ordine, ha approvato ‘il trattamento economico minimo per i destinatari della disciplina dell’accordo...individuato per le specifiche tipologie di prodotto editoriale’.

Pertanto, si è stabilito: 1) per i quotidiani un trattamento annuo lordo pari a €. 3000 oppure a €. 250,00 mensili (sempre lordi), per un minimo di 144 articoli l’anno, pari a 12 articoli pubblicati in media per mese in ragione di un anno di almeno 1600 battute; 2) per i periodici settimanali un trattamento annuo lordo pari a €. 3000 oppure a €. 250,00 mensili, per un minimo di 45 pezzi l’anno di almeno 1800 battute; 3) per i periodici mensili un trattamento annuo lordo pari a €. 3000 oppure a €. 250,00 mensili, per un pezzo per numero di almeno 7000 battute.

<sup>15</sup> Sul punto anche DELFINO, *op. cit.*, p. 67, ha precisato che: ‘Invero, i componenti riconducibili all’Esecutivo necessitano di un solo voto ulteriore per ottenere la maggioranza, per cui, in linea teorica, la fissazione dell’equo compenso potrebbe avvenire anche senza il coinvolgimento delle parti sociali’.

Nonostante le dichiarazioni positive rilasciate a valle della delibera da parte del Presidente Luca Lotti, che ha considerato l'equo compenso un 'compenso minimo garantito' che consente 'di stabilire una soglia minima sotto la quale non si potrà più andae'<sup>16</sup>, garantendo così nuove tutele ai *freelance* fino ad oggi sottopagati e sfruttati, la reazione dell'Ordine dei giornalisti è stata di tutt'altro tenore.

L'O.d.G., nella persona del Presidente, ha, infatti, immediatamente denunciato l'iniquità delle misure prese dalla Commissione, precisando che 'si legittima così per legge lo sfruttamento e la precarietà'<sup>17</sup>. L'accordo, dunque, non solo risulterebbe lesivo della professionalità dei giornalisti non subordinati, definendo "compensi indecorosi e privi di dignità"<sup>18</sup>, ma sarebbe anche contrario alla legge 233/2012.

Secondo il Consiglio dell'Ordine, infatti, il tariffario allegato alla delibera, lungi dal porsi 'in coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva (come richiesto dalla legge del 2012), ha fissato non un "equo compenso", quanto piuttosto 'un salario minimo garantito, rinviando peraltro non alla contrattazione collettiva, bensì alla contrattazione individuale con il singolo editore la determinazione del compenso per prestazioni di lavoro superiori al minimo'<sup>19</sup>.

In tal caso, la posizione di lavoratori già contrattualmente deboli, in quanto non tutelati dal CNLG, rischierebbe di essere ulteriormente indebolita, "regolamentandosi" nei fatti la diseguaglianza retributiva già esistente tra giornalisti subordinati e giornalisti autonomi, i quali, ultimi, finirebbero per trovarsi sempre più alla mercè di datori di lavoro pronti a sfruttare la loro vulnerabilità.

Ai tanti (troppi) giornalisti sottopagati, in questo modo, sembrerebbe essere sottratta qualsiasi possibilità di rivendicare compensi adeguati o comunque superiori ai minimi "equamente" stabiliti, escludendosi anche

<sup>16</sup> LOTTI L., intervista in *www.repubblica.it*.

<sup>17</sup> IACOPINO A., *Equo compenso truffa: arrivano i "cinesi" dell'informazione*, in *www.francoab-bruzzo.it*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, secondo IACOPINO (Presidente del Consiglio dell'Ordine dei Giornalisti) si tratta di un provvedimento: 'deflagrante per la tenuta stessa della professione e del contratto collettivo. Con compensi simili, il giornalista lo si potrà fare solo per hobby perché in grado di contare su altri redditi. E i dipendenti di oggi diventeranno i "nuovi autonomi" di domani. Perché gli editori non dovrebbero ridurre ulteriormente gli organici delle redazioni ed esternalizzare il più possibile il lavoro, potendolo affidare ad autonomi sottopagati?'.

<sup>19</sup> DELFINO, *op. cit.*, p. 69.

l'eventuale applicazione a questi stessi del contratto di lavoro giornalistico, anche se svolgono – come spesso avviene – attività che di autonomo hanno ben poco. È altamente improbabile, infatti, che un giornalista autonomo sia in grado di contrattare con il proprio editore compensi più elevati di quelli prefissati dalla delibera, non foss'altro perché produzioni superiori al minimo annuo previsto potrebbero far ipotizzare la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente, smascherando conseguentemente falsi contratti di lavoro autonomo.

Pertanto, non è difficile supporre che, onde evitare qualunque rischio di riconoscere la natura subordinata a un rapporto di lavoro nato come “non subordinato”, gli editori non si esporranno a tale pericolo con una contrattazione individuale che superi i “valori soglia” stabiliti come parametro di equo compenso, elevati – di fatto – a garanzia qualificatoria della natura autonoma del rapporto.

Oltre alla palese iniquità dei parametri determinati, la delibera del 19 giugno 2014 presenta un altro punto particolarmente insidioso a livello interpretativo.

Nei *considerata*, infatti, viene espressamente richiamata la relazione richiesta dalla Commissione come “consulenza di esperti specializzati nella materia”, ‘nella quale sono stati, tra l’altro approfonditi, gli aspetti relativi al campo di effettiva applicazione della normativa sull’equo compenso ed ai criteri e parametri da valutare ai fini della definizione di equo compenso giornalistico’.

Tale relazione, in particolare, ha affermato che: 1) nell’ambito dei rapporti di lavoro qualificabili come autonomi, l’equo compenso di cui alla legge n. 233 del 2012 deve intendersi riferito alle prestazioni che presentino, sul piano concreto, carattere economicamente dipendente e non sporadico; 2) in mancanza di una specifica disciplina contrattuale, ai fini della definizione dell’equo compenso giornalistico possono ritenersi applicabili, analogicamente, i principi e i criteri generali previsti dalla disciplina di riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012) con riferimento al lavoro a progetto.

Seguendo le specifiche indicazioni della relazione tecnica richiamata, quindi, i parametri dell’equo compenso sembrerebbero doversi applicare esclusivamente ai cosiddetti co.co.pro. (oggi, di nuovo, co.co.co.), con un conseguente, considerevole restringimento dell’ambito applicativo della disciplina varata con la legge del 2012, che si rivolgeva, invece, genericamente a tutti i lavoratori “non subordinati”.

#### 4. *L'intervento del TAR*

In un clima profondamente avvelenato dalla delusione per l'intervento normativo in materia, il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti ha presentato ricorso dinanzi al TAR del Lazio, chiedendo l'annullamento della Delibera del 19 giugno 2014 della Commissione per la valutazione dell'equo compenso nel lavoro giornalistico.

Nel merito, il C.d.O. ha rilevato, tra l'altro, la '1) violazione dell'art. 1 della legge n. 233 del 2012 e dell'art. 12 delle preleggi ed eccesso di potere per illogicità e difetto di istruttoria, in quanto la Commissione avrebbe illegittimamente circoscritto –rispetto alla portata della legge 233/2012– l'ambito di applicazione dei destinatari della normativa sull'equo compenso', nonché la '2) violazione dell'art. 36 della Costituzione e dell'art. 1, comma 2, della legge n. 233 del 2012, difetto di motivazione e contrasto tra premesse e conclusioni, poiché la deliberazione impugnata introdurrebbe dei parametri dell'equo compenso non proporzionati alla quantità e qualità del lavoro svolto', laddove, invece, la legge 233/2012 chiedeva che i parametri fossero espressi con riguardo alla natura e alle caratteristiche della prestazione e 'in coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria...'<sup>20</sup>.

Secondo quanto affermato dal C.d.O., inoltre, 'la determinazione da parte della Commissione di un minimo retributivo determinato *contra legem*, se non addirittura mancante, appare immediatamente lesiva della dignità professionale dei giornalisti privi di un contratto di lavoro dipendente, che espone al rischio costante di non vederne riconosciuta la professionalità'<sup>21</sup>.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, con sentenza n. 5054/2015, ha accolto parzialmente il ricorso, ritenendo, innanzitutto, pienamente fondata la censura presentata dal C.d.O. secondo cui la delibera impugnata aveva circoscritto i soggetti destinatari della norma ai collaboratori a progetto.

Più specificamente, secondo il giudice amministrativo risultano 'fondate le censure di violazione dell'art. 1 della legge n. 233 del 2012 e dell'art. 12 delle preleggi e di eccesso di potere', avendo riscontrato una indebita restrizione del campo applicativo rispetto alla lettera della normativa, che espres-

<sup>20</sup> TAR Lazio, 28 gennaio 2015, n. 5054, in *De Jure*.

<sup>21</sup> *Idem*.

samente comprendeva – nell’individuazione dei destinatari della disciplina dell’equo compenso – tanto il lavoro autonomo libero professionale quanto il lavoro autonomo coordinato e continuativo.

Il medesimo TAR ha ritenuto, inoltre, parzialmente fondata la censura di violazione dell’art. 36 Cost., in quanto la delibera, che avrebbe dovuto promuovere l’equità retributiva dei giornalisti non subordinati in attuazione dell’art. 36, primo comma, della Costituzione, ha, invece, introdotto ‘parametri di equo compenso non proporzionati alla quantità e qualità del lavoro svolto, e del tutto insufficienti a garantire un’esistenza libera e dignitosa al giornalista autonomo, in quanto le tabelle riconoscono e legittimano un sistema di lavoro “a pezzo” o “a chiamata” che vede aumentare la forza contrattuale degli editori, essendosi in realtà la Commissione limitata a fissare una sorta di minimo garantito, che pertanto non corrisponde all’equo compenso identificato dall’art. 1, comma 1, della legge 233...’.

Infine, pur riconoscendo l’ingiustificato restringimento del campo di applicazione della disciplina in oggetto e, contemporaneamente, individuando l’iniustizia dei trattamenti retributivi previsti dalla Commissione, il TAR ha chiarito che l’equo compenso, per essere effettivamente “equo”, ‘neppure può corrispondere alle tariffe del ricorrente ordine, che eliminerebbero ogni margine di contrattazione atto a valorizzare il rapporto di proporzionalità fra quantità e qualità del lavoro specificamente svolto, in contrasto con le indicate finalità della legge’.

Secondo il giudice amministrativo, dunque, l’equo compenso non può corrispondere al compenso previsto dalla contrattazione collettiva, il quale – trovando applicazione solo nei confronti dei giornalisti lavoratori subordinati – non potrebbe trovare medesima applicazione nei confronti dei giornalisti autonomi, che per loro natura hanno la possibilità di contrattare individualmente e secondo le proprie capacità un compenso diverso, purché sempre e comunque dignitoso della professionalità offerta.

Dignità retributiva che, invece, sempre per il TAR, certamente non è riscontrabile nei parametri stabiliti dalla Commissione, per i quali era stata espressamente richiesta dalla legge 233/2012 la “coerenza” con i trattamenti previsti dalla contrattazione nazionale di categoria, seppur non la “corrispondenza” a questi ultimi.

E ciò perché, come lo stesso TAR ha evidenziato, i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale rappresentano ‘solo un criterio di larga massima, sindacabile in “negativo” in caso di aperto contrasto, ma non

in “positivo” al fine di rivendicare una specifica “simmetria” fra situazioni che restano diverse e quindi giuridicamente non compatibili’.

##### 5. *La conferma del Consiglio di Stato*

Anche il Consiglio di Stato, chiamato ad intervenire su questa vicenda, ha confermato quanto affermato dal TAR, seppure con delle precisazioni.

Il Collegio, innanzitutto, è apparso concorde con la decisione presa dal giudice amministrativo di primo grado nel ritenere che la Delibera impugnata abbia impropriamente ‘delimitato l’ambito di applicazione dell’equo compenso ai soli collaboratori a progetto’.

Secondo il Consiglio di Stato ‘una simile limitazione non trova riscontro nella normativa’<sup>22</sup> da cui prende le mosse la delibera, in particolar modo nella parte in cui si afferma che ‘in mancanza di specifica disciplina contrattuale, ai fini della definizione dell’equo compenso giornalistico possono ritenersi applicabili, analogicamente, i principi e i criteri generali di cui alla citata disciplina di riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012)’.

Inoltre, facendo proprie alcune considerazioni sollevate dal Consiglio dell’Ordine (appellante principale), il medesimo Collegio ha evidenziato un’ulteriore incongruenza – non apertamente rilevata dal TAR –, precisando come ‘la disciplina in materia di contratto a progetto non si applica direttamente al lavoro giornalistico, essendo escluse le professioni per le quali è necessaria l’iscrizione ad un albo professionale (cfr. art. 61, comma 3, d.lgs. 276/2003, non modificato dall’art. 1, comma 27, della legge 92/2012, e confermato anche dall’impostazione del cd. jobs act – art. 2, comma 2, lettera b), d.lgs. 81/2015)’<sup>23</sup>.

Una volta risolta, secondo le descritte precisazioni, la problematica relativa all’indebito restringimento del campo applicativo della disciplina sull’equo compenso, il Consiglio di Stato ha approfondito espressamente anche la tematica, già sollevata dinanzi al primo giudice amministrativo, avente ad oggetto la corretta interpretazione dell’art. 36 della Costituzione nel caso di specie.

Sul punto, è stata innanzitutto ribadita la *ratio* su cui si fonderebbe la

<sup>22</sup> Cons. Stato, 11 febbraio 2016, n. 1076, in *De Jure*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

legge 233/2012, volta ‘ad apprestare una disciplina retributiva per tutte le forme di lavoro autonomo giornalistico, in quanto connotate da alcuni caratteri del lavoro subordinato e pertanto meritevoli di tutele assimilabili a quelle ad esso assicurate’.

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, la normativa in esame avrebbe avuto l’esplicito intento di garantire ‘una tendenziale equità retributiva tra chi è dipendente (ed è quindi retribuito sulla base dei criteri stabiliti attraverso la contrattazione collettiva) e chi non lo è, e quindi resta sottoposto alla forza contrattuale dell’editore’.

Pertanto, per i giudici amministrativi di secondo grado, dalla lettera della normativa descritta, si potrebbe agevolmente comprendere l’intento del legislatore di estendere espressamente il principio di proporzionalità dell’art. 36 Cost. a tutti i lavoratori “non subordinati”, in quanto più bisognosi di tutela, non essendo protetti dalla contrattazione collettiva.

Oltre al principio di proporzionalità, superando il dato meramente testuale e procedendo nell’esegesi della norma, il Collegio ha altresì dedotto dal “non detto” della legge 233/2012 anche un riferimento al principio di sufficienza, il quale, pur non esplicitato, ‘può ritenersi recuperato dal riferimento alla “coerenza” che deve essere assicurata rispetto alla contrattazione collettiva’.

Proprio sulla base di tali presupposti interpretativi, il Collegio è giunto, quindi, a ritenere che i parametri relativi all’equo compenso individuati nella Delibera non siano “rispettosi” dei principi costituzionali, in quanto: ‘È sufficiente considerare che, nel caso dei giornalisti dei quotidiani, a una maggior quantità si collega una pesante riduzione proporzionale del corrispettivo<sup>24</sup>, che la qualità del lavoro non risulta affatto espressamente considerata, e che nello stesso appello, tra i trattamenti economici minimi, viene portato ad esempio quello spettante al giornalista di quotidiani, al quale viene garantito un importo lordo annuo di 3.000 euro per un minimo di 144 articoli di almeno 1.600 battute (vale a dire euro 20,33 ad articolo), senza che si dia minimamente conto della coerenza di esso (e degli altri parametri) con la disciplina della contrattazione di settore’.

<sup>24</sup> In particolare, sempre secondo le precisazioni della sentenza 1076/2016, ‘a fronte del raddoppio, da 145 a 288, del numero di articoli, viene garantito un “trattamento economico variabile” che garantisce un incremento pari a soltanto il 60% del “trattamento economico minimo”’.

In quest'ottica, infatti, le previsioni della contrattazione collettiva, come già precisato dal TAR, seppure non possano considerarsi vincolanti “in positivo”, rappresentano pur sempre un termine di paragone irrinunciabile quanto meno “per contrasto”, proprio in quanto garanzia certa dell'attuazione dei criteri costituzionali di proporzionalità e sufficienza<sup>25</sup>.

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, (aderendo di fatto a quel consolidato filone interpretativo che tradizionalmente considera i contratti collettivi garanzia di trattamenti economici rispettosi dei parametri costituzionali<sup>26</sup>) una volta rilevata l'assenza (nella Delibera del 2014) di entrambi i principi che connotano l'art. 36 della Costituzione, le conclusioni del TAR risulterebbero pienamente condivisibili, in quanto la stessa Delibera impugnata non avrebbe tenuto in debita considerazione il parametro della “coerenza” espressamente indicato dalla legge 233/2012.

6. *Se le vie dell'equo compenso e del salario minimo si intrecciano (e si fondono)*

Le conclusioni cui perviene il Consiglio di Stato, che evidenziano la necessaria “coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva”, così come previsto dal secondo comma dell'art. 1 della legge 233/2012, sembrerebbero suggerire indirettamente un raffronto (quasi obbligato) tra i parametri dell'equo compenso e i minimi tariffari contrattuali.

Tale soluzione ermeneutica, però, difficilmente si accorda con la premessa della norma del 2012 (co. 1), richiamata anche nella Delibera del 2014, che è chiaramente volta “a promuovere l'equità retributiva”, previa l'attuazione dell'art. 36 Cost., per una categoria di lavoratori (i giornalisti “titolari di un rapporto di lavoro non subordinato”), evidentemente considerati svantaggiati e quindi bisognosi di una garanzia salariale che possa tutelarli in assenza di contrattazione collettiva.

<sup>25</sup> La sentenza respinge, invece, qualsiasi doglianza relativa al sistema di determinazione “a pezzo” o “a chiamata” e delle eventuali ricadute sulla forza contrattuale delle parti, in quanto “un computo dell'equo compenso basato sul numero degli articoli non sembra comportare una sorta di cottimo, come lamentato dal Consiglio Nazionale, né risulta contrario ai predetti principi, in quanto si tratta di un modo presuntivo di commisurare una quantità di prestazione media mensile/annuale al correlato corrispettivo minimo garantito”.

<sup>26</sup> Sul punto cfr. *amplius*, DELFINO, *op. cit.*, p. 69.

Una simile premessa, infatti, farebbe ragionevolmente presagire – come già precedentemente chiarito – una volontà normativa volta alla costituzione di un salario minimo legale, disposto a tutela di una specifica fascia categoriale svantaggiata indicata dal legislatore stesso, e non piuttosto alla individuazione di parametri di un “equo compenso”, predisposto “in coerenza con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva di categoria”.

Tra primo e secondo comma dell’art. 1 l. n. 233/2012, sembrerebbe, dunque, possibile cogliere una sorta di “indecisione” tra finalità e mezzi utilizzati dal legislatore.

Un’incertezza che trova spiegazione anche nella complessa storia del salario minimo legale nel nostro ordinamento, che è stato per lungo tempo emarginato dal dibattito dottrinario, se non volontariamente dimenticato.

Gli interessi (individuali, collettivi, legislativi) che circondano la problematica della retribuzione, infatti, hanno indotto studiosi e “fruitori” della materia a mantenere una certa “distanza di sicurezza” da decisioni drastiche volte a modificare i precari equilibri che da sempre contraddistinguono la materia.

La riluttanza del legislatore italiano ad intervenire è già stata autorevolmente ricondotta alle ragioni storiche della mancata attuazione dell’art. 39 della Costituzione e alla correlata ‘inesistenza di riserve di competenza fra legge e contratto, in quanto destinatari di un medesimo impegno costituzionale’<sup>27</sup>.

Da ciò è seguita un’endemica difficoltà a delimitare il campo di azione della contrattazione o della legge, ‘riservando alla prima rigorosamente il compito di attuare il criterio di proporzionalità fra retribuzione e lavoro e alla seconda quello di fissare il salario sufficiente’<sup>28</sup>; difficoltà acuita dal fatto che scindere sufficienza e proporzionalità (precetti uniti nella direttiva costituzionale), potrebbe risultare una scelta del tutto arbitraria e avulsa dall’evoluzione storica e dall’articolazione dei due strumenti normativi<sup>29</sup>.

Sta di fatto, però, che la scelta “attendista” del legislatore ha determi-

<sup>27</sup> TREU, *op. cit.*, *passim*, precisa che ‘niente autorizza a sostenere che l’intervento legislativo possa operare solo in via sussidiaria alla contrattazione, secondo la configurazione tradizionale della normativa sui minimi, cioè limitatamente alle categorie dove i salari siano eccezionalmente bassi per l’assenza o per la particolare debolezza della contrattazione’.

<sup>28</sup> TREU, *idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

nato – nel tempo – inevitabili diseguaglianze retributive, spesso macroscopiche soprattutto a carico dei cosiddetti *working poors*<sup>30</sup>, lavoratori meno tutelati e spesso sottopagati, rispetto ai quali l'unica possibilità 'per rimediare alla carenza di garanzia legislativa dei minimi' poteva ravvisarsi nell'intervento in supplenza 'della giurisprudenza creativa sulla retribuzione sufficiente'<sup>31</sup>.

Nonostante la voce del giudice abbia da sempre rappresentato una garanzia di equilibrata applicazione dell'equa retribuzione, l'intervento giurisprudenziale ha da tempo evidenziato i propri limiti.

Infatti, sebbene secondo un'ormai radicata (seppur non univoca) opinione interpretativa, 'il giudice dovrebbe far riferimento solo ai minimi fissati dai contratti collettivi nazionali'<sup>32</sup>, per numerosi autori<sup>33</sup> tale impostazione non può surrogare una legislazione sui minimi, sia perché per poter utilizzare i contratti collettivi come "parametri orientativi" occorre che ci sia una contrattazione collettiva da cui "desumere" i minimi retributivi; sia perché 'non si sfugge ad un certo soggettivismo giudiziale', che – in ogni caso – viene attivato solo attraverso l'iniziativa individuale<sup>34</sup>.

Proprio al fine di superare i limiti e le problematiche applicative descritte, una legislazione sul salario minimo sembrerebbe cominciare a prendere piede anche nel nostro ordinamento con lo scopo di proteggere principalmente i lavoratori più svantaggiati e con il preciso intento di distaccarsi dal richiamo "obbligato" ai parametri contrattuali, contemporaneamente, delimitando l'intervento della magistratura.

Esempio noto di tale politica normativa è rappresentato dalla recente legislazione rivolta ai collaboratori a progetto (l. n. 92/2012, art. 1, comma 23, lett. e) – modificato dall'art. 24 bis della l. n. 83/2012), nei confronti dei

<sup>30</sup> SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Feltrinelli, 2015, *passim*, chiarisce come i *working poors* 'non sono poveri che lavorano, bensì lavoratori resi poveri dal fatto che stipendi sempre più ridotti, anche perché statici, devono far fronte ai bisogni del nucleo familiare in crescita e soggetto a tutte le sollecitazioni di una moderna società dei consumi'.

<sup>31</sup> Ancora TREU, *op. cit.*

<sup>32</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. 9 giugno 2008, n. 15148, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, p. 896, secondo cui il giudice 'deve prendere in considerazione solo gli istituti che costituiscono il cosiddetto minimo costituzionale, con esclusione degli istituti retributivi legati all'autonomia contrattuale, come la quattordicesima mensilità'.

<sup>33</sup> MAGNANI, *op. cit.*

<sup>34</sup> *Idem.*

quali –per la prima volta– è stato affrontato in maniera più esplicita il tema della garanzia dei minimi salariali, concentrando l'intervento normativo su una sola categoria, considerata “svantaggiata”.

Sulla base della medesima *ratio*, a questo punto, sembrerebbe essersi mosso anche il coevo legislatore della legge n. 233, il quale, però, pur ricalcando nelle premesse lo “schema” già delineato per il salario minimo, ha adottato, invece, espressamente un criterio retributivo basato sull'equo compenso, tra l'altro chiarendo che tale potrà ritenersi una remunerazione coerente con i trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva.

Appare evidente, a tal punto, che vi sia stata “in corso d'opera” quanto meno una confusione di intenti nella formulazione della normativa in oggetto; poca chiarezza che non poteva non ricadere anche sulle dinamiche interpretative, che stanno inevitabilmente caratterizzando questa iniziale travagliatissima applicazione della nuova disciplina del settore giornalistico.

### 7. *La diversa via interpretativa della giurisprudenza*

Mentre interpreti e giurisprudenza amministrativa si confrontano su tematiche nuove e questioni “consunte” del nostro ordinamento, la Cassazione sembra, invece, impermeabile ad ogni dibattito esterno<sup>35</sup>, proseguendo coerentemente un percorso interpretativo da tempo consolidato.

Una recentissima sentenza della Corte di Cassazione<sup>36</sup>, infatti, ‘nel fissare

<sup>35</sup> Si consideri solo, a mero titolo esemplificativo, che, con la nota sentenza n. 51 dell'11 marzo 2015, in *De Jure*, la Corte Costituzionale ha escluso l'illegittimità della regolamentazione dei livelli salariali dei lavoratori in cooperativa e, indirettamente, anche del meccanismo previsto per i lavoratori a progetto sulla considerazione che in realtà l'art. 7, co. 7, d.l. 248/2007 non assegna ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative l'efficacia *erga omnes* in contrasto con l'art. 39 Cost., ma piuttosto ‘richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.'. Sul punto in particolare DELFINO, *op. cit.*, p. 65, ha sottolineato come sia ‘di immediata evidenza che la sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 2015, pur tenuto conto delle particolarità del lavoro in cooperativa, sembra autorizzare il legislatore a generalizzare l'utilizzo di un meccanismo del genere’. Cfr. sul punto anche LA FORGIA, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte Costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, in *ADL*, 2015.

<sup>36</sup> Si tratta di Cass. 1 giugno 2016, n. 11412, in *De Jure*.

ex art. 2233 c.c. il compenso per giornalisti assunti con contratti d'opera intellettuale, ha ritenuto legittimo, in via di apprezzamento giudiziale discrezionale temperato dal parere dell'associazione professionale, utilizzare tra i vari parametri le tariffe del Consiglio dell'Ordine, così come quelle dei Contratti Collettivi Nazionali<sup>37</sup>.

Nello specifico, la Suprema Corte si è trovata a dover valutare una questione relativa alla congruità della remunerazione attribuita ad un giornalista collaboratore coordinato e continuativo, considerata iniqua al punto da pregiudicare il decoro della professionalità del lavoratore.

La Cassazione, richiamandosi a una giurisprudenza ormai consolidata in materia, ha ritenuto opportuno applicare al caso di specie il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2233 c.c., che, 'nello stabilire che la liquidazione del compenso spettante al professionista, in difetto di espressa pattuizione tra le parti, debba essere eseguita a termini di tariffa e, quando questa manchi (o non sia vincolante: cosiddetta tariffa obbligatoria, direttamente integrativa del contratto), essere determinata "ope iudicis", secondo un criterio discrezionale, previo parere obbligatorio (anche se non vincolante) della competente associazione professionale, impone al giudice l'obbligo della richiesta, e della conseguente acquisizione, del detto parere, dal quale egli può, poi, legittimamente discostarsi a condizione di fornire adeguata motivazione e di non ricorrere al criterio dell'equità'<sup>38</sup>.

Pertanto, fatta eseguire la consulenza tecnica, la Corte ha ritenuto, 'all'esito della stessa, che non sussistevano elementi che giustificavano l'applicazione di compensi in misura inferiore a quelli determinati dal perito d'ufficio, il quale aveva tenuto conto di quelli minimi elaborati nella tabella del Consiglio dell'ordine. Ciò in quanto questi ultimi rappresentavano un criterio orientativo della valutazione giudiziale in ragione del fatto che al di sotto di tali valori la remunerazione era incongrua e considerato, altresì, che dalle deposizioni testimoniali non emergeva una qualità scadente della prestazione resa, eventualità, questa, che appariva improbabile, visto che il rapporto si era protratto per ben sette anni'<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sul punto, *v. amplius*, ZOPPOLI L., *La retribuzione*, in ROMEI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Giuffrè, in corso di pubblicazione.

<sup>38</sup> Cass. 22 maggio 1998, n. 5111, nonché Cass., 30 ottobre 1996, n. 9514, entrambe in *De Jure*.

<sup>39</sup> Cass. 1 giugno 2016, n. 11412, cit.

Le descritte statuizioni cui è pervenuta la Suprema Corte vanno, con ogni evidenza, a rafforzare ulteriormente quel consolidato orientamento interpretativo secondo il quale seppure le tariffe stabilite dal Consiglio dell'Ordine (così come quelle della contrattazione collettiva) non possano considerarsi vincolanti per il giudice, ma solo “un criterio orientativo”, la determinazione giudiziaria ben potrà utilizzare questi minimi tariffari come parametro idoneo a stabilire la congrua retribuzione spettante al professionista. Il medesimo giudice, infatti, ha chiarito come ‘non è dato comprendere il motivo per il quale, a parità di quantità e qualità del lavoro reso da un giornalista in regime di subordinazione e da uno in regime di autonomia contrattuale, non era possibile utilizzare come parametro di riferimento la retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva’.

I minimi retributivi elaborati dal Consiglio dell'Ordine (così come quelli della Contrattazione Collettiva) finiscono, in tal modo, per rappresentare a tutt'oggi dei valori di tutela della dignità professionale dei lavoratori, al di sotto dei quali la remunerazione non può non essere considerata incongrua.

La Cassazione, dunque, seguendo un autonomo percorso argomentativo, fonda la ragionevolezza della pronuncia sui più classici schemi codicistici, mostrandosi sostanzialmente indifferente (se non disincantata rispetto) a qualsivoglia dibattito in corso su equo compenso o minimo salariale<sup>40</sup>.

#### 8. *Dopo l'abrogazione delle Tariffe, il nulla*

Sebbene la giurisprudenza tenti di indicare in materia una via argomentativa quanto più solida e ragionevole possibile attraverso strade interpretative già percorse, sta di fatto che il giudice che debba oggi decidere sull'equità della remunerazione di un giornalista rischia di trovarsi in una condizione di obiettiva difficoltà, essendo privo di saldi riferimenti normativi e, contemporaneamente, essendo costretto a seguire un criterio analogico, spesso impreciso e complicato.

<sup>40</sup> ZOPPOLI L., *op. ult. cit.*, secondo cui risulterebbe veramente arduo ‘ipotizzare che la questione del “giusto salario” possa avere una soluzione specifica per il settore giornalistico, allineato su un'applicazione omogenea delle tariffe salariali dei contratti nazionali indifferente alla diversità delle fattispecie contrattuali utilizzate’.

Esclusa allo stato l'applicabilità dei parametri individuati dalla tanto discussa legge sull'equo compenso, bocciata sonoramente dalla magistratura amministrativa in quanto lesiva della professionalità del giornalista, l'unica via percorribile per la giurisprudenza continua ad essere inevitabilmente il richiamo all'art. 2233 c.c., il quale però richiede un meccanismo lungo e farraginoso da utilizzarsi in mancanza di tariffe e previo parere dell'Ordine.

Pertanto, il ricorso alla disciplina civilistica appare obbligato, dal momento che, com'è noto, l'art. 9 del d.l. 1/2012 (convertito nella legge n. 71/2012) ha abrogato le tariffe professionali ed ha stabilito che per la liquidazione giudiziale dei compensi del professionista il giudice dovrà fare riferimento a "parametri" ministeriali.

Tali "parametri" avrebbero dovuto costituire uno strumento utile al giudice per poter liquidare il compenso dei professionisti in caso di controversia, rappresentando così un "parametro obiettivo" essenziale ai fini dell'individuazione dell'equa retribuzione.

Una volta aboliti i tariffari ordinistici, però, il Ministero della Giustizia ha provveduto ad aggiornare con proprio decreto (DM 140/2012) i compensi professionali di numerose attività professionali (avvocato, architetto, ingegnere, biologo, chimico, commercialista ecc.), eccezion fatta per quella giornalistica.

Inoltre, nulla prevedendosi in merito ad una eventuale disciplina transitoria, il decreto ministeriale si è limitato ad affermare che, per le professioni non espressamente menzionate, si applicano per analogia i parametri delle altre professioni e comunque si deve tener conto della dignità della professione e dell'importanza dell'opera.

Sta di fatto, però, che, non solo, è difficile immaginare quale altra professione possa essere considerata "analogà" a quella del giornalista (che, come inizialmente chiarito, presenta connotati di specialità, se non di unicità), ma è altresì evidente che la lacuna normativa lasciata dal legislatore appare oggi difficilmente colmabile per altre vie, se non attraverso *escamotage* interpretativi.

È innegabile, infatti, che, a fronte della descritta confusione normativa e dinanzi ad una magistratura da anni affannata alla ricerca di parametri retributivi effettivamente equi e aggiornati, i giornalisti si trovino in una condizione di grave difficoltà, essendo ancora in attesa dell'emanazione di un tariffario o di un qualunque legittimo meccanismo di calcolo dei compensi

minimi, che possa garantire a tutti gli iscritti all'Ordine una retribuzione dignitosa e coerente alla quantità e qualità di lavoro svolto<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Si precisa che nelle more della pubblicazione del presente lavoro, è stato presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 14 giugno 2017, a firma dell'ex ministro del lavoro Sacconi, il DDL n. 2858, oggi in discussione, recante 'Disposizioni in materia di equità del compenso e responsabilità professionale delle professioni regolamentate'. Il DDL, con il dichiarato scopo di riequilibrare il rapporto tra committente e professionista spesso sottopagato, all'art. 1 definisce 'equo compenso' quello 'proporzionato alla qualità e alla quantità del lavoro svolto, tenendo conto della natura, del contenuto e delle caratteristiche della prestazione professionale'. In particolare, ferma restando la discrezionalità del giudice nel valutare caso per caso, l'art. 2 si propone di individuare la 'misura dell'equità del compenso', stabilendo un vera e propria presunzione di iniquità (a pena di nullità) – salvo prova contraria – per ogni clausola o patto che prevedano 'compensi inferiori ai minimi stabiliti dai parametri vigenti per la liquidazione dei professionisti iscritti agli ordini...'. Tale formulazione, applicata al lavoro giornalistico, rischierebbe di lasciare comunque irrisolte le problematiche sin qui descritte, in quanto resterà arduo comprendere a quali 'parametri vigenti' dovrà farsi riferimento per l'individuazione di un compenso equo: se, cioè, ci si dovrà richiamare alla contrattazione collettiva, al vecchio tariffario dell'Ordine o ai criteri legali sanciti dalla criticata Delibera del 2014.

## Abstract

Il lavoro giornalistico per la sua “specialità” è da sempre connotato dalla difficoltà di individuare con certezza i criteri distintivi di una prestazione svolta in regime di subordinazione, di autonomia o di collaborazione coordinata e continuativa. Una difficoltà interpretativa che ha recentemente indotto il legislatore ad intervenire sulla materia, da sempre lasciata al controllo preventivo della contrattazione collettiva e al vaglio finale della giurisprudenza. Pertanto, con la legge n. 233 del 31 dicembre 2012 è stata introdotta la disciplina del cosiddetto “equo compenso”, che sembrerebbe (secondo la lettera dell’art. 1) estendere l’ambito di applicazione dell’art. 36 Cost. anche oltre l’area della subordinazione a lavoratori giornalisti ‘titolari di un rapporto di lavoro non subordinato’. Tra perplessità interpretative in merito all’estensione applicativa dell’art. 36 Cost. e un dibattito ancora aperto (nel nostro Paese) sul salario minimo, prima il Tar e poi la Corte dei Conti hanno accolto le censure promosse dal Consiglio dell’Ordine dei Giornalisti, fortemente avverso alla disciplina legale. Sta di fatto che, a fronte della descritta confusione normativa e dinanzi ad una magistratura da anni affannata alla ricerca di parametri retributivi effettivamente equi e aggiornati, i giornalisti si trovano in una condizione di grave difficoltà, essendo ancora in attesa dell’emanazione di un tariffario o di un qualunque legittimo meccanismo di calcolo dei compensi minimi, che possa garantire a tutti gli iscritti all’Ordine una retribuzione dignitosa e coerente alla quantità e qualità di lavoro svolto.

Journalists’ work for its “specialty” has always been characterized by the difficulty of certifying with certainty the distinctive criteria of a performance performed under a subordinate, autonomous or co-ordinated and continuous regime. An interpretative difficulty that has recently led the legislator to intervene on the matter, which has always been left to the prior control of collective bargaining and to the final screening of case-law. Law 31 December 2012 no. 233 introduced the so-called “fair compensation”. Such a law seems to extend the scope of application of Article 36 of the Constitution even beyond the area of subordination to journalists who are ‘holders of a non-subordinate employment relationship’. Among the pertinent interpretations regarding the extension of Article 36 of the Constitution and a still open debate on minimum wage, first the Tar and then the Consiglio di Stato accepted the allegations promoted by the Council of Journalists and strongly opposed to statutory discipline. It is in fact that, in the face of the above-mentioned regulatory confusion and before a judiciary for years in search of fairly up-to-date and pay parameters, journalists are in a state of serious difficulty, still awaiting the issuance of a tariff or of any legal mechanism for calculating minimum remuneration, which can guarantee all members of the Order a decent remuneration and consistent with the quantity and quality of work done.

**Key words**

Rapporto di lavoro giornalistico, specialità, retribuzione, salario minimo, equo compenso.

Journalists' employment relationship, specialty, remuneration, minimum wage, fair compensation.



**Antonello Baldassarre**

**L'“omnicomprensività” della retribuzione  
dei lavoratori pubblici nella giurisprudenza  
contabile ed amministrativa**

**Sommario:** **1.** La rigorosa applicazione giurisprudenziale del principio della c.d. omnicomprensività della retribuzione del lavoratore pubblico. **2.** Retribuzione omnicomprensiva e principio di riserva collettiva del trattamento economico del dipendente pubblico. **3.** Il parere del Consiglio di Stato sulla non remunerabilità “separata” di qualsiasi tipologia di incarico conferito al personale con qualifica dirigenziale. **4.** La omnicomprensività come principio generale della cd. privatizzazione del pubblico impiego e i rischi di irrigidimento della struttura retributiva a seguito del blocco pluriennale della contrattazione collettiva di comparto. **5.** L'individuazione dei normali compiti d'ufficio del dipendente pubblico alla luce dell'oggetto del contratto di lavoro e delle finalità istituzionali dell'amministrazione di appartenenza. **6.** (*Segue*) I compiti d'ufficio del dipendente pubblico alla luce dei peculiari rapporti organizzativi tra enti e della delega di funzioni. **7.** Le eccezionali deroghe al principio di omnicomprensività: la remunerabilità dei c.d. incarichi extra-istituzionali. **8.** (*Segue*) Principio di omnicomprensività, incarichi extra-istituzionali e lavoro straordinario. **9.** Brevi conclusioni.

*1. La rigorosa applicazione giurisprudenziale del principio della cd. omnicomprensività della retribuzione del lavoratore pubblico*

Ripercorrere alcuni dei passaggi argomentativi sul pressoché monolitico orientamento dei giudici contabili ed amministrativi relativo alla cd. *omnicomprensività* della retribuzione dei dipendenti pubblici è operazione che, a prima vista, non appare particolarmente degna di nota. In materia, infatti, interesse maggiore vi sarebbe potuto essere se a confrontarsi nell'agone ermeneutico si fossero rinvenuti indirizzi esegetici tra loro divergenti, portatori di istanze confliggenti e, dunque, sintomo della vitalità di istituti e precetti non ancora assestati nel mondo del diritto del pubblico impiego privatizzato<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In C. Conti Sez. Giur. Campania 8 febbraio 2011 n. 1396, si osserva, a proposito di nu-

Invece, sul tema, le magistrature chiamate a pronunciarsi – il giudice amministrativo e, specialmente, quello contabile, ma anche, sia pur con meno frequenza, il giudice del lavoro – hanno raggiunto una convergenza praticamente unanime attorno ad alcuni assunti di fondo, quali:

a) il principio di riserva collettiva del trattamento economico fondamentale ed accessorio del dipendente pubblico;

b) conseguentemente, il principio dell'omnicomprensività vigente “*nel nostro sistema retributivo pubblico*”, in forza del quale il trattamento economico determinato dai contratti collettivi remunera tutte le funzioni e i compiti assegnati al dipendente e “*impedisce di attribuire compensi aggiuntivi per lo svolgimento di attività lavorative comunque riconducibili ai doveri istituzionali*” dello stesso<sup>2</sup>;

c) l'ammissibilità di deroghe eccezionali ai due predetti assunti, che si sostanziano nei limiti – normativamente fissati dall'art. 53, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 – di attribuibilità ai lavoratori pubblici, e corrispondente remunerabilità, dei cd. *incarichi extra-istituzionali*, assimilabili ad incarichi di natura libero-professionale;

d) l'illegittimità di ogni esborso estraneo alle coordinate normative sopra riportate, fonte di responsabilità per danno erariale a carico del soggetto che ne ha disposto la corresponsione.

L'applicazione sempre più rigorosa – specie da parte della Corte dei Conti – del combinato disposto della riserva di contrattazione collettiva con il principio di omnicomprensività del trattamento economico dei lavoratori

merose ipotesi di “*emolumenti connessi alla partecipazione ad organi collegiali, disciplinati da norme specifiche (regionali e provinciali) regolatrici di tutti gli aspetti costitutivi e di funzionamento degli stessi, compresa la remunerazione dei componenti*”, che “*per diversi anni sono perdurate oscillazioni ed incertezze sull'interpretazione del principio di omnicomprensività della retribuzione, così come sul rapporto tra la norma legislativa che lo ha introdotto e altre fonti normative precedenti e/o successive, aventi contenuto difforme (...) ma in aperto contrasto con un quadro normativo divenuto sostanzialmente univoco, nonché con gli ordinari criteri che regolano i rapporti di gerarchia tra le fonti dell'ordinamento, secondo cui siffatte fonti non si palesano idonee ad introdurre deroghe al principio in discussione, posto con carattere di generalità dalla nuova legge regolatrice del rapporto di lavoro delle pubbliche amministrazioni*”.

<sup>2</sup> Puntualizza C. Conti Sez. Reg. Controllo Campania 23 luglio 2009 n. 35 che “*nel diritto del lavoro, per omnicomprensività si intende l'unitarietà della retribuzione, la quale include tutti indistintamente i compensi recanti i caratteri di continuità, obbligatorietà, corrispettività, determinatezza e/o determinabilità. Per ciò che concerne il settore dell'impiego pubblico, si osserva che nel nostro ordinamento giuridico vige il principio di omnicomprensività del trattamento economico dei dipendenti pubblici. L'omnicomprensività della retribuzione rappresenta un principio generale, vincolante cioè per tutte le amministrazioni, indipendentemente dalla presenza o meno, nei singoli ordinamenti, di espliciti richiami ad esso*”.

pubblici non esclude, tuttavia, la possibilità di svolgere una serie di riflessioni. Riflessioni che, sia pur per accenni e dal circoscritto angolo visuale della giurisprudenza qui passata in rassegna, tengano conto: da un lato, del contesto giuridico-culturale o, meglio, secondo una illuminante prospettiva di analisi storica, del contesto ideologico e tecnico delle riforme del lavoro pubblico<sup>3</sup>, in cui il su richiamato orientamento è andato formandosi nel corso del tempo; da un altro lato, dei più recenti sviluppi legislativi che, dal 2009 in poi<sup>4</sup>, hanno interessato la materia del pubblico impiego privatizzato e il rapporto tra le sue fonti di disciplina, sempre meno ancorato alla centralità di quella contrattazione collettiva su cui la giurisprudenza dei giudici contabili ed amministrativi ha fatto leva per affermare, con grande incisività, la vigenza del principio di omnicomprensività. Principio pacifico e fondamentale – specie, come si avrà modo di vedere, con riguardo al regime retributivo della dirigenza – certamente non derogabile da alcuna disposizione di livello non legislativo e assunto a generale criterio informatore della struttura della retribuzione dei dipendenti pubblici<sup>5</sup>.

## 2. *Retribuzione omnicomprensiva e principio di riserva collettiva del trattamento economico del dipendente pubblico*

Vale la pena prendere le mosse da una recente pronuncia della Corte dei Conti, in cui si legge che, con il principio di omnicomprensività, “*il legislatore ha inteso porre una regola di carattere assolutamente generale che fosse congruente con l'avvenuta attribuzione alla fonte negoziale (CCNL) della riserva di disciplina della retribuzione del personale con qualifica dirigenziale, di talché la sua nuova conformazione composita risultasse esaustiva di ogni possibile spettanza connessa all'esercizio delle relative funzioni*”<sup>6</sup>.

Se si tralascia per un istante il riferimento al personale dirigente, che ad ogni modo rappresenta il terreno d'elezione delle pronunce esaminate<sup>7</sup> – e

<sup>3</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Introduzione e Cap. I*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 1 ss.

<sup>4</sup> V. L. 4 marzo 2009 n. 15 e d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

<sup>5</sup> V., *ex multis*, Cass. I Sez. Civ. 26 febbraio 2016 n. 5449; Cons. St. V Sez. 4 novembre 2014 n. 5449; C. Conti Sez. Aut. 4 aprile 2014 n. 7.

<sup>6</sup> C. Conti Sez. Reg. Controllo Campania 30 novembre 2016 n. 348.

<sup>7</sup> In ragione della inequivoca formulazione letterale dell'art. 24, co. 1 e 3, d.lgs. 165/01, i

ciò quand'anche “*si possa affermare che l'omnicomprensività del trattamento economico dei dipendenti della P.A. costituisca un principio valido per la generalità dei pubblici dipendenti, salve le eccezioni specificamente previste dalla legge e dai contratti collettivi*”<sup>8</sup> – appare chiara la stretta correlazione instaurata dalla giurisprudenza tra cd. contrattualizzazione della disciplina dei compensi spettanti ai lavoratori pubblici e il principio della omnicomprensività retributiva: l'una e l'altro riconducibili “*ad un contesto ordinamentale e temporale*” sostanzialmente unitario<sup>9</sup>.

È, prosegue il giudice contabile, “*la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego che rende sempre più stringenti i limiti alla corresponsione di compensi “aggiuntivi” rispetto al trattamento economico stabilito dal contratto, coerentemente con i successivi interventi normativi e con i principi generali evincibili in ordine al contenimento della spesa pubblica e della spesa per il personale*”<sup>10</sup>.

### 3. *Il parere del Consiglio di Stato sulla non remunerabilità “separata” di qualsiasi tipologia di incarico conferito al personale con qualifica dirigenziale*

La pronuncia su richiamata si colloca, come accennato, nel solco di un ormai monolitico e consolidato orientamento giurisprudenziale.

Il *leading case*, pluricitato dalla giurisprudenza successiva, è rappresentato da un parere del 2005 del Consiglio di Stato, reso in veste consultiva a seguito di interpello ministeriale e ancora con specifico riguardo al trattamento retributivo del dirigente pubblico<sup>11</sup>. Qui, il massimo organo della giustizia am-

quali dispongono che: “1. *La retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti (...) 3. Il trattamento economico determinato ai sensi dei commi 1 e 2 remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto, nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa; i compensi dovuti dai terzi sono corrisposti direttamente alla medesima amministrazione e confluiscono nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza*”.

<sup>8</sup> C. Conti Sez. Reg. Controllo Campania 11 dicembre 2014 n. 247.

<sup>9</sup> Cfr. Cons. St. V Sez. 2 agosto 2010 n. 5099.

<sup>10</sup> C. Conti 348/2016. In termini simili, cfr. C. Conti Sez. Controllo Friuli V.G. 21 febbraio 2012 n. 27; C. Conti Sez. Contr. Toscana 30 giugno 2009 n. 144. In C. Conti Sez. Giur. Reg. Puglia 15 luglio 2010 n. 615, si legge che “*il principio della omnicomprensività della retribuzione è posto a garanzia del preminente interesse alla corretta e oculata allocazione delle risorse, nonché a presidio degli equilibri di finanza pubblica*”.

<sup>11</sup> V. Cons. St. Comm. Spec. Pubblico Impiego 4 maggio 2005 n. 173.

ministrativa, chiamato a pronunciarsi sulla estensione della regola racchiusa nell'art. 24 d.lgs. 165/01 e su eventuali profili di criticità dello stesso, in relazione al principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost., non esitò a ricondurre nell'omnicomprensività retributiva qualsiasi tipologia di incarico conferito al dirigente: sia esso conferito direttamente dall'amministrazione di appartenenza o, su designazione di questa, da soggetti terzi/altre pubbliche amministrazioni; indipendentemente dalla circostanza che il conferimento fosse effettuato in conseguenza del possesso, da parte del dipendente, dello specifico *status* di dirigente pubblico<sup>12</sup> o in ragione delle qualità personali e professionali dello stesso (incarico cd. *intuitu personae*)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Come, ad esempio, si è riconosciuto per l'attribuzione dell'incarico ministeriale di Presidente del Nucleo di valutazione dei dirigenti scolastici di cui all'art. 25, d.lgs. 165/01, su cui v., *ex multis*, Cass. Sez. Lav. 24 febbraio 2011 n. 4531; 26 luglio 2010 n. 17513. In Cass. Sez. Lav. 5 marzo 2009 n. 5306, si afferma che la “*necessaria attribuzione*”, *ex lege*, dell'incarico di Presidente del Nucleo “*ad un dirigente implica con evidenza un collegamento ineludibile fra l'incarico de quo e la funzione dirigenziale ricoperta. Tale stretta connessione si spiega d'altra parte alla luce della rilevanza dei compiti del Nucleo, di verifica dei risultati dell'operato dei dirigenti scolastici, di estrema importanza in relazione al rapporto di lavoro dirigenziale, in ogni fase dello stesso, da quella del conferimento dell'incarico sino all'eventuale attivazione della responsabilità dirigenziale. (...) Quindi, tenuto conto che nel decreto 165 l'incarico in questione è espressamente considerato quale incarico da affidare ad un dirigente, non sarebbe scorretto ritenerlo soggetto al regime della omnicomprensività: non può esservi dubbio che si tratti di un incarico conferito al dirigente in ragione dell'ufficio ricoperto e comunque di incarico conferito dall'amministrazione presso la quale egli presta servizio o su designazione della stessa e che esso ricada quindi nell'ambito della norma in esame (art. 24, d.lgs. 165/01), la cui amplissima formulazione mira proprio ad impedire ogni possibilità di distinzioni e di esclusioni, e la cui applicabilità, proprio per tale ragione, non trova limitazioni nella circostanza che l'incarico possa essere rifiutato o che per il suo svolgimento sia necessaria una fase formativa*”.

<sup>13</sup> Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, fautore dell'interpello indicato, evidenziava, in particolare per l'ipotesi di incarichi conferiti *intuitu personae*, ossia prescindendo dal possesso della qualifica dirigenziale, che “*il soggetto incaricato esprime giudizi, opinioni, volizioni unicamente riferibili al soggetto stesso e non all'Amministrazione, ancorché l'incarico venga svolto da un dirigente, a seguito della libera scelta effettuata dall'Amministrazione stessa. Si tratterebbe, dunque, di fattispecie riconducibile allo svolgimento di un'attività che potrebbe essere assimilata a quella libero-professionale, ossia di incarichi svolti su autorizzazione della propria Amministrazione*”. Ebbene, osservava il Ministero che “*la trasformazione del precedente rapporto di impiego pubblico in un rapporto regolato da un contratto di lavoro di diritto privato, imperniato sul principio della sinallagmaticità delle prestazioni delle parti, darebbe ancora maggiore rilievo al principio di proporzionalità tra quantità e qualità della prestazione lavorativa e l'ammontare della retribuzione. Non sarebbe, infatti, coerente con tale principio ammettere la possibilità che l'Amministrazione, nell'ambito di un rapporto di diritto privato, attribuisca incarichi ulteriori – non individuati, e talvolta neppure individuabili, al momento della stipula del contratto – senza la corresponsione di alcun compenso aggiuntivo*”.

L'importanza del parere risiede, però, proprio nella ricostruzione – alla luce della riforma in senso contrattualistico del pubblico impiego – della “pluralità di esigenze” al cui soddisfacimento risulta ispirato il principio dell'omnicomprensività.

Volendo riportare alcuni dei passaggi più significativi della pronuncia, si legge infatti che, in ragione dell' “*impegno di carattere esclusivo, nell'espletamento del quale il funzionario deve prestare tutta la sua opera*” e “*in rapporto di stretta consequenzialità alla particolare posizione che assumono i dirigenti, nell'ambito della organizzazione della pubblica amministrazione, specie dopo la riforma relativa alla privatizzazione*” – che ha, con il principio di distinzione politica/amministrazione, esteso le prerogative dirigenziali alla complessiva sfera della gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa – l'omnicomprensività retributiva va ritenuta coerente: a) da un lato, con “*i fondamentali principi di correttezza e di trasparenza che debbono caratterizzare l'organizzazione dei pubblici uffici*”<sup>14</sup>; b) da un altro lato, con il mutamento di prospettiva introdotto dalla privatizzazione, che “*ha sensibilmente accentuato l'ambito delle pur ampie responsabilità già attribuite alla dirigenza*”. Questo mutamento, mediante la disciplina di natura contrattuale dei rapporti di lavoro, ha “*consentito non solo di rapportare la retribuzione all'impegno e alla complessità dei compiti connessi alle diverse posizioni, ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività*”<sup>15</sup>. In altri termini, la retribuzione cd. omnicomprensiva va ritenuta congrua, per i dirigenti ma anche per il restante personale, nella misura in cui la determinazione delle sue diverse voci, sottratta all'unilateralismo del legislatore, e ad “*una regolazione speciale tarata sulla tutela di un interesse pubblico un po' astratto e omni-*

<sup>14</sup> Per la stretta connessione tra i “*principi generali che regolano il rapporto di pubblico impiego, quali quello di omnicomprensività della retribuzione e quello di esclusività – o quanto meno di prevalenza delle prestazioni lavorative erogate in regime di subordinazione a favore dell'ente pubblico*”, v. Cons. St. V Sez. 29 settembre 1999 n. 1200, che stigmatizza prassi di sottrazione, sia pure temporanea, di funzionari pubblici “*ai compiti istituzionali del proprio ufficio e la contemporanea utilizzazione degli stessi [mediante incarichi extra-istituzionali] in attività libero professionali lucrosamente retribuite*”. In tema, cfr. anche C. Conti II Sez. Giur. Centr. App. 9 febbraio 2017 n. 82.

<sup>15</sup> V. anche, su questo aspetto, C. Conti 1396/2011, che “*reputa importante sottolineare come un aspetto centrale della riforma della dirigenza (e dei meccanismi retributivi della stessa) abbia riguardato il rafforzamento del concetto e del contenuto della funzione, intesa come specifica sfera di attribuzioni e poteri propri del singolo dirigente in relazione al settore di preposizione*”. Sulle componenti della retribuzione dirigenziale legate ai risultati e alla verifica di questi, v. Cons. St. V Sez. 6 maggio 2015 n. 2265.

*vasivo*”<sup>16</sup>, per essere affidata allo strumento consensualistico del contratto, collettivo ma non solo<sup>17</sup>, si invero – *rectius* si dovrebbe inverare – nella dinamicità di uno spazio negoziale in cui le contrapposte istanze possono realizzare di volta in volta bilanciamenti ed equilibri regolativi<sup>18</sup>: per comporre le ragioni del lavoro e della sua giusta remunerabilità, ai sensi dell'art. 36 Cost., con le ragioni organizzative ed economiche delle pubbliche amministrazioni<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> V. ZOPPOLI L., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: le linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la “privatizzazione”*, in *LPA*, 2013, 5, p. 714.

<sup>17</sup> V., in particolare, per la valorizzazione del contratto individuale di lavoro, la regola di cui all'art. 24, co. 2, d.lgs. 165/01, che, con riguardo agli incarichi di uffici dirigenziali di livello generale, dispone che “*con contratto individuale è stabilito il trattamento economico fondamentale, assumendo come parametri di base i valori economici massimi contemplati dai contratti collettivi per le aree dirigenziali*”. Rispetto al restante personale pubblico, invece, le norme di riferimento sono quelle racchiuse negli artt. 2, co. 3, e 45, co. 1, d.lgs. 165/01: in particolare, quest'ultima dispone che “*il trattamento economico fondamentale ed accessorio (...) è definito dai contratti collettivi*” e prosegue, al co. 2, prevedendo che “*le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi*”. Per l'avoraggio del principio di omnicomprensività anche alle esigenze di parità di trattamento dei lavoratori pubblici, v. C. Conti 27/2012, cit.; C. Conti Sez. Giur. Reg. Sicilia 26 marzo 2007 n. 801.

<sup>18</sup> V. ancora Cons. St. 173/2005, cit., là dove sottolinea “*che il carattere contrattuale del rapporto di impiego implica necessariamente un incontro delle volontà delle parti, anche per quanto riguarda la determinazione del compenso, che non viene ora rapportato a parametri rigidamente predeterminati per legge, come avveniva precedentemente*”. Per un'accezione dell'autonomia negoziale funzionalizzata, quando ad agire è una pubblica amministrazione, nell'esercizio di uno *ius variandi* volto a riparametrare la retribuzione dovuta al dipendente pubblico in considerazione della specifica qualificazione professionale posseduta e del positivo apprezzamento dei risultati raggiunti, v. C. Conti Sez. Giur. Reg. Basilicata 3 maggio 2006 n. 135, secondo cui “*quando è una pubblica amministrazione che opera con istituti che sono esplicitazione di autonomia negoziale, questa non ha la piena disponibilità degli interessi coinvolti nel negozio giuridico, ma è sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico che si vuole realizzare, ancorché con strumenti propri del diritto privato*”. In termini analoghi, C. Conti Sez. Giur. Reg. Veneto 28 gennaio 2008 n. 614.

<sup>19</sup> Cfr., per la non rinunciabilità della ricerca di questi bilanciamenti ed equilibri, mediante lo strumento – *costituzionalizzato* – della contrattazione collettiva, C. Cost. 23 luglio 2015 n. 178, sulla illegittimità del regime di sospensione della contrattazione collettiva nel pubblico impiego per il periodo 2010-2014, su cui vedi le note, tra gli altri, di BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, 3, p. 453 ss.; ZOPPOLI L., *La Corte costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in questa rivista, 2015, 2, p. 377 ss.

4. *La omnicomprensività come principio generale della cd. privatizzazione del pubblico impiego e i rischi di irrigidimento della struttura retributiva a seguito del blocco pluriennale della contrattazione collettiva di comparto*

Lungo questo solco, dunque, nella giurisprudenza successiva il significato funzionale del divieto di erogare compensi aggiuntivi – quando l'attività che si vuole remunerare sia riconducibile a funzioni e poteri connessi alla qualifica e all'ufficio ricoperti, ossia corrispondenti a mansioni rientranti nei normali compiti di servizio – è stato costantemente declinato in stretta correlazione con la più generale privatizzazione del pubblico impiego, di cui il divieto in parola è finito col rappresentare un “*principio cardine*”<sup>20</sup> o, come anche detto in altre pronunce, “*principio generale, che costituisce elemento fondamentale della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico*”<sup>21</sup>. E non è un caso, allora, se l'omnicomprensività della struttura retributiva viene già sancita con la l. 29 marzo 1983 n. 93, che rappresenta una fondamentale tappa del processo di riforma in senso contrattualistico del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione<sup>22</sup>.

Con le tecniche di delegificazione promosse dalla legge-quadro del 1983, rese poi strutturali, almeno sino alla riforma del 2009 (cd. riforma Brunetta)<sup>23</sup>, tramite l'ardita previsione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01<sup>24</sup> – si è voluto portare ordine e trasparenza nelle procedure di gestione e di spesa del personale pubblico, affrancandole da un sottobosco di negoziazioni informali sfocianti in leggi e leggine attraverso cui cresceva rigogliosa la giungla normativa e retributiva dello statuto pubblicistico del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione<sup>25</sup>. Ecco perché in un altro parere, questa volta

<sup>20</sup> V. C. Conti – Sez. Reg. Controllo Campania – 11 dicembre 2014 n. 247.

<sup>21</sup> V. C. Conti – Sez. Giur. Puglia – 14 maggio 2013 n. 762; C. Conti 27/2012, cit.

<sup>22</sup> V. l'ormai abrogato art. 17, co. 4, l. 93/83, che disponeva che “*per ogni qualifica funzionale deve essere fissato un livello retributivo unitario che deve essere articolato in modo da valorizzare la professionalità e la responsabilità e deve ispirarsi al criterio della omnicomprensività*”.

<sup>23</sup> L. 15/09 e d.lgs. 150/09.

<sup>24</sup> Prima della l. 15/09, che con l'art. 1 vi introduce una radicale modifica, l'art. 2, co. 2, d. 165/01 disponeva che “*eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate dai successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*”.

<sup>25</sup> Su cui v. le lucide, benché risalenti, riflessioni di RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

reso dall'Avvocatura dello Stato sul personale tecnico-amministrativo delle Università, si legge significativamente, in relazione al “*principio pacifico e fondamentale dell'omnicomprensività*”, che “*la legittimità delle procedure di spesa relative al personale dipendente deve essere rigorosamente garantita, anche in considerazione del fatto che non vengono qui in discussione adempimenti meramente formali, bensì il rispetto di norme che riflettono esigenze e principi di grande rilevanza sostanziale in ordine alla trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, al governo della spesa dell'ente pubblico, alla corretta gestione delle risorse umane, al delicato equilibrio fra le attribuzioni della dirigenza amministrativa e il ruolo dei sindacati*”<sup>26</sup>.

Il parere ora richiamato, però, reso a ridosso di quella torsione normativa, all'insegna di una latente ripubblicizzazione, promossa dalla riforma Brunetta, non manca di cogliere proprio “*la difficile situazione e gli inconvenienti determinati da una serie di norme legislative che hanno ristretto in limiti angusti i margini di manovra rimessi alla contrattazione collettiva*”<sup>27</sup>.

Da qui, si è indotti ad una riflessione sulla omnicomprensività retributiva che tenga conto, specie a seguito del blocco della contrattazione collettiva nazionale – e almeno sino alla sentenza C. Cost. 178/15 che ne ha dichiarato la illegittimità – dei molteplici profili di criticità scaturenti dalla rigorosa applicazione giurisprudenziale del principio in parola, a cui non sono estranei, quali possibili effetti, rischi di irrigidimento della struttura della retribuzione dei dipendenti pubblici<sup>28</sup>.

Questa criticità, tuttavia, è da imputare, più che al rigore giurisprudenziale – che, sul punto, non ha potuto far altro se non prendere atto che “*il blocco della dinamica retributiva nel pubblico impiego è stato necessitato dalle sempre più pressanti e urgenti esigenze di contenimento della spesa pubblica*”<sup>29</sup> – alla scarsa visione sistematica con cui il legislatore, specie negli ultimi anni, è interve-

<sup>26</sup> V. Avv. St. Palermo 10 agosto 2011 n. 3807.

<sup>27</sup> V., per questi rilievi, anche C. Conti 27/2012, cit..

<sup>28</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico tra riforme urgenti (e serie), riforme apparenti (e inutili) e svalutazione del lavoro*, in *ESR*, 2016, 1, p. 33, secondo cui “*si dimentica che il contratto collettivo, innanzitutto nazionale, è comunque una fonte di regole e vincoli nella gestione del personale pubblico, regole e vincoli che si ripropongono a cascata e che vengono interpretati con crescente rigore dalle giurisprudenze anche contabili (si pensi solo al c.d. principio dell'omnicomprensività retributiva rivisto alla luce dell'esclusiva competenza del contratto collettivo sui trattamenti economici, principio che, in assenza di una contrattazione dinamica, ingessa molte risorse), con effetti di irrigidimento di molte possibili azioni innovative in materia di organizzazione e attività dei servizi pubblici*”.

<sup>29</sup> V. C. Conti – Sez. Reg. Controllo Campania – 30 novembre 2016 n. 348; C. Conti 27/2012, cit.

nuto nella materia del pubblico impiego<sup>30</sup>, rivelando scarsa consapevolezza della complessità dell'assetto delle sue fonti di disciplina. Per un verso, infatti, pur continuando a ribadire la riserva di contrattazione collettiva in materia retributiva, ha lasciato che le relative funzioni operassero solo sulla carta, attraverso una sospensione pluriennale delle stesse, poi censurata dalla Corte costituzionale. Per un altro verso, la stasi imposta ai circuiti negoziali di comparto, unitamente al principio di omnicomprensività, ha determinato un profondo scollamento tra l'incremento contenutistico, quantitativo ma soprattutto qualitativo, dell'oggetto del contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni – travolto da sfide di innovazione organizzativa e comportamentale che richiedono nuove abilità e competenze<sup>31</sup> – e la funzione della contrattazione collettiva, come storicamente affermatasi, di fondamentale tecnica regolativa per l'attuazione *giuslavoristica* della categoria civilistica della corrispettività nel contratto di lavoro subordinato<sup>32</sup>.

5. *L'individuazione dei normali compiti d'ufficio del dipendente pubblico alla luce dell'oggetto del contratto di lavoro e delle finalità istituzionali dell'amministrazione di appartenenza*

Venendo alla disamina dei contenuti di alcune delle sentenze passate in rassegna, uno degli aspetti centrali attorno a cui ruota il principio di omnicomprensività è rappresentato dalla perimetrazione dei doveri d'ufficio dell'impiegato pubblico, dal momento che per il principio predetto “*non è possibile remunerare il dipendente con compensi extra-ordinem per compiti rientranti*

<sup>30</sup> Sull'ultima riforma in corso d'opera (c.d. Riforma Madia), disposta dalla legge delega 7 agosto 2015 n. 124, v. i saggi raccolti nel numero monografico della rivista *Economia e società regionale*, I, 2016, a cura di MATTEI, SOLI. Sulla Riforma Madia, v. anche DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, il Mulino-Arel, 2017. La delega, assai ampia nei suoi contenuti riformatori, ha ricevuto attuazione da una significativa serie di decreti delegati, tra i quali i dd.lgs. 25 maggio 2017 nn. 74 e 75, che modificano ed integrano, rispettivamente, il d.lgs. 150/09 e il d.lgs. 165/01.

<sup>31</sup> Per interessanti spunti al riguardo, cfr. TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 222/2014.

<sup>32</sup> Di una proporzionalità della retribuzione, ai sensi dell'art. 36 Cost., che si inverte in una corrispettività dotata di “*una sua propria funzione*” ossia che “*si estrinseca in regole e dinamiche specifiche e anch'esse diverse rispetto alla corrispettività civilistica*”, parla ZOPPOLI L., *La retribuzione*, destinato a *Trattato di diritto del lavoro*, II, a cura di ROMEI, in corso di pubblicazione.

*nelle mansioni dell'Ufficio ricoperto o nelle funzioni attribuite e nelle connesse responsabilità*”<sup>33</sup>.

Si tratta, in primo luogo, della necessità di individuare le mansioni che il dipendente è tenuto a svolgere in via diretta e principale in forza della stipulazione del contratto di lavoro, ossia il “quadro mansionario concretamente attribuito”, con l'esercizio del potere direttivo, dal datore di lavoro<sup>34</sup>, perché rientrante, ai sensi dell'art. 52, d.lgs. 165/01, nell'ambito dell'area di inquadramento. Nuovamente centrale, pertanto, diviene quella contrattazione collettiva di comparto a cui il legislatore rimette il compito di definire, sia pur attraverso ampie e generiche declaratorie, le mansioni esigibili, in quanto riconducibili alla categoria ed area professionale di appartenenza del dipendente pubblico. Unitamente alla prima necessità, la giurisprudenza abbina, poi, quella di ricostruire lo scopo istituzionale dell'ente in cui il lavoratore presta la propria opera, enucleando, dalle norme di rango legislativo o regolamentare attributive delle competenze degli uffici in cui si articolano i plessi amministrativi, e dalla conseguente concatenazione procedimentale attraverso cui si estrinseca l'esercizio dei pubblici poteri, gli elementi che concorrono, insieme allo strumento contrattuale, a definire e integrare l'oggetto della prestazione lavorativa ordinaria del dipendente pubblico.

Dunque, un primo nucleo di obblighi lavorativi, di matrice contrattuale, è arricchito e specificato attraverso il rinvio alle finalità istituzionali dell'ente, che tracciano i confini qualitativi dell'attività di lavoro da remunerarsi attraverso la retribuzione omnicomprensiva. E tanto la matrice contrattuale, per il tramite dei principi di esigibilità delle mansioni equivalenti e di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, quanto la dimensione teleologica e funzionale del datore di lavoro pubblico, concorrono a identificare i normali compiti d'ufficio: i quali coincidono sia con le mansioni dovute in via principale, sia con quelle da svolgersi in connessione, perché alle prime complementari<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> C. Conti 247/2014, cit.; Cons. St. V Sez. 2 ottobre 2002 n. 5163.

<sup>34</sup> Cons. St. 5099/2010, cit.

<sup>35</sup> Sulla rilevanza del “rapporto di commessione”, cfr. Cons. St. 5449/2014, cit., relativa ad un incarico di collaudo, che non comporterebbe, per il dipendente incaricato, la spettanza di un emolumento ulteriore, in quanto l'attività lavorativa riguardante il collaudo realizzato si porrebbe “in rapporto di commessione con i propri compiti istituzionali [nella specie di un dipendente comunale con qualifica dirigenziale apicale], non rilevando sotto tale profilo che l'attività oggetto del conferimento rientri nell'ambito della specifica competenza di un ufficio diverso da quello cui il dipendente è assegnato”.

Su queste principali premesse, in gran parte delle pronunce esaminate, e relative, in particolare, a vicende verificatesi in enti locali o loro diramazioni, si ritrovano strettamente intrecciati i due piani dell'oggetto del contratto di lavoro e della dimensione istituzionale ed inter-organizzativa degli uffici pubblici: il contenuto del primo essendo ricostruito alla luce dei fini, delle prerogative e, più in generale, degli interessi pubblici rappresentati dai secondi. Così può leggersi, in una pronuncia riguardante le ormai soppresse Province, e relativa a compensi erogati a dipendenti utilizzati in attività di rendicontazione di progetti comunitari, che si verte in *“ipotesi di attività inerenti al rapporto di lavoro”* ossia rientranti nel suo oggetto, *“essendo la provincia un ente locale a fini generali, sia pure con riferimento all'ambito territoriale di competenza”* e a nulla rilevando la provenienza esterna dei fondi impiegati<sup>36</sup>.

Nella scia di questo schema argomentativo – scopi istituzionali del datore di lavoro pubblico, oggetto del contratto di lavoro, doveri d'ufficio del dipendente – la giurisprudenza ha mantenuto sostanzialmente ferma la sua posizione, negando qualsiasi forma di retribuitività di compiti sia pur qualificati come indiretti o esigibili per concessione, salvo ammettere quelle eccezionali deroghe – da interpretarsi, come tali, restrittivamente – riconosciute dalla legge o dal contratto collettivo<sup>37</sup>.

La pronuncia, altresì, richiama, a sostegno della tesi esposta, ossia di una lettura del principio di omnicomprensività che riguarda ogni prestazione lavorativa svolta in favore dell'ente di appartenenza – l'art. 56, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, che espressamente disponeva che *“il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, nelle quali rientra comunque lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro”*.

<sup>36</sup> C. Conti Sez. Giur. Reg. Puglia 5 ottobre 2010 n. 615, secondo cui *“indipendentemente dalla provenienza, detti fondi, nella specie di origine comunitaria, una volta acquisiti dalla Provincia e quindi confluiti nel bilancio dell'ente, non si sottraggono alla disciplina concernente l'impiego delle risorse finanziarie di pertinenza dell'Amministrazione locale. La provenienza della provvista è, cioè, un antecedente del tutto irrilevante rispetto agli atti di gestione che quelle somme abbiano impiegato, in coerenza con il principio della universalità che governa il bilancio degli enti locali”*.

<sup>37</sup> Cfr. C. Conti 7/2014, cit., che interpreta una norma del vecchio Codice dei contratti pubblici – l'art. 92, co. 6, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – come fonte di un diritto all'incentivo per la redazione di un atto di pianificazione e, dunque, come fonte di un compenso aggiuntivo per i dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, in deroga al principio di omnicomprensività, *“solo nel caso in cui l'atto medesimo sia collegato direttamente ed in modo immediato alla realizzazione di un'opera pubblica, non anche nell'ipotesi di redazione di atti di pianificazione generale (quali ad esempio la redazione di un piano urbanistico generale o attuativo ovvero di una variante), ancorché non puntualmente connessi alla realizzazione di un'opera pubblica”*. Per una interpretazione più estensiva delle possibili deroghe al principio di omnicomprensività ammesse dal legislatore – e relativa all'ammissibilità

6. (Segue) *I compiti d'ufficio del dipendente pubblico alla luce dei peculiari rapporti organizzativi tra enti e della delega di funzioni*

In altre sentenze, poi, la giurisprudenza ha valorizzato, con il rigore che in materia la contraddistingue, i peculiari rapporti organizzativi instaurati tra enti o tra soggetti, e le relative ricadute in termini di ampliamento delle finalità dei primi o delle competenze dei secondi, per statuire la illegittimità di compensi aggiuntivi corrisposti per le attività svolte. In particolare, in una pronuncia, il giudice amministrativo, ricostruendo il quadro normativo allora vigente, ha fatto leva sull'automatico accrescimento delle attribuzioni statutarie di una Comunità Montana, in virtù del rapporto concessorio instauratosi con la Cassa del Mezzogiorno, per l'esecuzione delle opere di competenza di questa, previo accertamento dell'idoneità tecnico-amministrativa dell'ente concessionario e salva l'eventuale adozione di interventi necessari ad adeguarne la funzionalità. Talché, si legge, “*l'ente concessionario, una volta investito delle relative attribuzioni, è tenuto ad esplicitarle con il proprio apparato organizzativo ed il proprio personale*”<sup>38</sup>, e nulla a questo è dovuto, al di fuori della retribuzione contrattualmente determinata, per eventuali incarichi svolti in esecuzione delle suddette opere, in quanto attività da ritenersi rientrante nei normali doveri d'ufficio del personale impiegato, nella specie come direttore tecnico, per la realizzazione dell'opera<sup>39</sup>.

del riconoscimento di un compenso ai segretari delle sottocommissioni elettorali, a fronte della gratuità dell'incarico prevista dall'art. 2, co. 30, l. 24 dicembre 2007 n. 244, per i componenti del medesimo organo – v. C. Conti Sez. Reg. Controllo Abruzzo 12 marzo 2010 n. 13, secondo cui “*rientra nell'autonomia del singolo ente apprezzare la possibilità di un'attribuzione economica al segretario delle sottocommissioni elettorali. A tal fine l'amministrazione è chiamata ad apprezzare in ossequio ai principi contenuti nel d.lgs. 150/09, la riconducibilità dell'attività espletata dal segretario a supporto degli organi elettorali all'interno delle prestazioni dovute in virtù degli obblighi contrattuali e degli obiettivi assegnati, tenendo altresì conto delle concrete modalità di supporto agli organi elettorali (ossia se la stessa sia contenuta o meno nell'orario di servizio)*”. Il riconoscimento di uno spazio discrezionale in capo alle amministrazioni è stato affermato anche da C. Conti 144/2009, cit., dove si legge che “*resta ferma la possibilità, per l'ente o gli enti coinvolti nella questione, di scegliere, nell'ambito della loro autonomia, di assumere le decisioni ritenute maggiormente congruenti e coerenti relativamente all'eventuale corresponsione di un compenso, tenendo conto peraltro della disciplina introdotta dal contratto nazionale di lavoro e dai contenuti degli accordi decentrati che caratterizzano la contrattazione integrativa dell'ente*”. Per questi profili, v. anche C. Conti Sez. Contr. Sardegna 1° marzo 2010 n. 13.

<sup>38</sup> V. Cons. St. 1200/1999, cit.

<sup>39</sup> Per una vicenda analoga, v. anche Cons. St. 5099/2010, cit., relativa alla disciplina dei compensi spettanti ai Comuni per la notificazione degli atti a mezzo dei messi comunali su richiesta di uffici della Pubblica amministrazione, dove si legge che, instaurandosi “*tra Ammini-*

Ancora, sempre il giudice amministrativo, in ragione di una delega di funzioni conferita ad un soggetto, dipendente comunale, per l'espletamento di attività da svolgersi nell'ambito di una commissione giudicatrice di appalto-concorso, ha sostenuto che la retribuità dell'attività posta in essere vada "verificata con riferimento alla posizione del soggetto delegante (nella specie, segretario generale del comune), dovendo affermarsi l'inidoneità della delega ad incidere, in senso modificativo, sul regime giuridico, non esclusi i relativi risvolti economici, dell'attività stessa"<sup>40</sup>. E pertanto, ritenuto che l'attività oggetto della pretesa remunerativa vada "ricondata all'ambito dei compiti istituzionalmente attribuiti al soggetto delegante, ossia alla qualifica da lui assunta nell'apparato comunale – con la conseguenza che il ruolo di componente della medesima commissione non può non essere equiparato, sotto questo aspetto e come un *quid minoris*, a quello del suo presidente – ciò esclude la autonoma retribuità del servizio prestato, essendo l'attività svolta dal dipendente delegato riconducibile alla qualifica assunta, nell'apparato comunale, dal soggetto delegante".

7. *Le eccezionali deroghe al principio di omnicomprensività: la remunerabilità dei c.d. incarichi extra-istituzionali*

Come detto in premessa, il principio di omnicomprensività non esclude che i dipendenti pubblici possano espletare incarichi retribuiti a titolo professionale dall'amministrazione, là dove ne ricorrano i presupposti legali ovvero: a) se si tratti di meccanismi di incentivazione – legati a strumenti di premialità del merito/produttività – previsti dai contratti collettivi, da ricondurre, quindi, sempre nell'alveo della riserva, in capo alla contrattazione collettiva, della disciplina in materia retributiva; b) alternativamente, nei limiti in cui si configuri uno speciale incarico *extra-istituzionale*, equiparabile ad un incarico libero-professionale, distintamente retribuito ai sensi dell'art. 53

*strazione statale ed Ente locale un rapporto di preposizione gestoria, che deve essere qualificato come mandato ex lege e la cui violazione costituisce, se del caso, fonte di responsabilità esclusiva a carico del Comune – non essendo ravvisabile un rapporto di servizio diretto tra Amministrazione richiedente e messi comunali, che operano alle esclusive dipendenze dell'Ente territoriale – ai dipendenti comunali con la qualifica di messo non spetta alcun compenso aggiuntivo per l'attività di notificazione di atti, rientrando tali funzioni tra gli ordinari compiti d'ufficio spettanti a detti dipendenti, in virtù del principio di omnicomprensività della retribuzione dei dipendenti degli Enti locali".*

<sup>40</sup> V. Tar Campania Salerno 16 febbraio 2007 n. 145.

d.lgs. 165/01<sup>41</sup> o, nel rispetto della cornice regolamentare e dei principi racchiusi nella predetta disposizione, ai sensi di altre normative di carattere speciale<sup>42</sup>.

La nozione di *incarico extra-istituzionale* ex art. 53 – in cui sostanzialmente si identifica l'unica deroga ammessa, nel nostro ordinamento, alla omnicomprensività retributiva dei lavoratori pubblici – viene ricostruita come esplicitazione di questa, ossia come l'altra faccia del principio di omnicomprensività, dal momento che la giurisprudenza, nell'interpretare la locuzione di incarico extra-istituzionale, ha sempre ritenuto che debba essere esclusa la retribuibilità ai sensi dell'art. 53, e che dunque si configuri un incarico extraistituzionale ogniqualvolta il dipendente sia chiamato a svolgere un'attività che rientri negli scopi istituzionali dell'amministrazione di appartenenza e che, inoltre, corrisponda a mansioni riferibili alla qualifica del dipendente. Non stupisce, pertanto, che il contenzioso da cui derivano le sentenze qui passate in rassegna ha riguardato, fondamentalmente, la corretta qualificazione giuridica da dare ad attività che, quand'anche formalmente ricondotte, dalle pubbliche amministrazioni coinvolte nei giudizi contabili, nella categoria di incarico extra-istituzionale – come tali, quindi, legittimanti *prima facie* l'erogazione di compensi *extra-ordinem* – i giudici hanno il più delle volte qualificato, invece, come espletamento di compiti d'ufficio, integranti, là dove compensate, fonti di danno erariale.

Dall'analisi della giurisprudenza, anche per questo aspetto è emerso, oltre ad una sostanziale convergenza degli indirizzi interpretativi, un particolare rigore nel tracciare il perimetro delle attività separatamente remunerabili ai dipendenti pubblici, sotto forma di incarico extra-istituzionale. Sul punto, infatti, i giudici interpellati sono stati abbastanza chiari nell'affermare, innanzitutto e in via generale, il carattere assolutamente speciale della fattispecie *extra-istituzionalità* degli incarichi – da interpretarsi restrittivamente – in forza di “*altro principio generale vigente in materia di organizzazione dei pubblici uffici, secondo cui l'affidamento di incarichi professionali all'esterno dell'apparato burocratico dell'Ente (ma a maggior ragione all'interno dello stesso!) costituisce ipotesi*

<sup>41</sup> La norma, racchiusa nell'art. 53, co. 2, d.lgs. 165/01, dispone, con una formulazione a contrario, che “*le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati*”.

<sup>42</sup> V., ad esempio, per il personale contrattualizzato delle Università, la disciplina del c.d. istituto del conto terzi, racchiusa nell'art. 66, d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382.

*assolutamente eccezionale, alla quale la P.A. è legittimata a ricorrere solo in presenza di precisi e rigorosi presupposti, quali in particolare l'inesistenza di un'organizzazione degli uffici idonea ad assolvere all'impegno e, correlativamente, la mancanza di personale dipendente professionalmente qualificato*"<sup>43</sup>. In termini analoghi, si legge in altra pronuncia che *"la ratio del divieto di conferire incarichi libero-professionali ai dipendenti pubblici, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, discende dal principio di esclusività che li lega all'Ente datore di lavoro, e consiste nell'evitare commistioni di qualsiasi tipo tra interessi pubblici e privati che potrebbero minare il principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa"*<sup>44</sup>.

8. (Segue). *Principio di omnicomprensività, incarichi extra-istituzionali e lavoro straordinario*

Altro profilo di interesse della rigorosa interpretazione giurisprudenziale attiene al piano dei rapporti tra svolgimento di incarichi extra-istituzionali e orario di lavoro, specie in relazione alla disciplina del lavoro straordinario. Sul punto, si rinvengono in giurisprudenza affermazioni di particolare chiusura, tutte volte ad enucleare i caratteri oggettivi, in virtù dei quali una determinata attività debba farsi rientrare nel novero dei compiti istituzionali del dipendente piuttosto che in quello degli incarichi extra-istituzionali, anche perchè *"appare evidente che il carattere extraistituzionale delle attività svolte dal personale dipendente non può essere desunto esclusivamente dal fatto che esse vengano poste in essere al di fuori dell'orario di servizio"*<sup>45</sup>.

In alcune delle sentenze esaminate, inoltre, *"la circostanza che i dipendenti abbiano effettuato prestazioni fuori del normale orario di ufficio, eccedenti l'orario d'obbligo, non è"* ritenuta *"da sola sufficiente a radicare il loro diritto alla relativa retribuzione"*, tanto nella forma di incarico extra-istituzionale quanto in quella

<sup>43</sup> V ancora Cons. St. 1200/1999, cit.

<sup>44</sup> V. C. Conti 801/2007, cit., che sempre circa la *ratio* del suddetto divieto prosegue affermando che *"ciò è anche conseguenza della incompatibilità logica, prima che giuridica, tra lo svolgimento della libera professione ed il rapporto di pubblico impiego, tradizionalmente richiedente una esclusività della prestazione lavorativa in favore dell'amministrazione di appartenenza, non esigibile da chi svolge anche una libera professione"*.

<sup>45</sup> V. Avv. St. Palermo 3807/2011, cit., ove si legge, altresì, che *"se da un lato ogni attività extraistituzionale deve necessariamente essere svolta fuori dall'orario di servizio, non ogni attività svolta fuori dall'orario di servizio è extraistituzionale e suscettibile di essere compensata sulla base dell'art. 53 d.lgs. 165/01"*.

di lavoro straordinario, e ciò in ragione: per un verso, della non stretta coincidenza, come detto, tra incarichi extra-istituzionali e lavoro svolto al di fuori dell'orario di servizio; per un altro verso, in forza dell'indefettibile necessità di giustificare lo svolgimento di attività lavorative al di fuori del normale orario di lavoro, dal momento che questo, integrando la fattispecie del lavoro straordinario, richiede, perché possa essere legittimamente svolto e corrispondentemente compensato, tutti i presupposti prescritti dalla legge e dalla contrattazione collettiva<sup>46</sup>, rifluendo, pertanto, anch'esso sotto il dominio dei principi della riserva contrattuale in materia retributiva e di omnicomprensività<sup>47</sup>.

### 9. *Brevi conclusioni*

Come può dedursi, dunque, quand'anche assestato sotto molteplici risvolti esegetici<sup>48</sup>, il principio di omnicomprensività della retribuzione dei lavoratori pubblici che viene fuori dalla giurisprudenza qui esaminata, specie quella dei giudici contabili ed amministrativi, offre il fianco ad una serie di

<sup>46</sup> Come le eccezionali esigenze organizzative e di servizio che impediscono ai dipendenti stessi di svolgere i compiti istituzionali nell'ambito dell'ordinario orario d'ufficio e la preventiva autorizzazione da parte del rispettivo dirigente.V., in tema, C. Conti Sez. Giur. Puglia 14 maggio 2013 n. 762.

<sup>47</sup> Cfr. ancora le osservazioni racchiuse nel parere dell'Avv. St. 3807/2011, cit., secondo cui “ciò è vero anche nelle ipotesi in cui la collocazione di un'attività lavorativa dei dipendenti al di fuori del loro ordinario orario di servizio sia previsto a monte da atti organizzativi o addirittura regolamentari della P.A. Per un verso, infatti, non si ritiene ammissibile che atti di natura siffatta possano incidere in modo così pregnante sulla qualificazione della prestazione del dipendente, al punto da preconstituire in modo surrettizio una sostanziale deroga al principio fondamentale e indisponibile dell'omnicomprensività; sotto un secondo profilo, accedere alla tesi che attraverso la collocazione a priori in momenti estranei all'orario di servizio del dipendente, la P.A. possa creare i presupposti per una retribuzione separata in termini di incarico extra-istituzionale, vanificherebbe le normative di legge e contrattuali che limitano quantitativamente la possibilità del ricorso all'istituto del lavoro straordinario (anche in funzione di un giusto rapporto fra tempi di lavoro e di riposo del dipendente) e contrasterebbe altresì col pacifico principio per il quale al lavoro straordinario deve farsi ricorso per situazioni imprevedute ed eccezionali, mentre non è legittimo farne uno strumento ordinario di programmazione dell'attività del personale”.

<sup>48</sup> Non è stato, ad esempio, neanche sfiorato in questa sede, per ragioni di spazio, il piano degli elementi, oggettivi e soggettivi – fatti oggetto di attenta ricostruzione da parte della giurisprudenza richiamata nelle precedenti note – che concorrono a configurare la responsabilità per danno erariale dei dirigenti che violano, mediante atti di spesa, il principio di omnicomprensività della retribuzione.

riflessioni. Riflessioni che aiutano a fare il punto sugli equilibri normativi raggiunti nel pubblico impiego contrattualizzato, a più di vent'anni ormai dalle riforme che, con la delegificazione avviata dalla l. 93/83, prima, e la contrattualizzazione vera e propria introdotta dal d.lgs. 29/93, poi, ne hanno promosso percorsi di convergenza e uniformità con il lavoro privato. Da un lato, infatti, il principio in parola fa emergere l'importanza assunta dal contratto collettivo nell'assetto delle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, e la funzione di razionalizzazione delle risorse che il legislatore ha inteso affidare ai circuiti della rappresentanza sindacale e dei poteri di micro-organizzazione della dirigenza pubblica, in un'ottica di contemperamento tra perseguimento dei pubblici interessi e riconoscimento delle istanze di tutela e remunerazione del lavoro reso al servizio della macchina statale. Da un altro lato, esso ribadisce una necessità. Quella di continuare ad investire, nonostante le battute di arresto, sullo strumento contrattuale, ossia sulle capacità del contratto di responsabilizzare, meglio e più della legge o comunque della regolazione unilaterale, tutti gli attori a vario titolo coinvolti nella sfibrante opera di modernizzazione ed efficientamento della pubblica amministrazione. Perché solo una sana, aperta, democratica e trasparente dialettica negoziale, specie in una stagione di crisi dei partiti e dei canali della rappresentanza politica, consente di fare entrare nella realizzazione di quell'opera tutti i variegati e confliggenti interessi che si muovono nelle retrovie economiche, sociali e culturali delle risorse umane e dei gangli organizzativi su cui si sorregge la complessa macchina delle amministrazioni pubbliche.

**Key words**

Lavoro pubblico, retribuzioni, contrattazione collettiva, “omnicomprensività”.

Work in public sector, wages, collective bargaining, “omnicomprensività”.



**Cass. 16 maggio 2016 n. 10019** – Pres. Nobile – Est. Spena – P.M. Giacalone – O.V. (Avv.ti Carinci F., Inaudi, Corona) v. Coop. Adriatica s.c.a.r.l. (Avv.ti Venturoli, Borghesi)

**Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012** – Valutazione della sussistenza del fatto contestato – Fatto verificatosi nella sua materialità – Rilievo disciplinare – Imputabilità – Necessità.

**Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012** – Difetto di porporzionalità – Tutela meramente indennitaria.

*L'ipotesi normativa della “insussistenza del fatto contestato” comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente.*

*Diversamente, il difetto di proporzionalità rientra tra le “altre ipotesi” di insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo per le quali l'art. 18, l. 300/1970 prevede, al comma 5, la sola tutela indennitaria.*

**Cass. 20 settembre 2016 n. 18418** – Pres. Bronzini – Est. Balestrieri – P.M. Celentano – Elmas s.r.l (Avv.ti Amorese, Corvino, Belelli) v. Z.M. (Avv.ti Nappi, Arena)

**Art. 18, l. 300/1970 come modificato dalla l. 92/2012** – Valutazione della sussistenza del fatto contestato – Antigiuridicità del fatto contestato – Necessità.

**Art. 18, l. 300/1970, come modificato dalla l. 92/2012** – Difetto di porporzionalità – Tutela meramente indennitaria.

*Esula dal campo del giudizio di proporzionalità, per essere attratto in quello della valutazione della sussistenza/insussistenza del fatto, la questione dell'antigiuridicità del fatto contestato, non potendo ammettersi che venga assoggettato alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile.*

★ ★ ★

## Alessandro Di Casola

### Il mosaico del “fatto” tra imputabilità e antigiuridicità

**Sommario:** 1. Attualità e rinvigorita problematicità della questione. 2. Antefatto: Cass. n. 23669/2014 e n. 20540/2015. 3. Insussistenza del fatto e “limiti” dell'imputabilità. 4. L'alternativa (secca) tra liceità ed illiceità. 5. Cenni al procedimento logico-giuridico che deve informare la valutazione giudiziale.

#### 1. *Attualità e rinvigorita problematicità della questione*

A distanza di cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012 (meglio nota come legge Fornero) – indiscutibile rivoluzione copernicana in materia di sanzioni per il licenziamento illegittimo nelle imprese cui è applicabile l'art. 18, l. 300/1970 – non si può dire ancora sopito il dibattito intorno al significato della locuzione “insussistenza del fatto contestato” utilizzata dal 4° co. del novellato art. 18. Circostanza non di poco conto, se si considera che, proprio dall'interpretazione di questa locuzione, discende – in massima parte<sup>1</sup> – l'applicazione dell'innovativo schema di tutele differenziate che caratterizza la nota riforma del 2012<sup>2</sup>. Insomma, tanto più ampia è

<sup>1</sup> Fatta eccezione cioè per la sola ipotesi della riconducibilità dello stesso “fatto” alle “condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” (art. 18, co. 4, l. 300/1970).

<sup>2</sup> E cioè: reintegrazione “debole”, ovvero assistita da un'“indennità risarcitoria” limitata sia nel minimo sia nel massimo, indipendentemente dal tempo trascorso tra il licenziamento e la reintegrazione (comma 4), oppure sanzione meramente indennitaria, anch'essa costretta nell'ambito di *range* predefiniti e modulati in base alla “gravità” del vizio che affligge il licenziamento (commi 5 e 6).

l’accezione di “fatto contestato” che si accoglie, tanto minore sarà l’operatività della tutela meramente indennitaria prevista al comma 5 della disposizione (residuale, perché legata alle “altre ipotesi” in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa); fino al punto in cui quest’ultima finirebbe addirittura per annullarsi in presenza di un’interpretazione del “fatto contestato” pienamente coincidente con la norma elastica (ad es., “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” ex art. 3, l. 604/66)<sup>3</sup> o con le specificazioni che di tali clausole fanno le previsioni contrattuale-collettive.

Inoltre, la questione diviene ancor più centrale, e per altri versi allarmante, quando si voglia valutare la configurabilità di sensibili – e ingiustificabili<sup>4</sup> – differenze di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, in considerazione della (parzialmente) diversa locuzione utilizzata dall’art. 3, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23<sup>5</sup>: norma di cui è da

<sup>3</sup> Si esprime in questo senso, tra i primi commentatori della riforma, facendo leva sull’interpretazione della parola “fatto” da svolgersi in base a quanto stabilito dall’art. 12 delle preleggi, ZOPPOLI L., *Flex/insecurity*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 135 ss.; della medesima opinione, tra gli altri, sulla scorta di Trib. Bologna 15 ottobre 2012, CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in RIDL, 2012, II, p. 1052 ss.; recentemente, GALARDI, *La Cassazione e l’art. 18 Stat. Lav.: dal fatto materiale al fatto disciplinarmente rilevante*, in Nuova Giur. Civ., 2016, p. 390 ss.

<sup>4</sup> Tra le tante voci critiche sulle differenze di trattamento in base alla data di assunzione, v. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie nel regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona, IT, 2015, 256.

<sup>5</sup> Che consente la reintegrazione, assistita da un risarcimento ancor più “debole” di quello ex art. 18, comma 4, l. 300/1970, “esclusivamente (...) in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”. Sul d.lgs. n. 23/15, con spunti di confronto con la l. 92/12, ex multis, v. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, 2015, I, p. 327 ss.; CESTER, *I licenziamenti fra passato e futuro*, in ADL, 2016, p. 1099 ss.; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in ADL, 2015, p. 310 ss.; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23/2015*, in ADL, 2015, p. 507 ss.; ORTIS, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in RIDL, 2016, I, p. 145 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, p. 413 ss.; PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in ADL, 2015, p. 26 ss.; PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in ADL, 2015, p. 97 ss.; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 111 ss.; TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in ADL, 2015, p. 789 ss.; VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*

escludere una valenza interpretativa autentica dell'art. 18, l. 300/70 (come novellato dalla l. 92/2012). In estrema sintesi, almeno fermandosi al dato letterale, le due norme sembrano contenere un'accezione di "fatto" disomogenea, così facendo discendere la tutela reintegratoria – quantomeno in astratto, nei rispettivi regimi – da presupposti differenti.

Pur trattandosi di temi estremamente interessanti, si chiarisce sin d'ora che nel presente contributo ci si occupa solo dell'interpretazione della nozione di "fatto contestato" ex l. 92/2012, a cui si riferiscono altresì le due sentenze annotate (Cass. 16 maggio 2016, n. 10019 e Cass. 20 settembre 2016, n. 18418). Pertanto, eventuali riflessioni ulteriori, sia di carattere più generale sulla riforma del 2012 e sulla sua compatibilità col sistema lavoristico (ancor più alla luce dell'interpretazione di seguito proposta), sia sui rapporti tra l. Fornero e *Jobs Act*, sono rinviate a successive occasioni.

## 2. Antefatto: Cass. n. 23669/2014 e n. 20540/2015

Non potendo qui soffermarsi sul nutrito dibattito dottrinale, accesi sin dai lavori preparatori della l. 92/12, sul significato del termine "fatto" e, segnatamente, sulla sua accezione in senso "materiale" ovvero "giuridico"<sup>6</sup>, va rilevato che la Cassazione ha posto il primo tassello del mosaico con la pronuncia n. 23669 del 6 novembre 2014<sup>7</sup>. In tale sede, a parere di chi scrive, la Corte – lungi dal prendere una posizione netta all'interno dell'analitico dibattito su cosa debba intendersi per "fatto materiale" o "giuridico" – ha

*nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *ADL*, 2015, p. 353 ss.; VILLA, "Sussistenza" e "insussistenza" del fatto nel licenziamento disciplinare, in *RIDL*, 2015, I, p. 661 ss.

<sup>6</sup> La produzione dottrina in materia è sterminata e per lo più nota, o, comunque, di agevolissima reperibilità, considerato che si tratta di una riforma non dell'ultima ora. Di conseguenza, per ragioni "logistiche", in questa sede sono state omesse le citazioni su temi generali, limitando le stesse, pur senza pretesa di completezza per i motivi appena enunciati, ad aspetti specifici della disciplina.

<sup>7</sup> In *RIDL*, 2015, II, p. 25 ss. con note di DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, p. 32 ss. e di MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*, p. 39 ss., nonché in *DRI*, 2015, p. 229 ss. con nota di FERRANTE, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, e in *GI*, 2014, con nota di FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"*. Trae spunto da tale pronuncia per una riflessione di ampio respiro sul tema, ABIGNENTE, *La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*, in questa rivista, 2016, p. 13 ss.

inteso affermare il “primordiale” principio della scissione tra la sussistenza del fatto contestato (nel senso di “esistenza” dello stesso) e la valutazione della proporzionalità tra quest’ultimo e la sanzione espulsiva. Non v’è dubbio che i giudici di legittimità, facendo tale operazione, si siano discostati dall’opzione interpretativa più forte, che, in base all’art. 12 delle preleggi, interpretava la nozione di fatto alla luce de “l’istituto giuridico a cui si riferisce”<sup>8</sup>, ma è altresì vero che la Corte si è fermata alla distinzione tra sussistenza e valutazione della proporzionalità, senza in alcun modo prendere posizione circa le caratteristiche che il fatto deve avere per essere considerato sussistente o insussistente. In altre parole, la circostanza che i giudici, nell’illustrare la predetta dicotomia, abbiano parlato di “fatto materiale”, in contrapposizione alla “sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo”<sup>9</sup>, non vuole certo significare che gli stessi abbiano inteso propendere per un’accezione di “fatto contestato” come “fatto materiale puro”, scevro, cioè, da qualsiasi altra valutazione di contesto, oggettivo o soggettivo che sia.

Ulteriore tassello di tale ragionamento – oltre che indiretta conferma della tesi appena sostenuta – viene dal tenore della sentenza n. 20540 del 13 ottobre 2015<sup>10</sup>, presupposto di entrambe le sentenze annotate, con cui la Corte apre alla “illiceità” del fatto contestato, quale requisito fondamentale ai fini della sussistenza dello stesso<sup>11</sup>. In base all’interpretazione seguita da

<sup>8</sup> ZOPPOLI L., *op. cit.*

<sup>9</sup> Aggiungendo poi, nel prosieguo, che “la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all’individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”, Cass. 23669/14.

<sup>10</sup> In *RIDL*, 2016, II, p. 102 ss., con nota di MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell’interpretazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, nonché in *DRI*, 2015, p. 1128 ss., con nota di PELUSI, *L’irrelevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito per il legislatore del Jobs Act?*, e in *ADL*, 2016, con nota di DE MICHIEL, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*.

<sup>11</sup> Afferma Cass. 20540/15: “Quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di ‘insussistenza del fatto contestato’, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva (Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, che si riferisce ad un

questa pronuncia, il “fatto contestato”, per essere sussistente, non deve solo esistere nella realtà materiale (cfr. Cass. 23669/14, che non ha proceduto oltre nella definizione della fattispecie), ma deve altresì essere “illecito”, ovvero sia costituire un (seppur minimo) inadempimento contrattuale<sup>12</sup>. Del tutto condivisibilmente, la sentenza si occupa del solo caso della “completa irrilevanza giuridica del fatto”, per affermarne l’insussistenza, lasciando da canto “la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva”, che, in base a quanto già sancito da Cass. 23669/2014, porta all’applicazione della sanzione meramente indennitaria prevista dal comma 5 dell’art. 18.

Unica eccezione a tale orientamento – sia detto per inciso – è costituita dalla sentenza n. 20545 del 13 ottobre 2015<sup>13</sup>, con cui la Corte, a parere di chi scrive, contraddice parzialmente quanto sin qui sostenuto e, in maniera non condivisibile, sovrappone la valutazione sulla sussistenza del fatto a quella dell’integrazione della causale del contratto collettivo richiamata nella lettera di licenziamento. E infatti afferma l’insussistenza del fatto contestato nell’ipotesi in cui la condotta, pur esistendo sul piano della realtà materiale ed essendo altresì illecita, non presenti tutti gli elementi richiesti dal contratto collettivo ai fini dell’irrogazione della sanzione espulsiva (nella specie, un “grave nocumento materiale e morale” per l’azienda)<sup>14</sup>.

caso di insussistenza materiale del fatto contestato). In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto e equivale alla sua sussistenza materiale da perciò luogo all’integrazione ai sensi dell’art. 18, comma 4, cit.”.

<sup>12</sup> Per completezza, si segnala che, di recente, Cass. 31 gennaio 2017 n. 2513, in *DJ*, ha applicato la reintegrazione altresì con riferimento ad un licenziamento seguito a una contestazione disciplinare estremamente tardiva, equiparando tale ipotesi a quella dell’insussistenza del fatto contestato. La questione, al momento, è al vaglio del Primo Presidente della S.C., ai fini di un’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, v. Cass. ord. 21 aprile 2017, n. 10159, in *DJ*.

<sup>13</sup> Si badi che le due sentenze, pur avendo la stessa data di deposito delle motivazioni e il medesimo Relatore, si riferiscono a decisioni assunte dalla Corte in due udienze: la 20540/15 il 2.7.2015 e la 20545/15 il 9.7.15.

<sup>14</sup> Afferma Cass. 20545/15 che “tale nocumento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione onde l’accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall’art. 18 l. n. 300 del 1970, modif. dall’art. 1, comma 42, l. 28 giugno 2012 n. 92, quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito configurato dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte”; su tale pronuncia v. DI MARTINO, *Novità sul “fatto contestato” da parte della Cassazione*, in *LG*, 2016, p. 377 ss., nonché PELUSI, *op. cit.*

### 3. *Insussistenza del fatto e “limiti” dell'imputabilità*

Nel solco tracciato da Cass. 23669/2014 e da Cass. 20540/2015 si inseriscono le due sentenze qui annotate, ciascuna apponendo un tassello ulteriore al variegato mosaico del “fatto contestato”. Come si vedrà, il risultato è un quadro di certo più analitico del precedente, ma con diversi punti ancora dubbi.

In sostanza, se in base alle prime due pronunce potrebbe sostenersi, senza tema di smentita, che il “fatto contestato” deve essere materialmente accaduto e illecito da un punto di vista contrattuale – dunque, disciplinarmente rilevante –, Cass. 10019/2016 chiarisce che il rilievo disciplinare di una condotta può apprezzarsi sia in relazione al “profilo *oggettivo*”, sia in relazione al “profilo, *soggettivo*, della imputabilità della condotta al dipendente” (miei i corsivi). Entrambi i profili, precisa la Corte, rilevano in punto di sussistenza/insussistenza del fatto, di talché il difetto anche di uno solo comporta l'applicazione della sanzione reintegratoria di cui al 4° comma dell'art. 18 St.lav.<sup>15</sup>.

Venendo all'argomentazione offerta sul punto, i giudici spiegano, in primo luogo, che i requisiti della necessaria sussistenza del fatto e della sua illiceità sul piano disciplinare discendono dal tenore letterale della norma, che non a caso parla di “fatto contestato”, così legando “la materialità del fatto alla sua rilevanza disciplinare”. In secondo luogo, “sotto il profilo logico”, la sentenza afferma la “assoluta sovrapponibilità (...) dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi del lavoratore ovvero non sia imputabile al lavoratore stesso”.

Ora, se il necessario rilievo disciplinare del fatto contestato era stato già ampiamente accolto, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, l'inedito di Cass. 10019/16 sta nell'aver introdotto, a livello nomofilattico, il discorso dell'imputabilità della condotta e di aver coniato l'equazione (per il regime “Fornero”) fatto non imputabile = fatto non sussistente.

Se sul piano “logico” – ma, prima ancora, dei principi generali dell'or-

<sup>15</sup> Il passaggio della sentenza è il seguente: “la ipotesi normativa della insussistenza del fatto contestato comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo, soggettivo, della imputabilità della condotta al dipendente”.

dinamento: in base ai quali non può esservi responsabilità per un qualcosa che non si è provveduto in alcun modo a generare, o che si era nell'impossibilità di evitare – la predetta equazione non stupisce affatto, è pur vero che, sul piano giuridico-fattuale, qualche precisazione si rende doverosa.

Si è già accennato che, più si amplia l'area del "fatto contestato", più si accresce quella della sanzione reintegratoria, accentuando così il rischio di procedere a operazioni ermeneutiche che si pongano in contrasto con la *ratio* della riforma del 2012: perché eccessivamente restrittive dell'ambito applicativo del co. 5 dell'art. 18 – norma "chiave" del sistema sanzionatorio articolato che caratterizza la l. 92/12 –, se non, addirittura, implicitamente abrogative dello stesso. E invero, su questo fronte, mentre le operazioni legate alla "realtà oggettiva" presentano meno difficoltà logico-sussuntive, il discorso si presenta inevitabilmente più scivoloso quando si tirano in ballo elementi di natura soggettiva.

A parere di chi scrive, il requisito dell'imputabilità del fatto contestato ai fini della sua sussistenza (e in aggiunta all'illiceità dello stesso) ha senz'altro ragion d'essere nell'ambito dell'operazione ermeneutica di cui sopra, a condizione però che ciò non si traduca in indebiti sconfinamenti in zone del tutto estranee all'ordinamento lavoristico o, comunque, al diritto civile. È infatti da ritenersi che l'imputabilità che il giudice deve ricercare ai fini della verifica della sussistenza/insussistenza del fatto contestato sia analoga a quella sottesa al concetto di inadempimento colpevole, che, in base all'art. 1218 c.c., comporta il diritto dell'altro contraente al risarcimento del danno.

In sostanza, proprio la modulazione delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo, con conseguente sanzione meramente indennitaria in corrispondenza del difetto di proporzionalità, fa sì che ci si debba riferire, nella fase di individuazione della sussistenza del fatto contestato, non alle regole dettate per la risoluzione del contratto<sup>16</sup>, bensì a quelle che, in via generale, determinano le condizioni affinché un inadempimento<sup>17</sup> possa assumere rilievo a fini contrattuali, onde generare responsabilità (e conse-

<sup>16</sup> Che riguardano il "tipo" di inadempimento o di condotta suscettibili di giustificare il recesso (in via generale, art. 1455 c.c., ma v. anche, con riferimento specifico al licenziamento, art. 2119 c.c. e art. 3, l. 604/66).

<sup>17</sup> A cui va equiparata, sotto questo profilo, l'ipotesi di condotta extra-lavorativa in grado di incidere sul vincolo fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro, ai fini dell'integrazione della giusta causa di licenziamento; *ex plurimis*, di recente, Cass. 23 agosto 2016, n. 17260 e Cass. 9 marzo 2016, n. 4633, entrambe in *DJ*.

guente obbligo di risarcimento) nei confronti dell’altro contraente: appunto, l’art. 1218 c.c.

Alla luce di ciò, nonché del tenore di tale ultima norma, l’interprete dovrà attenersi ad un’interpretazione del requisito soggettivo di carattere “minimale”: che sia, cioè, in grado di ricollegare l’evento (*i.e.*, fatto contestato) alla sfera cosciente ed elettiva del soggetto, senza contaminare tale ragionamento con categorie ulteriori, che si pongono alla stregua di indebite sovrastrutture.

Per fare un esempio, non è da ritenersi ammissibile dare ingresso a qualsivoglia elemento soggettivo “qualificato” (uno tra tutti, il dolo), tanto più se in accezioni mutate da branche del diritto diverse (*in primis*, il diritto penale), al fine di valutare la sussistenza del fatto contestato: ciò che conta è che il soggetto abbia posto in essere l’inadempimento in maniera cosciente e volontaria (ferma restando la conoscibilità del codice disciplinare *ex art. 7, l. 300/1970*).

Valutazioni ulteriori riguarderanno, al più, l’ambito della proporzionalità (e dunque potranno portare alla sanzione meramente indennitaria di cui al 5° comma dell’art. 18), ma è da escludersi che le stesse possano rilevare ai fini della sussistenza del fatto contestato. E ciò, si badi, anche – o forse soprattutto – nel caso in cui il contratto collettivo richieda un elemento soggettivo qualificato ai fini dell’irrogazione del licenziamento: l’eventuale difetto potrà – e dovrà – rilevare, ma soltanto ai fini del 5° comma, non potendo in alcun caso portare ad un accertamento di insussistenza del fatto contestato<sup>18</sup>.

In definitiva, il “fatto contestato”, per essere sussistente, deve semplicemente esistere quale “inadempimento risarcibile” alla luce dei criteri individuati dall’art. 1218 c.c., rilevando solo in un momento successivo le diverse questioni riguardanti sia la proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione espulsiva (con conseguenze sanzionatorie più miti, *ex co. 5, art. 18*), sia la sussumibilità del primo entro una previsione di sanzione conservativa contenuta nel ccnl o nel codice disciplinare (fattispecie che nel regime Fornero “riesuma” la reintegrazione)<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> *Contra*, Cass. 20545/15, cit., la quale valuta un elemento, sebbene non di natura soggettiva, ma comunque richiesto dal ccnl (grave nocumento dell’Azienda) ai fini della sussistenza/insussistenza del fatto e, accertatone il difetto, dichiara applicabile la sanzione reintegratoria.

<sup>19</sup> Sul procedimento che deve informare la valutazione giudiziale, v. il par. 5.

#### 4. *L'alternativa (secca) tra liceità e illiceità*

In maniera non dissimile dalla sentenza n. 10019/16, con la pronuncia n. 18418/16 la Cassazione si rifà al *dictum* della n. 20540/15 sulle ipotesi di insussistenza del fatto contestato, occupandosi – per dirla con le categorie usate da Cass. 10019/16 – del fronte “oggettivo” della condotta: vale a dire, della sua anti giuridicità.

Qui la Corte, pur ribadendo che un fatto contestato privo del carattere di illiceità va considerato non sussistente alla luce della *ratio* della norma del 2012, apporta delle precisazioni che è quanto mai opportuno analizzare.

In particolare, dopo aver affermato che la sentenza di merito, sottoposta al vaglio della S.C., aveva “accertato la sostanziale non illiceità dei fatti addebitati”, i giudici di legittimità hanno inteso chiarire che “non può ritenersi relegato al campo del giudizio di proporzionalità qualunque fatto (accertato) teoricamente censurabile ma *in concreto* privo del requisito di anti giuridicità, non potendo ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla sola tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare *sostanzialmente* inapprezzabile” (miei i corsivi).

Ebbene, da quanto detto fin qui in relazione alla duplicità di sanzioni – correlata, rispettivamente, all’insussistenza del fatto contestato e al difetto di proporzionalità tra quest’ultimo e la sanzione irrogata – discende che l’indagine sulla liceità/illiceità del comportamento contestato comporti esclusivamente un’alternativa secca, senza graduazioni di sorta. Ciò implica che l’accertamento della liceità di un “fatto contestato” spalanchi inevitabilmente le porte alla reintegrazione (*ex art. 18, 4° comma, l. 300/1970*), mentre la pur minima illiceità dello stesso impedisca l’applicazione di tale sanzione.

Come visto in precedenza, ciò non vuol dire che, solo per questo, il licenziamento debba considerarsi legittimo. Soccorre, in questo caso, il difetto di proporzionalità: vizio che, però, comporta l’applicazione della sola tutela indennitaria *ex comma 5 dell’art. 18*.

Invero, non è chiaro se la Corte, con l’utilizzo delle espressioni prima riportate in corsivo (soprattutto la seconda) abbia inteso lasciare aperto qualche spiraglio di “insussistenza” a un fatto “minimamente anti giuridico”. Ragionando nell’ottica appena illustrata, rimarrebbe soggetto alla tutela meramente indennitaria anche il caso del fatto contestato sì (lievemente) illecito, ma di rilievo talmente scarso da risultare pretestuoso: ipotesi a cui sembra alludere la Corte nel passaggio in questione. Tuttavia, in casi del ge-

nere, la pretestuosità del licenziamento – che spesso cela un intento ritorsivo – è dimostrabile con ogni mezzo dal lavoratore (su cui incombe l’onere della relativa prova), facendo leva sul motivo illecito determinante, richiamato al 1° comma del novellato art. 18: fattispecie che apre le porte della tutela reintegratoria *old style*.

D’altra parte, non pare possa dubitarsi che consentire una qualsivoglia graduazione nell’apprezzamento dell’illiceità di un comportamento, al fine di ampliare, nei casi più lievi, l’area dell’insussistenza del fatto, genererebbe (oltre a quanto prima accennato in relazione alla compressione dell’ambito applicativo del co. 5 dell’art. 18 e al conseguente, possibile, contrasto con la *ratio* della l. 92/12) insormontabili incertezze applicative, con giudicati inevitabilmente contrastanti: inaccettabili, considerata la delicatezza della materia.

#### 5. *Cenni al procedimento logico-giuridico che deve informare l’accertamento giudiziale*

La ricordata sentenza n. 10019/16 contiene pure un interessante passaggio sul procedimento ermeneutico-valutativo che, nella vigenza dell’articolato sistema sanzionatorio della l. 92/12, il giudicante deve seguire per valutare la legittimità o meno di un licenziamento. La S.C. accoglie una tesi, già autorevolmente sostenuta in dottrina<sup>20</sup>, secondo cui tale operazione consisterebbe di due momenti: il primo – non dissimilmente da quanto avveniva in passato – volto alla verifica dell’integrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo (dunque, teleologicamente orientato alla verifica della legittimità, *tout court*, del licenziamento); il secondo, eventuale e subordinato all’esito negativo della prima indagine, volto invece all’individuazione del vizio che affligge il recesso e all’applicazione della relativa sanzione (reintegrazione o mera indennità).

Siffatta impostazione appare senz’altro condivisibile. Innanzitutto, sulla base dell’intuitiva considerazione secondo cui, non essendo mutato il con-

<sup>20</sup> MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, pp. 438 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1064 ss.; ID., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, p. 269 ss. *Contra*, TULLINI, *Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice*, in questa rivista, 2013, p. 317 ss., qui p. 323.

tenuto delle clausole elastiche legittimanti il licenziamento disciplinare (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma soltanto le sanzioni corrispondenti a ciascun vizio dello stesso, anche il procedimento logico-valutativo che deve portare il giudice a verificare la legittimità/illegittimità dell'atto di recesso non deve mutare<sup>21</sup>. In effetti, il *quid novi* richiesto al giudice dalla l. 92/12 è “isolare” il vizio che affligge il licenziamento e applicare la sanzione corrispondente. Per fare ciò – e ancor più alla luce delle peculiari connotazioni che il “fatto contestato” assume rispetto alla sua sussistenza/insussistenza – il giudice dovrà dapprima apprezzare la vicenda disciplinare nel suo complesso (incluso ogni elemento, anche solo di contesto), rilevante ai fini della integrazione della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Solo successivamente, qualora rilevi la mancata ricorrenza di questi ultimi, dovrà “sezionare” la vicenda disciplinare, scorporando dal “fatto contestato” tutto quanto non attiene alla sua illiceità e imputabilità. All'esito di tale indagine, dovrà verificare se lo stesso sussista oppure no, e, nel primo caso, qualora abbia altresì appurato che lo stesso non possa essere sussunto entro una fattispecie punita con sanzione conservativa dal codice disciplinare, dovrà procedere oltre, individuando il vizio che affligge il licenziamento e applicare la sanzione corrispondente (*ex art. 18, commi da 5 a 7*).

Tutte le operazioni descritte appaiono possibili solo a condizione che il giudice si sia previamente dotato dello “strumentario fattuale” a ciò necessario; e, dunque, abbia una visione completa della vicenda disciplinare, tale da poterla sviscerare conferendo il giusto peso a ogni possibile aspetto, oggettivo o soggettivo che sia.

La validità di tale impostazione riceve ulteriore, sebbene indiretta, conferma anche alla luce della considerazione secondo cui, in ogni caso, la domanda giudiziale (di provenienza datoriale) che punti unicamente all'accertamento della sussistenza del fatto contestato non può che essere una subordinata rispetto a quella di accertamento della legittimità del licenziamento, dal momento che, in caso contrario, la parte datoriale avrebbe *ab initio* ammesso l'illegittimità del licenziamento.

<sup>21</sup> MARESCA, *op. cit.*

**Key words**

Licenziamento disciplinare, sussistenza del fatto, imputabilità, anti giuridicità, reintegrazione.

Disciplinary dismissal, event's subsistence, ascribable event, unlawful event, reinstatement.



## Giovanna Pacchiana Parravicini

### Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda

**Sommario:** 1. Premessa. 2. La nozione di azienda. 3. La nozione di ramo d'azienda. 4. La nozione di trasferimento. 5. La procedura per il trasferimento d'azienda. 6. Le conseguenze sui rapporti individuali di lavoro. 7. Il rilievo della volontà delle parti. 8. La responsabilità solidale. 9. Trasferimento d'azienda e contratto collettivo. 10. Il trasferimento d'azienda ed il diritto del lavoro che cambia.

#### 1. *Premessa*

La disciplina che sancisce la tendenziale insensibilità dei rapporti di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda – l'art. 2112 c.c. – è il punto di intersezione di molteplici piani: quello del dialogo tra ordinamento interno ed europeo, tra fonti collettive ed individuali, tra legislatori e giudici fino ad arrivare a toccare anche il rapporto tra discipline dettate da diritti che si ritengono speciali<sup>1</sup>. Per questo si può sin da subito affermare che la trattazione dei profili giuslavoristici del trasferimento d'azienda si muove su una strada tortuosa ed in salita. E non tanto per la disciplina che, seppure oggetto di plurimi interventi del legislatore, è tutto sommato lineare e di agevole applicazione. Le difficoltà si incontrano a monte, quando, cioè, ci si interroga sulla fattispecie trasferimento di azienda.

Le nozioni di azienda e di parte di essa sono, infatti, al centro di un vero e proprio conflitto interpretativo, che poggia su un diverso appoggio ideologico alla problematica. Ad una forza centripeta – che tende ad allargare quanto più possibile il perimetro di applicazione della norma e farvi gravitare ogni ipotesi di mutamento nella titolarità di un'entità economica – si con-

<sup>1</sup> Con tali intendendosi il diritto del lavoro, il diritto commerciale e quello fallimentare.

trappone con sempre maggiore frequenza una tendenza centrifuga che, invece, tenta di svuotare la fattispecie e/o restringerne l'ambito di operatività. Le due forze contrapposte, che palesano precisi obiettivi finalistici, derivano dal fatto, ormai comunemente riconosciuto<sup>2</sup>, che la norma – nata con il fine, espresso anche nella rubrica novellata nel 2001, di tutelare il lavoratore coinvolto nel mutamento di titolarità dell'azienda – ha subito in fase di applicazione una sorta di torsione<sup>3</sup> che rischia, almeno a detta di alcuni ed in talune situazioni<sup>4</sup>, di alterarne il segno garantistico fino a farne precetto potenzialmente pregiudizievole per i lavoratori. Infatti, se da una parte l'art. 2112 c.c. nasce con lo scopo di garantire al lavoratore ceduto la continuità del rapporto e la sua tendenziale impermeabilità alla vicenda societaria, dall'altra può diventare il veicolo con cui il datore di lavoro, liberandosi dell'azienda o, più spesso, di parte di essa, espelle lavoratori senza dover passare attraverso la procedura di licenziamento, e quindi a costo zero<sup>5</sup>.

La questione della ritenuta eterogenesi dei fini deriva da una presunta antinomia tra il disposto con cui apre l'art. 2112 co. 1 c.c. – “il rapporto di lavoro continua con il cessionario” – e la regola generale dettata in tema di cessione del contratto dall'art. 1406 c.c. che subordina la modifica soggettiva al consenso del contraente ceduto.

In altre parole, la previsione contenuta nell'art. 2112 co. 1 c.c. per cui il rapporto di lavoro si trasferisce al cessionario, a prescindere dal consenso del lavoratore ceduto – previsione che nell'intenzione del legislatore vuole garantire il lavoratore ed evitare che il trasferimento sia causa di licenziamento – è stata tacciata di costituire lo strumento legale che consente al datore di lavoro di liberarsi di alcuni dipendenti senza dover subire i costi ed i rischi legati al licenziamento<sup>6</sup>. Come si vedrà, dopo un primo tentativo, rivelatosi vano, di ovviare alla “torsione” ricavando dalla disposizione di cui all'art. 2112 c.c. un diritto del lavoratore ad opporsi al passaggio alle dipendenze del

<sup>2</sup> MARESCA, *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 587; SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, 2001, p. 575.

<sup>3</sup> Così CORAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *RIDL*, 2014, II, p. 461.

<sup>4</sup> Come si vedrà *infra* l'eterogenesi dei fini di cui è accusata la disciplina riguarda il trasferimento del ramo di azienda.

<sup>5</sup> Parla di forma incontrollata di espulsione Cass. 27 maggio 2014 n. 11832.

<sup>6</sup> SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni “vincolanti” della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 46/2006, p. 16.

cessionario<sup>7</sup>, la lamentata divaricazione tra fine garantista della norma e suoi effetti talora potenzialmente dannosi per i lavoratori ha portato alcuni interpreti ad arretrare la tutela dalla disciplina (e quindi dal tentativo di accreditare la necessità del consenso del lavoratore ceduto) alla fattispecie dell'art. 2112 c.c. Si è fatto, così, strada un filone interpretativo che cerca di circoscrivere i confini della norma codicistica per ridurre le ipotesi di trasferimento di azienda e quindi di passaggio automatico dei lavoratori al cessionario, a favore dell'applicazione della regola generale dell'art. 1406 c.c. che valorizza la volontà del contraente ceduto. È, peraltro, a questo punto necessario sottolineare, a dimostrazione delle plurime sfaccettature del tema, che la tendenza centrifuga e, prima ancora, la crisi di identità<sup>8</sup> che ha investito la disciplina del trasferimento d'azienda ha un rilievo solo nazionale mentre nel contesto europeo, di cui costituisce, o meglio vorrebbe costituire, attuazione, essa gode di ampia legittimazione e consenso, nel senso di una chiara prevalenza delle spinte centripete.

Il rilievo che precede introduce un'altra problematica che spiega perché la strada è impervia: essa, infatti, si snoda su un percorso popolato da interlocutori che non solo non sono sempre sintonici, ma talora parlano linguaggi diversi.

Prova ne è la giurisprudenza in tema di identificazione del ramo di azienda, di cui si dirà *infra*, che vede la Corte di Giustizia<sup>9</sup> ed i giudizi nazionali muoversi su piani che sembrano destinati non solo a non dialogare ma addirittura a non incontrarsi. Per concludere la premessa, ma senza il classico *dulcis in fundo*, occorre ancora avvisare che la stessa fattispecie "azienda" (così come quella di "parte" o "ramo" di essa), è affetta da polimorfismo.

In essa, invero, convivono, accanto alle spoglie dell'azienda modellata sulla fabbrica fordista e verticale, le nuove forme di organizzazione dell'attività economica in senso orizzontale, multisocietaria ed ora in rete<sup>10</sup>. Altri-

<sup>7</sup> SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *LRI*, 1993, p. 351.

<sup>8</sup> MARESCA, *op. cit.*, p. 588.

<sup>9</sup> C. Giust., 6 marzo 2014, causa C-458/12 Telecom in *RIDL*, 2014, II, p. 461, con nota di CESTER, *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggiore favore e ibidem*, p. 684.

<sup>10</sup> AIMO, IZZI, *Decentramento produttivo ed esternalizzazioni nell'era dell'impresa a rete: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, p. XVII; DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, 2007, I, p. 3; ID., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*,

menti detto, nella stessa fattispecie azienda, accanto alla fabbrica materiale, pesante<sup>11</sup>, alloggia la azienda dematerializzata, leggera, in cui *know-how*, marchio ed organizzazione costituiscono elementi fondamentali se non prevalenti<sup>12</sup>.

La talora sfuggente nozione di azienda rende problematica la sua identificazione e definizione, così che l'istituto appare talora un gigante dai piedi d'argilla.

## 2. *La nozione di azienda*

Il problema della definizione di azienda, trasferimento e, vieppiù, parte di essa, costituisce certamente il tema che maggiormente impegna chi affronta questa tematica<sup>13</sup>. Ne sono testimoni i numerosi interventi che sulla fattispecie sono stati fatti dal legislatore interno ed europeo nonché dalla giurisprudenza. A livello unieuropeo il legislatore è passato dalla originaria versione della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 187, priva di individuazione della fattispecie e con la mera delimitazione dell'ambito di applicazione riferito ai "trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore", alla definizione di trasferimento di azienda contenuta nella direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 50 che fa riferimento al trasferimento "di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria", definizione rimasta inalterata anche nella direttiva del Consiglio 12 marzo 2001 n. 23 che sostituisce la precedente.

Occorre peraltro precisare che tali interventi sono tributari della lunga

in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9; CARINCI M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"*, 44/06; CORAZZA, RAZZOLINI, *Who is an employer?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 110/14.

<sup>11</sup> SPEZIALE, *op. cit.*

<sup>12</sup> Sui cambiamenti dell'organizzazione produttiva ed i riflessi che essi hanno sulla tutela dei diritti dei lavoratori si veda RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Editoriale Scientifica, 2014.

<sup>13</sup> Il problema definitorio affligge peraltro il diritto del lavoro in generale, a partire dalla stessa nozione di datore di lavoro e lavoratore subordinato, su cui si rinvia a CORAZZA, RAZZOLINI, *op. cit.*

operazione ermeneutica svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che a partire dalla sentenza *Spijkers*<sup>14</sup> ha rielaborato, via via ampliandola, la nozione di azienda.

Nell'occuparsi della fattispecie la Corte di Giustizia ha assunto un approccio fenomenologico chiarendo sin da subito che di per sé l'alienazione di elementi attivi di un'impresa, stabilimento o parte di essi non configura un trasferimento di azienda. Ciò che a detta della Corte concretizza la fattispecie, distinguendola dalla mera cessione di una pluralità di beni singolarmente considerati, è il fatto che la gestione dell'azienda come insieme aggregato di strumenti di produzione materiali e/o immateriali "sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare"<sup>15</sup>. La stessa Corte, dopo aver precisato che "un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata"<sup>16</sup>, sul presupposto che alla dilatazione della fattispecie corrisponde un'estensione della sua disciplina garantista, ha via via ricondotto sotto l'ombrello della Direttiva ogni ipotesi in cui vi sia un mutamento di titolarità di un'entità economica organizzata, per tale intendendosi ogni entità organizzata in grado di produrre beni e/o offrire servizi autonomamente, che mantenga l'identità della precedente. Con la precisazione che tale entità può consistere tanto in un insieme organizzato di beni materiali quanto in un'organizzazione di rapporti giuridici<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> C. Giust. 18 marzo 1986, causa C 24-85, *Spijkers*, in *FI*, 1989, IV, p. 11.

<sup>15</sup> C. Giust. 18 marzo 1986 nel procedimento 24/85, *Spijkers* nonché da ultimo C. giust. 26 novembre 2015, C-509/14, *ADF-Pascual*.

<sup>16</sup> C. giust. 11 marzo 1997, causa C 13-95, *Suzen* nonché, più di recente, C. Giust. CE 20 gennaio 2011 causa C 463-09, CLECE.

<sup>17</sup> C. Giust. causa C-160/14 ma occorre rilevare che in passato la C. Giust., 20 gennaio 2011, causa C 463-09, CLECE, in *MGL*, 2011, p. 172 con nota di COSIO, *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria* aveva negato la sussistenza della fattispecie in un caso in cui un comune, dopo aver affidato all'esterno l'attività di pulizia, ha deciso di svolgerla internamente, assumendo a tal fine proprio personale, diverso da quello in precedenza adibito all'appalto. Poco tempo dopo, però, la Corte pare tornare sui suoi passi quando con la sentenza causa C-509/14 ammette che rientri nella nozione di trasferimento di azienda ai sensi della "direttiva 23/2001 l'ipotesi in cui un'impresa pubblica, incaricata di esercitare un'attività economica di movimentazione di unità di trasporto intermodale, affidi, con un contratto di gestione di servizi pubblici, la gestione di tale attività a un'altra impresa, mettendo a disposizione di quest'ultima le infrastrutture e le attrezzature necessarie di cui essa è proprietaria, e in seguito decida di porre termine a tale contratto senza riassumere il personale di quest'ultima impresa, con la motivazione che in futuro avrebbe gestito essa stessa detta attività con il proprio personale. Così, peraltro, anche C. Giust., 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*.

Se il cammino del legislatore europeo e della Corte di giustizia sono lineari e sostanzialmente sintonici, recependo il primo le sollecitazioni che arrivano dalla seconda, è sul versante interno che si colgono, già a livello di dato normativo, le difficoltà poste dalla delimitazione dell'ambito e, soprattutto, le tensioni tra i diversi protagonisti del percorso.

Iniziando dal dato normativo, si deve rilevare che, al pari della Direttiva 77/187, anche la versione originaria dell'art. 2112 c.c. non si preoccupava di definire la fattispecie, limitandosi a dettare la disciplina ad essa applicabile.

Il silenzio del legislatore ha indotto la giurisprudenza a ritenere implicito un rinvio alla nozione di azienda di cui all'art. 2555 c.c. da intendersi come insieme di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa<sup>18</sup>.

Soltanto nel 2001, con il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, attuativo della direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 50, il legislatore italiano si fa carico di dare una definizione di trasferimento di azienda, che poi modifica leggermente<sup>19</sup> nel 2003 con l'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Ai sensi del comma 5 del (due volte) riscritto art. 2112 c.c. "Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che ... comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

La lettera delle due norme segna già un chiaro mutamento di passo. L'art. 2555 c.c. definisce l'azienda come il complesso di *beni* organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa mentre nell'art. 2112 co. 5 l'azienda è un'*attività economica organizzata*, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Vi è, dunque, un primo dato da registrare che appare non secondario, anche per il suo rilievo sistematico: il legislatore interno riconosce, quantomeno con riferimento alla disciplina del trasferimento di azienda, la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile.

In altre parole, quando sono in gioco le posizioni dei lavoratori, la nozione di azienda cui fare riferimento è quella scritta per il diritto del lavoro all'art. 2112 co. 5 c.c. e non, invece, quella contenuta nell'art. 2555 c.c.<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> In Cass. 8 novembre 1983 n. 6608.

<sup>19</sup> Quanto alla nozione di azienda, mentre, come si vedrà, è più radicale la modifica della nozione di ramo.

<sup>20</sup> MARESCA, *op. cit.*

Il rilievo non è però di ordine meramente sistematico.

Esso, infatti, ha un forte impatto anche sull'ambito di estensione dell'istituto, atteso che, come si vedrà, le due nozioni, quella dell'art. 2112 co. 5 e quella contenuta nell'art. 2555 c.c. non sono sovrapponibili presentando caratteri strutturali fortemente distinti.

Sparisce, infatti, nella nozione giuslavoristica interna, oltre al riferimento alla natura imprenditoriale dell'attività, il richiamo alla presenza di beni, sostituito dal rinvio all'elemento dell'organizzazione. Dunque, l'azienda ai fini giuslavoristici è un'entità che può avere forme diverse: può esser un insieme di beni materiali, può avere una componente smaterializzata che si affianca ai beni materiali ma può anche essere del tutto immateriale e consistere in un insieme di rapporti giuridici e/o contratti (è il caso della attività cd. *labour intensive* quali ad esempio quella dei programmatori software)<sup>21</sup>; la disciplina lavoristica si applica a tutte queste ipotesi a condizione che gli elementi, materiali e non, siano tra loro organizzati e che il cessionario subentri in tale organizzazione.

Si può quindi affermare che la fattispecie rilevante ai fini del diritto del lavoro si libera dell'aspetto necessariamente materiale – a lungo tempo ritenuto essenziale<sup>22</sup> – e fa perno, invece, sulla “organizzazione”.

A corroborare l'opzione interpretativa della nozione di azienda, ai fini giuslavoristici, come insieme organizzato anche solo di beni immateriali, soccorre un'altra norma che individua, seppure in negativo, i confini della fattispecie. È il comma 3 dell'art. 29 del d.lgs. 29 settembre 2003, n. 276, recentemente riformato dalla L. 7 luglio 2016, n. 122 secondo cui non costituisce trasferimento “l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa ed operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”<sup>23</sup>.

Occorre qui ricordare che, ai sensi del comma 1 dello stesso art. 29, l'ap-

<sup>21</sup> SPEZIALE, *op. cit.*

<sup>22</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*

<sup>23</sup> Cfr. anche Cass. 15 marzo 2017 n. 6770 che, conformemente ad altra giurisprudenza precedente, ritiene che il dato formale dell'esistenza di un contratto di appalto non possa escludere la sussistenza di un trasferimento quando vi sia stato un passaggio di beni di non trascurabile entità, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa nonché il dattiloscritto della relazione A.I.D.La.S.S. 2017 di GAROFALO D.

paltatore “genuino” è colui che organizza i mezzi necessari allo svolgimento dell’appalto, potendo tale organizzazione “risultare, in relazione alle esigenze dell’opera o del servizio dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d’impresa”.

Il legislatore del 2003, cioè, indica chiaramente che l’appalto è genuino quando l’appaltatore organizza i mezzi necessari, siano essi beni materiali oppure rapporti giuridici.

Il legislatore del 2016 ribadisce, poi, ove ve ne fosse necessità, che l’appaltatore deve essere “dotato di propria struttura organizzativa ed operativa” e che proprio in tale struttura organizzativa devono essere ravvisati “elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”.

Dunque, ai sensi dell’art. 29 d.lgs. 276/03, se un soggetto subentra a un altro in un appalto, acquisendone i lavoratori ma modificando l’organizzazione precedente, il mutamento nella titolarità di quei rapporti di lavoro, privo del “collante” della immutata organizzazione – e quindi, ai sensi della novella del 2016, che presenta elementi di discontinuità che gli conferiscono una specifica identità di impresa non ricade sotto l’art. 2112 c.c. bensì sotto l’art. 1406 c. c., risolvendosi in singole cessioni di contratto<sup>24</sup>. Viceversa se, a seguito di subentro in un appalto, l’organizzazione anche dei soli lavoratori rimane identica alla precedente, tale modifica soggettiva configura un trasferimento d’azienda, grazie appunto al “collante” della inalterata struttura organizzativa<sup>25</sup>.

Sussiste, dunque, piena continuità tra le previsioni di cui agli artt. 2112 c.c. e 29 d.lgs. 276/03<sup>26</sup>, nel senso che entrambe le norme distinguono il mutamento di titolarità dell’azienda dal subentro in singoli rapporti giuridici. Nel primo caso nulla muta se non la titolarità dell’impresa, mentre nell’appalto la diversa organizzazione dell’appaltatore comporta sia il mutamento della titolarità, sia la modifica dell’organizzazione di beni e rapporti giuridici<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Trib. Udine 16 febbraio 2016.

<sup>25</sup> Cass. 15 marzo 2017 n. 6770 nonché Trib. Firenze 17 ottobre 2014, in *ADL*, 2015, p. 473.

<sup>26</sup> Continuità di cui la novella del 2016 non costituisce che una prova tangibile.

<sup>27</sup> NOVELLA, VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. ed i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, p. 177; CESTER, *Il trasferimento di azienda o di parte d’azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell’impresa*, in CARINCI M.T., CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n.

Sempre in tema di fattispecie occorre rilevare che sia nella norma nazionale che in quella europea<sup>28</sup> la fattispecie azienda si caratterizza per un connotato diacronico: entrambe le disposizioni prevedono che l'entità economica organizzata debba avere una propria identità organizzativa specifica preesistente che viene conservata dopo il mutamento nella titolarità dell'azienda<sup>29</sup>.

Il requisito temporale rappresenta uno snodo che deve essere correttamente risolto e ciò non solo e non tanto per individuare la nozione di azienda, quanto perché, come si vedrà, il tema ha ricadute anche sull'interpretazione della, parzialmente difforme, nozione di ramo di essa.

Occorre al proposito rilevare che il connotato della preesistenza è stato comunemente interpretato in senso storico-cronologico: esso imporrebbe, cioè, di considerare azienda un'entità già consolidata e non, invece, qualcosa che venga creato *ad hoc* per esser ceduto<sup>30</sup>. Secondo questa tesi l'azienda oggetto di trasferimento dovrebbe, cioè, avere alle spalle una storia che trasferisce al cessionario.

L'interpretazione proposta, che come si è detto è funzionale a dare anche del ramo d'azienda un significato analogo, non appare, però, l'unica possibile e/o necessitata. Occorre, infatti, rilevare che il legislatore non indica da quanto tempo l'azienda dovrebbe preesistere al trasferimento. Se l'elemento temporale fosse davvero determinante, si può pensare che il legislatore avrebbe indicato un termine minimo per configurare la fattispecie. Ma soprattutto, affermare che il requisito della preesistenza ha una valenza storica significa o impedire che un'azienda venga costituita e poi immediatamente ceduta (nessuna norma dell'ordinamento interno o comunitario contiene, però, tale divieto) o concludere che in caso di costituzione di azienda e suo immediato mutamento di titolarità non si applichi la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. (ma non si vede quale altra disciplina sarebbe applicabile).

Alla luce di quanto precede, si legittima un'altra interpretazione del re-

276, Ipsoa, 2004; in giurisprudenza, Trib. Firenze 13 novembre 2013 n. 411, est. Tarquini, in *ADL*, 2014, p. 765 con nota di FONTANA, *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro*.

<sup>28</sup> La direttiva 98/50 prevede che l'entità economica debba conservare la sua identità ma non parla di preesistenza.

<sup>29</sup> Cass. 1 ottobre 2012 n. 16641, in *RIDL*, 2013, II, p. 343 con nota di IGRAO, *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria*.

<sup>30</sup> SPEZIALE, *op. cit.*, p. 16.

quisito temporale che l'art. 2112 co. 5 attribuisce all'azienda: la fattispecie di cui all'art. 2112 ruota sulla conservazione della stessa prima e dopo il mutamento della titolarità. In questa prospettiva il requisito della preesistenza non ha un valore assoluto ma relativo: esso è funzionale a verificare se davvero l'organizzazione è rimasta immutata; la preesistenza rappresenta il termine di paragone che funge da cartina di tornasole per la verifica della fattispecie. Come se con la locuzione "che preesiste al trasferimento e che conserva la sua identità" il legislatore chiedesse all'interprete di scattare un'istantanea di ciò che era prima del trasferimento e ciò che è stato dopo e verificarne la sovrapposibilità. In questa prospettiva, per aversi trasferimento d'azienda, e non cessione di beni e di contratti, è necessario e sufficiente che l'attività economica risulti immutata nella sua organizzazione<sup>31</sup>, il che significa che è necessario che prima del trasferimento si possa individuare una specifica organizzazione che continua, immutata, dopo il mutamento di titolarità. Laddove al mutamento della titolarità dei beni segua una diversa organizzazione degli elementi, quel mutamento non rientra nella fattispecie di cui all'art. 2112 c.c., ravvisandovi, invece, una mera cessione di singoli beni e/o rapporti; al contrario se, nonostante il mutamento di titolarità, i beni restano organizzati come lo erano presso il cedente, tale mutamento è soggetto alla disciplina dettata dalla norma codicistica. In questa seconda chiave interpretativa, dunque, la preesistenza non ha una connotazione storico-cronologica né implica un assetto necessariamente protratto nel tempo. Essa richiede, invece, che l'entità preesista per poterla fissare e così verificarne la conservazione dopo il mutamento di titolarità dell'azienda.

### 3. *La nozione di ramo d'azienda*

La tutela apprestata dall'ordinamento sia interno che unieuropeo per il caso di trasferimento di azienda vale anche nell'ipotesi in cui il cambiamento di titolarità riguardi una sola parte di essa.

Sin dalla originaria Direttiva CEE 14 febbraio 1977, n. 187, infatti, il legislatore europeo aveva riferito l'ambito di applicazione della medesima al trasferimento anche di stabilimenti o parti di essi. Con la successiva Direttiva 29 giugno 1998, n. 50, il legislatore aveva altresì specificato che essa si appli-

<sup>31</sup> Così Cass. 12 aprile 2016 n. 7121.

cava ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ed il riferimento è rimasto immutato anche nella Direttiva 12 marzo 2001, n. 23 che ha sostituito la precedente.

Nel nostro ordinamento, invece, un riferimento alla parte di azienda compare solo nella modifica all'art. 2112 c.c. operata dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, attuativo della Direttiva 29 giugno 1998, n. 50. In quella sede il legislatore italiano specifica che "Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità". La definizione di ramo ha però vita breve perché oggetto di nuova modifica ad opera dell'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, norma che modifica la precedente definizione sostituendola con la previsione per cui "Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento". È facile cogliere che la chiave di volta tra le due distinte definizioni sta nell'aggettivo "preesistente", che il legislatore del 2001 considera attributo necessario del ramo di azienda ed il legislatore del 2003 non solo elimina ma sostituisce con la previsione, esplicitamente contraria, per cui la parte di azienda può esser identificata come tale da cedente e cessionario al momento del suo trasferimento.

Come già anticipato, sulla configurazione del ramo di azienda ed in particolare sulla necessità che esso preesista al trasferimento, si è incentrato gran parte del dibattito che riguarda il tema in oggetto. Si è già, infatti, ricordato che la possibilità di individuare una parte di azienda per poi immediatamente cederla è stata ritenuta il possibile veicolo per legittimare operazioni espulsive di lavoratori "scomodi". Da lì la tendenza centrifuga rispetto alla fattispecie che ha portato dottrina e giurisprudenza pressoché compatte<sup>32</sup> a interpretare restrittivamente la nozione di ramo di azienda e quindi spesso ad escludere che ricorresse un'ipotesi di trasferimento di parte di azienda, con automatico

<sup>32</sup> A favore della tesi cfr. SPEZIALE, *op. cit.*, NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in AIMO, IZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 235; VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *DDPCom.*, agg., tomo 2, 2003, p. 722; *contra* TOSI, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *GI*, 2014, 8-9, p. 1950.

passaggio dei dipendenti addetti al cessionario, ravvisando, invece, una cessione di una pluralità di contratti, soggetta alla disciplina dell'art. 1406 ed *in primis* al consenso della parte ceduta.

In particolare nella giurisprudenza interna si è consolidato un orientamento ancorato alla necessaria preesistenza in senso storico del ramo di azienda, anche quando, e nonostante che, il legislatore del 2003 abbia abolito tale connotato sostituendolo con la previsione per cui il ramo può essere individuato come tale al momento del trasferimento. Secondo questo orientamento la necessità che la parte di azienda trasferita conservi la sua identità presuppone necessariamente che tale identità preesista alla cessione<sup>33</sup>. Al contrario alcuna dottrina ha, correttamente, sottolineato che la nozione di ramo di azienda va intesa in senso “proiettivo”<sup>34</sup>, e quindi con riferimento a ciò che la parte di azienda potrà potenzialmente produrre, e non già con riferimento ad un possibile “passato produttivo”.

Si coglie su questo punto una profonda frattura tra il legislatore nazionale, che con la previsione della possibilità di individuare il ramo al momento della cessione dà all'interprete un segnale (che parrebbe) inequivoco, e l'interprete medesimo che invece ritiene opportuno, quando non necessitato dalle norme comunitarie, forzare, ma forse anche stravolgere, il dato normativo<sup>35</sup>.

All'osservatore esterno pare di assistere ad un dialogo tra sordi al quale partecipa, probabilmente inconsapevole, la Corte di giustizia, chiamata dal Tribunale di Trento a pronunciarsi sulla possibilità di qualificare come trasferimento di ramo d'azienda il conferimento effettuato da Telecom Italia a favore di TIIT di un ramo di attività informatica denominato IT Operations, di cui i lavoratori lamentavano la non autonomia e preesistenza. La risposta che il giudice europeo dà è emblematica della natura tutta italiana della crisi di identità da cui è affetta la fattispecie. La Corte, infatti, pur rilevando che la Direttiva 23/2001, laddove all'art. 6 paragrafo 1, parla di conservazione della propria autonomia implica che tale autonomia preesista al trasferimento<sup>36</sup>, risponde al

<sup>33</sup> Da ultimo Cass. 19 gennaio 2017 n. 1316 nonché Cass. 26 maggio 2014 n. 11721 in *GI*, 2014, 8-9, 1950 con nota di TOSI, *op. cit.*

<sup>34</sup> Così TOSI, *op. cit.*

<sup>35</sup> Contro un'operazione ermeneutica finalizzata a restringere la nozione di ramo d'azienda “per concezioni ontologiche o autarchiche di unità produttive” cfr. TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 43.

<sup>36</sup> SPEZIALE, *op. cit.*

quesito postole affermando che “l’articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale ... la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell’ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un’entità economica funzionalmente autonoma *preesistente* al suo trasferimento”<sup>37</sup>. In una prospettiva che legge la disciplina del trasferimento di ramo d’azienda in un’ottica meramente garantista, senza cioè le lenti di chi è preoccupato dalla presunta eterogenesi dei fini che la disciplina rischia di realizzare, la Corte ragiona in termini inclusivi, centripeti: nell’art. 1 della Direttiva rientra certamente il trasferimento di un’attività che preesiste ma il legislatore interno è libero di allargare la fattispecie ed includervi anche i casi in cui il ramo non preesiste ma viene creato *ad hoc*. La risposta del giudice europeo, se apparentemente può sembrare avvallare la tesi della preesistenza, in realtà non può esser letta in tal senso, sia perché la Corte ammette la conformità alla direttiva di diverse previsioni nazionali che ampliano lo spettro di applicazione della tutela, sia, e prima ancora, perché nel rispondere al Tribunale di Trento il giudice europeo muove chiaramente da un punto di vista distinto da quello del giudice remittente e mira ad uno scopo inclusivo che è opposto a quello di coloro che valorizzano la preesistenza in senso storico a fini centrifughi dall’art. 2112 c.c. Ed ancora, non si può non rilevare che se è vero che la Corte ha sottolineato che il ramo deve preesistere alle vicende circolatorie, altrettanto è vero che, come si è già argomentato, la conservazione dell’identità e la conseguente preesistenza non vanno intese in un’accezione storica, potendo accreditarsi altresì un’interpretazione in guisa di elemento di organizzazione stabile che consente la verifica della conservazione dell’identità. In questa accezione, che si ripete non rinvia ad un passato dell’azienda ma alla possibilità di individuarne i confini prima del trasferimento, per verificarne l’identità dopo, va intesa la preesistenza che la Corte ritiene implicita nella previsione comunitaria per cui l’azienda deve conser-

<sup>37</sup> C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Telecom* ma sulla nozione di ramo d’azienda si veda anche C. Giust. 12 febbraio 2009, *Dietmar Klarenberg c. Ferrotron Technologies GmbH*, causa C-466/07, in *RIDL*, 2010, II, p. 212, con nota di CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d’azienda*. Sulla nozione di ramo d’azienda ai fini dell’applicazione della direttiva e sull’inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale e più di recente, Corte Giust. 9 settembre 2015, n. 160, sez. II.

vare la sua identità. Ed anzi, proprio il fatto che la Corte asservisca l'elemento della preesistenza al requisito della conservazione dell'identità<sup>38</sup>, si ritiene costituisca la migliore prova del fatto che la prima non ha un valore storico autonomo ma è un parametro di riferimento della seconda.

Certo è, invece, che il ramo per essere rilevante ai sensi dell'art. 2112 c.c. deve avere una propria autonomia e quindi poter “provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere – autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario – il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione”<sup>39</sup>.

#### 4. *La nozione di trasferimento*

La tendenza espansiva dell'art. 2112 c.c. si coglie anche nella nozione di trasferimento che il legislatore del 2001 dà riscrivendo il comma 5 della norma codicistica. Prevede, infatti, la disposizione in oggetto l'applicabilità della disciplina garantista ad ogni ipotesi in cui, a seguito di cessione contrattuale o fusione, si verifichi un mutamento nella titolarità dell'azienda, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Per quanto il dato normativo non sia del tutto lineare, facendo prima riferimento alla cessione contrattuale o alla fusione, e quindi ad atti tipicamente negoziali, per chiudere con un riferimento anche al “provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato”, cioè ad un atto che può essere unilaterale ed autoritativo, da sempre la norma è stata concordemente interpretata nel senso di massima ampiezza. Rientrano, dunque, nello spettro della norma tutti i casi in cui si verifica un mutamento di titolarità dell'azienda, anche laddove ciò avvenga in assenza o contro la volontà della parte originariamente proprietaria<sup>40</sup>.

La norma individua poi alcune fattispecie tipiche, tra le quali la cessione contrattuale, la fusione, l'usufrutto o l'affitto.

<sup>38</sup> Si legge in C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12 *Telecom* che “l'impiego, al citato articolo 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, del termine “conservi” implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento”.

<sup>39</sup> Cass. 11 maggio 2016 n. 9682.

<sup>40</sup> Cass. 25 novembre 2014 n. 25021 nonché Cass. 21 agosto 2015 n. 17063.

Le previsioni richiamate, ed in particolare il riferimento espresso all'affitto, innanzitutto chiariscono che il trasferimento sussiste anche quando il mutamento nella titolarità dell'azienda è solo temporaneo e quindi l'azienda è destinata in futuro a tornare nella titolarità del cedente. Ed infatti, è stata assoggettata alla disciplina dell'art. 2112 c.c. anche l'ipotesi di retrocessione di un'azienda all'originario proprietario<sup>41</sup>.

Il rinvio alla sola ipotesi di fusione, tra le tante operazioni societarie, ha fatto dubitare della riconducibilità alla fattispecie delle ipotesi di scissione societaria, dubbio che, però, la giurisprudenza ha sciolto in senso favorevole all'applicazione delle disposizione codicistica anche a quella fattispecie<sup>42</sup>.

È, invece, esclusa dall'art. 2112 la cessione di azioni o dell'intero pacchetto azionario atteso che tale cessione non determina la sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità dell'azienda<sup>43</sup>.

Infine, la giurisprudenza sia interna che della Corte di Giustizia ha ritenuto che rientrassero nella nozione di trasferimento anche i casi in cui manca un rapporto contrattuale tra cedente e cessionario ed il trasferimento è conseguenza di un atto unilaterale quale ad esempio una concessione, revoca e/o assegnazione di attività<sup>44</sup>.

##### 5. *La procedura per il trasferimento di azienda*

A partire dal 1990, con l'art. 47 della legge comunitaria 29 dicembre 1990, n. 428 il nostro ordinamento interno, così ottemperando all'indicazione europea, ha previsto, per il solo caso in cui l'impresa cedente occupi più di quindici dipendenti, che il trasferimento debba essere preceduto da una procedura di informazione ed eventuale consultazione del sindacato.

L'informazione ha quali destinatari le RSA o RSU ove costituite ed i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle unità produttive interessate dal trasferimento per tale intendendosi un contratto "normativo" e dunque un contratto che regola in modo organico

<sup>41</sup> Cass. 26 luglio 2011 n. 16255.

<sup>42</sup> Trib. Trieste 20 novembre 2014.

<sup>43</sup> Cass. 12 marzo 2012 n. 6131.

<sup>44</sup> Cass. 31 gennaio 2013 n. 2281; Cass. 15 ottobre 2010 n. 21278; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/01, *Abler*.

i rapporti di lavoro<sup>45</sup>. In assenza di tali soggetti, l'informazione va data ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Come ovvio, la procedura si applica tutte le volte in cui il mutamento di titolarità dell'azienda è effetto di un atto negoziale e, comunque, di un atto volontario mentre laddove il trasferimento sia conseguenza di un provvedimento autoritativo, non può ritenersi sussistente un obbligo in capo al cedente e cessionario, né, quindi, una violazione del dettato normativo<sup>46</sup>.

Il legislatore individua innanzitutto il momento entro il quale la procedura deve essere iniziata, fissandolo in 25 giorni prima "che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia perfezionata un'intesa vincolante tra le parti". Il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali deve quindi avvenire nella fase prodromica alla conclusione di accordo, al fine di consentire al sindacato di svolgere il ruolo di supervisione e tutela degli interessi dei lavoratori in un momento in cui le decisioni che possono avere riflessi sui rapporti di lavoro non sono ancora state prese<sup>47</sup>.

Entro il termine fissato dal legislatore sia il cedente che il cessionario devono comunicare alle rispettive organizzazioni sindacali, oltre alla data del trasferimento, i suoi motivi, le sue conseguenze giuridiche economiche e sociali per i lavoratori e le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori medesimi. Come emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 onerati dell'informazione preventiva sono sia il cedente che il cessionario, cioè sia l'attuale che il futuro titolare dell'azienda interessata dal mutamento, e quindi le parti dei relativi rapporti di lavoro. Precisa, inoltre, la norma che l'obbligo di informazione ed esame congiunto sussiste anche quando il trasferimento sia stato deciso non dal cedente e/o cessionario ma da un'impresa che li controlla.

Il contenuto dell'informazione va interpretato in chiave teleologica: cedente e cessionario sono tenuti a fornire ogni informazione utile a raggiungere lo scopo che il legislatore si prefigge, cioè, come la giurisprudenza ha più volte ricordato<sup>48</sup>, quello di consentire all'organizzazioni sindacali coin-

<sup>45</sup> Cass. 21 ottobre 2015 n. 21430.

<sup>46</sup> Trib. Civitavecchia 11 maggio 2000.

<sup>47</sup> Così CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 514 nonché Pret. Benevento 29.4.1999 ma *contra* LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in SANTORO PASSARELLI, FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*, Ipsoa, 2002.

<sup>48</sup> Cass. 13 febbraio 2013 n. 3537.

volte di accompagnare l'operazione societaria valutandone con piena consapevolezza le ricadute sui rapporti di lavoro, oltre che verificando il rispetto delle tutele previste per i lavoratori coinvolti. Esula, invece, dal ruolo dell'organizzazione il sindacato in merito alle ragioni della scelta organizzativa imprenditoriale così come un potere di veto in ordine alla medesima<sup>49</sup>.

Ricevuta l'informazione il sindacato può, entro il termine di sette giorni, chiedere un esame congiunto cui devono partecipare sia il cedente che il cessionario e che deve comunque esaurirsi nei successivi dieci giorni.

Proprio perché il fine dell'informazione è solo quello di consentire all'organizzazione sindacale di accompagnare il mutamento di titolarità, verificando il corretto rispetto delle norme dettate a tutela dei lavoratori coinvolti, la giurisprudenza ha più volte precisato che il mancato rispetto della procedura prevista, che pure concretizza, ai sensi dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428, l'unica ipotesi tipicizzata di condotta antisindacale<sup>50</sup> non incide sulla validità del negozio traslativo.

Qualora, dunque, cedente e/o cessionario non effettuino la comunicazione iniziale, ovvero non diano corso all'esame congiunto o, ancora, diano delle informazioni incomplete e/o inveritiere essi potranno essere condannati per condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav. Secondo l'opinione prevalente, l'ordine del giudice non potrà incidere sul negozio traslativo della titolarità dell'azienda bensì dovrà limitarsi a sospenderne gli effetti al fine di consentire al sindacato di ricevere le informazioni dovute e procedere, se lo ritiene, ad un completo esame congiunto<sup>51</sup>. Occorre, infine, ricordare che uniche legittimate attive a far valere la violazione della procedura di cui all'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 sono le organizzazioni sindacali destinatarie del diritto di informazione. La giurisprudenza esclude, invece, che il singolo lavo-

<sup>49</sup> Sulla funzione della comunicazione cfr. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, 1999; PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *LRI*, 1992, p. 549; ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Comm. Schlesinger* nonché ancora Cass. 13 febbraio 2013 n. 3537.

<sup>50</sup> L'art. 47 co. 3 prevede infatti che "Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

<sup>51</sup> TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *LI*, 1991, p. 13; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *LRI*, 1992; in giurisprudenza Cass. 8 giugno 2009, n. 13171; Trib. Arezzo 5 agosto 2008; Trib. Roma 29 dicembre 2005.

ratore abbia titolo per far valere il non corretto adempimento dell'obbligo di informazione e consultazione<sup>52</sup>.

#### 6. *Le conseguenze del trasferimento sui rapporti di lavoro coinvolti*

Come la rubrica della norma dice chiaramente, finalità della stessa è il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda. A tal fine il legislatore predispose un articolato apparato di tutele che da una parte tendono a rendere il rapporto di lavoro quanto più possibile impermeabile alle vicende societarie e, dall'altra, lo rafforzano attraverso la previsione di una serie di garanzie del credito aggiuntive rispetto a quelle di cui godono i lavoratori in via ordinaria. Occorre, però, evidenziare che il sistema di garanzie approntato dal legislatore si arresta di fronte alla libertà di iniziativa economica del cedente. Non è dunque, possibile né sindacare il merito della decisione di cedere la titolarità dell'azienda, purché essa sia effettiva, né la scelta del cessionario<sup>53</sup>. Il cedente, dunque, non risponde di *culpa in eligendo* qualora il cessionario si sia poi rivelato un soggetto incapace di proseguire nell'attività in cui è subentrato<sup>54</sup>. Quanto ai lavoratori destinatari della tutela legale, il tenore del comma 1 dell'art. 2112 c.c., laddove si riferisce al rapporto che continua con il cessionario, dà la chiara indicazione che destinatari delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. sono i lavoratori che passano unitamente all'azienda ceduta. Se si considera altresì che, come si vedrà, ai sensi del comma 4 il trasferimento di azienda non costituisce motivo di licenziamento, la ovvia conclusione è che tutti coloro che appartengono all'azienda, o parte di essa, ceduta, passano al cessionario e dunque rientrano sotto l'ombrello di garanzie previste dall'art. 2112 c.c.<sup>55</sup> Nei fatti l'identificazione dei lavoratori coinvolti dal trasferimento è tuttavia meno lineare di quello che sembra. Certamente, condizione perché il lavoratore possa vantare un diritto di tutela ex art. 2112 c.c. è che il suo rapporto di lavoro con il cedente sia ancora in atto al momento del trasferimento<sup>56</sup>. A tale ipotesi è equiparata quella in cui il rapporto

<sup>52</sup> Cass. 13 novembre 2009 n. 24093.

<sup>53</sup> Cass. 22 aprile 2014 n. 9090 nonché Cass. 26 gennaio 2012 n. 1085.

<sup>54</sup> Cass. 20 marzo 2013 n. 6969.

<sup>55</sup> Cass. 11 febbraio 2016 n. 2747.

<sup>56</sup> App. Roma 29 ottobre 2005.

è cessato a seguito di un licenziamento regolarmente impugnato e soggetto a tutela reintegratoria: il cessionario, infatti, subentra nel rapporto ricostituito dal giudice a seguito di sentenza di reintegra<sup>57</sup>. Secondo la giurisprudenza, inoltre, la sussistenza del rapporto utile per legittimare il lavoratore a pretendere le garanzie di cui all'art. 2112 c.c. può anche derivare dalla nullità del termine apposto al contratto di lavoro<sup>58</sup>. Da ultimo, occorre ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia è lavoratore ai sensi e per gli effetti di cui alla direttiva 2001/23/CE colui che è stabilmente assegnato ad un soggetto che ne usa le prestazioni, a prescindere dall'esistenza di un vincolo contrattuale tra le parti<sup>59</sup>. Secondo questa interpretazione, che riflette ancora una volta la già sottolineata opzione centripeta del giudice europeo, dunque, la platea dei destinatari delle tutele è più ampia della cerchia di coloro che sono legati da un rapporto di dipendenza diretta dal cedente, valendo ai fini della identificazione del lavoratore protetto anche l'esistenza di un rapporto di fatto stabilmente riconducibile al cedente. Quanto alla tutele, innanzitutto il legislatore si preoccupa di disciplinare le sorti del rapporto di lavoro da una parte prevedendo, al comma 1 dell'art. 2112 c.c., che "il rapporto di lavoro continua con il cessionario" e dall'altra specificando al comma 4 dello stesso articolo che "il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento". Le richiamate previsioni legislative sono suscettibili di una lettura bidirezionale: se da una parte il trasferimento non crea una sorta di periodo di irrecedibilità (previsto, invece, in alcune situazioni soggettive del lavoratore), dall'altra il legislatore dice espressamente che l'eventuale recesso deve avere una ragione giustificatrice altra rispetto al trasferimento<sup>60</sup>. Così, ad esempio, il cessionario può procedere al licenziamento del lavoratore ceduto nei confronti del quale il cedente abbia iniziato una procedura disciplinare per gravi fatti verificatisi quando ancora era alle sue dipendenze<sup>61</sup>. In assenza, invece, di una ragione giustificatrice autonoma rispetto alla vicenda traslativa, il lavoratore licenziato potrà adire il Tribunale, nel rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 32 L. 183/10, chiedendo

<sup>57</sup> Cass. 11 febbraio 2016 n. 2747.

<sup>58</sup> Trib. Firenze, 13 novembre 2013 in *ADL*, 2014, p. 765.

<sup>59</sup> C. Giust. 21 ottobre 2010, C-242/09, *Heineken* a proposito di un lavoratore distaccato da un'impresa ad un'altra appartenente allo stesso gruppo, che ha poi ceduto l'attività ad un'impresa esterna al gruppo medesimo.

<sup>60</sup> Cass. 11 giugno 2008 n. 15495 nonché Cass. 16 maggio 2006 n. 11424.

<sup>61</sup> Cass. 27 settembre 2007 n. 20221.

l'accertamento della continuazione del rapporto in capo al cessionario<sup>62</sup>. Ulteriore corollario del principio di necessaria continuità dei rapporti di lavoro dei dipendenti ceduti, sancito dai comma 1 e 4, è il fatto che il cessionario non potrà godere degli sgravi e/o dei benefici contributivi connessi alle nuove assunzioni laddove esse riguardino lavoratori che avrebbero dovuto passare *ex lege* alle dipendenze del cessionario<sup>63</sup>.

### 7. Il rilievo della volontà delle parti

Tangenziale rispetto al tema della continuazione del rapporto con il cessionario è la problematica che riguarda il rilievo della volontà delle parti. Ci si chiede, cioè, se il passaggio dei lavoratori coinvolti dall'operazione societaria sia automatico, e dunque prescindendo dalla volontà non solo del cedente e cessionario ma anche degli stessi lavoratori, ovvero se essi abbiano il diritto di opporsi al passaggio ed in questo caso con quali conseguenze. La formulazione "secca" dell'art. 2112 comma 1 non pare lasciare adito a dubbi, prevedendo la continuazione *ope legis* del rapporto di lavoro con il cessionario. Proprio la scarsa previsione legislativa ha però autorizzato alcuni tentativi di valorizzare la volontà del singolo. Occorre subito rilevare che la problematica non è stata approfondita dal lato del datore di lavoro, in merito al quale è sostanzialmente pacifica l'opinione per cui il passaggio automatico è per il cessionario un effetto indisponibile della norma codicistica, mentre il cedente sarebbe libero di concordare con i singoli lavoratori il loro mantenimento presso l'azienda cedente<sup>64</sup>. Essa, invero, si propone sul versante del rilievo della volontà del singolo lavoratore, specialmente nei casi in cui è in discussione una cessione solo parziale dell'azienda. Al proposito, la dottrina si è divisa tra chi ritiene che, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1406 c.c., il singolo lavoratore può rifiutare il consenso al trasferimento e chi, invece, ritiene che la disposizione di cui all'art. 2112 c.c. sia speciale rispetto alla regola generale del codice civile e quindi imponga il passaggio a prescindere e quindi anche contro la volontà del singolo<sup>65</sup>. Iniziando dal-

<sup>62</sup> Trib. Firenze, 7 ottobre 2014.

<sup>63</sup> Cass. 9 settembre 2015 n. 17838; Cass. 30 dicembre 2011 n. 30664.

<sup>64</sup> SPEZIALE, *op. cit.*

<sup>65</sup> Per una rassegna delle diverse posizioni in dottrina sia consentito rinviare a PACCHIANA PARRAVICINI, *Trasferimento di azienda dissenso individuale: la modifica del 4° comma dell'art. 2112 c.c.*,

l'esame delle fonti occorre rilevare che la direttiva comunitaria lascia sul punto autonomia di scelta agli stati membri i quali sono liberi di decidere se e con quali modalità dare rilievo all'eventuale dissenso del lavoratore<sup>66</sup>. Dal canto suo il legislatore italiano, dopo aver sancito la continuità del rapporto ed il fatto che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento, ha altresì previsto che "il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma". Secondo una dottrina<sup>67</sup> la previsione normativa interna, che non contiene un espresso riferimento al rilievo del dissenso individuale, lascia un inammissibile vuoto normativo che deve essere colmato ricorrendo ad un'interpretazione adeguatrice della norma. In particolare la predetta dottrina suggerisce di dare comunque rilievo al dissenso del lavoratore, consentendogli di opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario e così rimanere presso il cedente. Altra dottrina, valorizzando la previsione di cui al già citato art. 2112 comma 5, ritiene, invece, che il lavoratore dissenziente non abbia altra facoltà se non quella di recedere dal rapporto. Secondo quest'ultima tesi, invero, la previsione legislativa per cui le dimissioni rese entro i tre mesi dal trasferimento possono essere rassegnate per giusta causa solo se vi è stato un cambiamento sostanziale delle condizioni del lavoratore, dimostra che per il nostro ordinamento non solo il dissenso del lavoratore è influente al fine di impedire il passaggio alle dipendenze del cessionario ma esso di per sé non configura neppure una giusta causa di dimissioni. La tesi del passaggio *ope legis* alle dipendenze del cessionario è fatta propria anche dalla giurisprudenza maggioritaria che, dopo aver ricordato che le conseguenze del trasferimento di azienda sono disciplinate dallo stesso art. 2112 c.c. e dunque aver escluso che a quella fattispecie sia applicabile la regola generale dettata dall'art. 1406 c.c. in tema di consenso del contraente ceduto, ha precisato che "tale peculiarità non comporta un processo di c.d. reificazione delle attività lavorative (e della persona del lavoratore cui ineriscono) – come effetto della assoluta irrilevanza del suo consenso nella vi-

in TOSI (a cura di), *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*, in *NLCC*, 2002, p. 1283.

<sup>66</sup> C. Giust. 16 dicembre 1992, C-132/91, *Katzikas*. In dottrina da ultimo ALES, *Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*, di prossima pubblicazione in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

<sup>67</sup> SPEZIALE, *op. cit.*, p. 42 e SCARPELLI, *op. cit.*, p. 351.

cenda traslativa – risultando, al contrario, dall’assenza di soluzione di continuità prevista dall’art. 2112 c.c., tutelato il diritto del lavoratore all’esercizio della propria professionalità nonostante le vicende traslative che involgono i beni cui la stessa è connessa”<sup>68</sup>. Peraltro, come si è già sottolineato in apertura, la giurisprudenza compensa il fatto di non ritenere rilevante il dissenso del lavoratore arretrando il momento di tutela della sua posizione rispetto alla decisione organizzativa del datore a quello della verifica della sussistenza della fattispecie. La giurisprudenza ha in proposito sottolineato che è onere del datore di lavoro che si vuole avvalere degli effetti previsti dall’art. 2112 c.c. – e quindi della disciplina speciale del passaggio automatico dei lavoratori in deroga al principio generale del consenso necessario ex art. 1406 c.c. – dimostrare che si è in presenza di un trasferimento di azienda o di ramo<sup>69</sup>. Alla mancata prova della sussistenza della fattispecie speciale consegue, come è ovvio, il riespandersi della regola generale del consenso.

#### 8. *La responsabilità solidale*

Alla garanzia della continuità del rapporto l’art. 2112 c.c. affianca una particolare tutela dei crediti dei lavoratori ceduti nei confronti dei quali cedente e cessionario sono tenuti a rispondere in solido per i debiti sorti prima del trasferimento. Si tratta di una tutela che si aggiunge a quella ordinaria dei crediti dei lavoratori e che prescinde dal fatto che il cessionario sia o meno a conoscenza dell’esistenza dei crediti medesimi. Come si è già ricordato quando si è parlato dei lavoratori coinvolti nella disciplina di cui all’art. 2112 c.c., il regime di responsabilità solidale ha quale presupposto che il rapporto di lavoro sia vigente al momento del mutamento della titolarità dell’azienda. Sono, dunque, esclusi da tale garanzia i lavoratori del cedente che non siano transitati alle dipendenze del cessionario e/o coloro il cui rapporto si sia definitivamente concluso prima del trasferimento<sup>70</sup>. Quanto ai crediti di cui risponde solidalmente il cessionario, vi rientrano, oltre a quelli che hanno ad oggetto il trattamento retributivo diretto e/o indiretto nonché la quota di TFR maturata presso il cedente<sup>71</sup>, anche quelli meramente risarci-

<sup>68</sup> Cass. 3 luglio 2004 n. 14670; conf., tra le tante, Cass. 14 novembre 2011 n. 23808.

<sup>69</sup> Cass. 6 marzo 2015 n. 4601 e Cass. 9 aprile 2015 n. 7144.

<sup>70</sup> Cass. 6 marzo 2015 n. 4598.

<sup>71</sup> Cass. 8 gennaio 2016 n. 164.

tori<sup>72</sup>. Infine, occorre ricordare che l'art. 2112 ultimo comma consente al lavoratore di liberare il (solo) cedente dalla responsabilità solidale con il cessionario. La volontà liberatoria del lavoratore deve essere espressa in una delle sedi protette individuate dall'art. 2113 c.c.

### 9. *Trasferimento d'azienda e contratto collettivo*

La dichiarata finalità del comma 1 dell'art. 2112 c.c. di rendere i rapporti di lavoro coinvolti nel trasferimento insensibili al mutamento stesso trova una parziale eccezione nella disciplina dettata dal novellato comma 3 dell'art. 2112 c.c. a proposito della fonte collettiva. La norma, infatti, prevede la sostituzione automatica dei contratti del cessionario con quelli, di pari livello, del cedente. La possibilità, del tutto legittima, che il cessionario applichi ai lavoratori trasferiti un contratto collettivo diverso da quello del cedente, che viene così sostituito, porta però ad escludere che il trasferimento sia del tutto neutro per i lavoratori coinvolti, potendo la modifica del contratto applicato avere ripercussioni anche significative sulla disciplina dei rapporti individuali. Si crea, così, un'apparente antinomia tra il comma 1 dell'art. 2112 c.c. che dispone la conservazione di tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro ed il successivo comma 3. L'antinomia appare ancora più evidente se si considera che, come la giurisprudenza ha più volte ricordato, la sostituzione del contratto collettivo di pari livello del cessionario a quello del cedente avviene a prescindere dalle condizioni contenute nei due accordi e dunque anche se la disciplina negoziale applicata dal cessionario è più sfavorevole rispetto a quella adottata dal cedente<sup>73</sup>. In realtà, se si considera che i diritti dei lavoratori che sono intoccabili sono, oltre a quelli già maturati e quindi acquisiti al patrimonio individuale, quelli che trovano la propria fonte nel contratto individuale di lavoro, trattandosi di fonte che resta impermeabile alla vicenda circolatoria, mentre non sono garantite le mere aspettative e dunque la maturazione ed il godimento di quei diritti che hanno una fonte esterna rispetto al contratto individuale ed in quanto tali sono soggetti alle conseguenze che derivano dal mutamento della fonte, l'apparente antinomia trova una composizione. A ciò si aggiunga che secondo la giurisprudenza della Corte di

<sup>72</sup> Pret. Milano 9 febbraio 1996.

<sup>73</sup> Cass. 29 settembre 2015 n. 19303; Cass. 7 aprile 2015 n. 6943.

giustizia, la modifica delle condizioni contrattuali trova un limite in quei trattamenti retributivi che derivano dall'anzianità di servizio del lavoratore<sup>74</sup>. Infine, occorre altresì ricordare che una giurisprudenza di merito ha tentato di arginare le conseguenze derivanti dalla sostituzione automatica del contratto chiarendo che l'efficacia modificativa vale solo per il futuro e non può avere effetto retroattivo<sup>75</sup>.

#### 10. *Il trasferimento d'azienda ed il diritto del lavoro che cambia*

La sintetica disamina della disciplina del trasferimento d'azienda non può terminare senza una breve riflessione in ordine alle ricadute che le nuove regole in tema di rapporto di lavoro hanno sulla materia. Innanzitutto si può affermare pacificamente che il principio di continuità di cui al comma 1 dell'art. 2112 c.c. e la conseguente conservazione dell'anzianità di servizio pregressa, comportano che il momento utile per valutare la data di assunzione di quei lavoratori decorre dall'inizio del rapporto con il cedente e non, invece, dal passaggio al cessionario. Si nota, qui, la differenza rispetto al contratto di appalto per il quale, invece, il legislatore si è fatto carico di dettare, all'art. 7 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, una norma specifica in tema di anzianità aziendale. Non configurando l'appalto un'ipotesi di trasferimento d'azienda, in mancanza di previsione specifica, al cambio di appalto il lavoratore avrebbe perso, infatti, la sua anzianità. Più problematica appare, invece, la questione legata al divieto di licenziamento di cui al comma 4 dell'art. 2112 c.c. ed alle conseguenze della sua violazione. Al proposito si può agevolmente affermare che per quei rapporti ancora soggetti al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 comma 6 legge 20 maggio 1970 n. 300 come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92, un licenziamento motivato dal trasferimento di azienda risulterebbe manifestamente infondato e come tale soggetto alla tutela reintegratoria con conseguente passaggio alle dipendenze del cessionario. La questione si presenta, invece, problematica per quegli eventuali licenziamenti per motivo economico intimati a lavoratori soggetti alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti per i quali, come è noto, è esclusa la sanzione reintegratoria. In

<sup>74</sup> C. Giust. 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon*.

<sup>75</sup> Trib. Brescia 23 luglio 2015.

queste ipotesi il principio di continuità del rapporto espresso al comma 1 dell'art. 2112 c.c., di cui la previsione di ingiustificatezza del licenziamento di cui al comma 4 della stessa norma codicistica appare un corollario, rischia di vedersi disinnescato dal fatto che quel licenziamento, per quanto ingiustificato, è soggetto solo ad una tutela indennitaria. In altre parole, il cedente ed il cessionario potrebbero sempre evitare il passaggio dei lavoratori ceduti alle dipendenze del secondo, semplicemente concordandone il licenziamento ad opera del cedente. Questa possibilità induce a riflettere sulla portata dei commi 1 e 4 dell'art. 2112 c.c. e sulle conseguenze della loro violazione. In altre parole, se in vigenza del regime sanzionatorio dell'art. 18 Stat. Lav. vecchia formulazione, appariva di fatto irrilevante chiedersi quale invalidità vi ziasse il licenziamento intimato in ragione del trasferimento, atteso che le conseguenze dei possibili vizi erano sempre le stesse, la mutata disciplina sanzionatoria del licenziamento, articolata in base al tipo di vizio e che esclude la tutela reintegratoria avverso il licenziamento economico intimato ad un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015, possono autorizzare una nuova prospettiva dalla quale valutare quel recesso. Prima ancora che ingiustificato ci si può chiedere se esso possa apparire nullo per violazione della norma imperativa, di derivazione unieuropea, che impone la conservazione del rapporto.

**Key words**

Trasferimento azienda, contratto collettivo, rapporto lavoro.

Transfers undertaking, collective bargaining, working relation.

## Mariachiara Mercurio

### Il licenziamento per motivi economici in Francia

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Motivi di licenziamento tradizionali, nuovi dettagli. **3.** I motivi di origine pretoria oggi codificati. **4.** Il carattere “reale e non pretestuoso” del licenziamento. **5.** Il controllo esterno operato dal giudice e i suoi limiti. **6.** Accordi collettivi e licenziamento secondario. **7.** Nuove forme di accordi “offensivi”.

#### I. *Premessa*

La disciplina del licenziamento costituisce nello stesso tempo il fondamento e la massima espressione del diritto del lavoro<sup>1</sup> e le sue recenti evoluzioni, in Europa, sollecitano nuove riflessioni sugli orizzonti che si delineano per l'intera materia<sup>2</sup>.

Una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina del licenziamento per motivi economici in Francia, operata mediante un'analisi critica delle sue caratteristiche essenziali e dei suoi recenti sviluppi, ci permetterà dunque di delineare le grandi trasformazioni che il diritto del lavoro francese sta conoscendo negli ultimi anni.

La recente riforma El Khomri<sup>3</sup>, intervenuta in Francia nell'agosto 2016, introduce delle modifiche sostanziali – più o meno esplicite – alla nozione di licenziamento per motivi economici, le quali potranno essere comprese soltanto attraverso un'analisi della struttura complessa che carat-

<sup>1</sup> COUTURIER, *Quel avenir pour le droit de licenciement? Perspectives d'une régulation européenne*, in *DS*, 1997, p.75 ss.

<sup>2</sup> LAULOM, *La fragilisation du licenciement: approche comparée*, in *DS*, 2016, p. 499 ss.

<sup>3</sup> L. 8 agosto 2016, n. 1088 “ *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* ”, detta “ *Loi Travail* ”.

terizza questo istituto nel diritto francese: perché il licenziamento per motivi economici possa configurarsi, è indispensabile ricondurlo ad una “causa economica” (*motif économique*) – di carattere “reale e non pretestuoso” (*cause réelle et sérieuse*) tale da produrre degli effetti concreti sul rapporto di lavoro, i quali costituiranno la causa materiale (*cause matérielle*) del licenziamento.

Il motivo economico *stricto sensu* costituirà quindi la causa qualificativa del licenziamento, il comprovato carattere “reale e non pretestuoso” costituirà la sua causa giustificativa e l’evento concreto che determinerà il licenziamento sarà la sua causa materiale.

È bene precisare che, in diritto francese, la causa materiale del licenziamento non è necessariamente costituita dalla soppressione o dalla radicale trasformazione del posto di lavoro ma, come vedremo, può anche conseguire al rifiuto da parte del dipendente di una modifica del suo contratto individuale determinata da ragioni economiche o gestionali. Il licenziamento sarà da considerarsi in questo caso “secondario” in quanto conseguente all’impossibilità, per il datore di lavoro, di attuare la misura da lui originariamente prevista (ovvero la modifica del contratto di lavoro) a causa del rifiuto del dipendente.

Poiché in Francia la giurisprudenza ha tradizionalmente avuto un ruolo centrale nello sviluppo della disciplina del licenziamento per motivi economici e nella definizione dei suoi limiti, l’analisi delle sue tre (con)cause sarà costantemente accompagnata da una ricostruzione del controllo esercitato dal giudice sulla loro sussistenza e rilevanza.

Questo lavoro, nel quale saranno approfonditi gli aspetti più significativi inerenti alla causa qualificativa (pp. 2 e 3), i poteri di controllo del giudice (pp. 4 e 5) e i meccanismi tipici del licenziamento secondario (pp. 6 e 7), ci permetterà di illustrare in che misura e con quali artifici, la legge El Khomri, per rendere più agevoli e sicure le operazioni di riduzione del personale, riduce considerevolmente i poteri del giudice e le tutele tradizionalmente previste in materia di licenziamento per motivi economici.

## 2. *Motivi di licenziamento tradizionali, nuovi dettagli*

L’articolo L. 1233-3 del codice del lavoro francese definisce il licenziamento per motivi economici come il provvedimento posto in essere da un

datore di lavoro per “uno o più motivi non inerenti alla persona del dipendente”<sup>4</sup>.

Prima dell’ultimo intervento legislativo operato dalla legge El Khomri dell’8 agosto 2016, il detto articolo indicava come motivi tipici – ma non tassativi – di licenziamento le gravi “difficoltà economiche” aziendali (*difficultés économiques*) e le “grandi mutazioni dovute al progresso tecnologico” (*mutations technologiques*).

Dal momento che tali motivi non sono mai stati esplicitamente definiti dal legislatore, la loro portata è stata chiarita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione la quale, negli anni, ha delineato gli aspetti essenziali delle due fattispecie.

In materia di “difficoltà economiche”, la giurisprudenza ha tradizionalmente affermato che queste consistono generalmente con difficoltà commerciali – quali una diminuzione importante dell’attività – o con gravi perdite finanziarie o contabili<sup>5</sup>. Le dette difficoltà, che per essere idonee a giustificare una o più soppressioni del posto di lavoro, devono essere reali, importanti e durature<sup>6</sup>, sono analizzate a livello aziendale qualora la struttura interessata non faccia parte di un gruppo; in caso contrario, esse “sono valutate con riguardo al settore di attività del gruppo al quale appartiene l’azienda”, tenendo conto dei risultati da questo raggiunti (anche) al di fuori del territorio nazionale<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> In questo senso il diritto francese si rivela più restrittivo del diritto italiano perché definisce in maniera più precisa i motivi oggettivi sulla base dei quali il licenziamento può essere posto in essere. Sul punto v. DALMASSO, *Essai sur le concept de licenciement économique: étude comparée des droits français et italien*, LGDJ, 2009.

<sup>5</sup> Sulla definizione delle difficoltà commerciali v. *ex plurimis*, Cass. Soc. 3 maggio 1994, n. 92-44.421; Cass. Soc. 11 luglio 1994, n. 93-40.506; sulla diminuzione dell’attività v. *ex plurimis* Cass. Soc. 12 dic. 1991, n. 90-45.847; Cass. Soc. 6 luglio 1994, n. 93-40.497; sulle perdite finanziarie e contabili v. *ex plurimis* Cass. Soc. 10 luglio 1991, n. 89-44.792; Cass. Soc. 26 gen. 1994, n. 92-40.252.

<sup>6</sup> Su queste nozioni v. Cass. Soc. 9 marzo 1994, n. 92-41.562; Cass. Soc. 3 maggio 1994, n. 92-45.174; Cass. Soc. 26 oct. 2004, n. 02-42.996.

<sup>7</sup> È bene precisare che il progetto di legge El Khomri prevedeva una restrizione del perimetro di valutazione delle “difficoltà economiche” all’azienda o al gruppo la cui attività fosse esercitata sul suolo francese. Una tale opzione, che non è stata adottata nella versione finale del testo, avrebbe permesso a molti gruppi internazionali, la cui situazione economica fosse stata florida in altri paesi ma incerta in Francia, di procedere al licenziamento dei dipendenti delle filiali francesi sulla base di un motivo economico “relativo”; sul punto v. GADRAT, *Les périmètres du groupe en droit du licenciement pour motif économique*, in *DS*, 2017, p. 221 ss.

Prima della riforma intervenuta nello scorso agosto, data l'assenza di dettagli normativi in materia, il giudice era libero di verificare l'entità delle "difficoltà economiche" invocate a sostegno del licenziamento, sulla base di un'analisi della situazione aziendale esistente alla data della notifica del licenziamento<sup>8</sup>.

Così, ad esempio, la realizzazione di un profitto non particolarmente elevato nel corso dei due esercizi precedenti o un suo decremento in questo stesso lasso di tempo, non erano considerati dalla giurisprudenza elementi sufficienti a caratterizzare "la realtà" delle difficoltà economiche<sup>9</sup>.

Oggi, il novellato articolo L. 1233-3, pur continuando a prevedere una lista non tassativa, fornisce ulteriori dettagli sulle "difficoltà economiche" idonee a giustificare il licenziamento: queste devono "essere caratterizzate o dall'evoluzione significativa di uno degli indicatori economici quali un decremento degli ordini o dei profitti, gravi perdite economiche ("*pertes d'exercice*") , perdite di capitale ("*dégradation de la trésorerie*") o da qualunque altro elemento atto a giustificare tali difficoltà".

Il legislatore del 2016 precisa altresì nello stesso articolo che "un decremento significativo degli ordini o dei profitti è da considerarsi reale quando la durata di questo – (calcolato) rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente – è almeno uguale a: i) un trimestre per un'azienda di meno di 11 dipendenti ; ii) due trimestri consecutivi per un'azienda di almeno 11 dipendenti e meno di 50 ; iii) tre semestri consecutivi per un'azienda di almeno 50 dipendenti e di meno di 300 ; vi) quattro semestri consecutivi per un'azienda di più di 300 dipendenti".

In questo modo, l'ultima riforma, introducendo dettagli che sembrano riguardare esclusivamente la causa qualificativa del licenziamento (ovvero le "difficoltà economiche" invocabili dal datore di lavoro), compromette notevolmente l'operato del giudice: egli, dovendosi attenere ai nuovi parametri, avrà una capacità estremamente ridotta di verificare la "realtà e non pretestuosità" del motivo economico e quindi di accertare la sussistenza di una causa giustificativa<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Tale analisi poteva essere arricchita con elementi ad essa posteriori ad essa; sul punto v. GÉA, *Le moment de l'appréciation judiciaire de la légitimité du licenciement économique*, in *RDT*, 2010, p. 327 ss.

<sup>9</sup> *Ex plurimis* v. Cass. Soc. 8 nov. 2006, in *RJS*, 2007, n. 28

<sup>10</sup> TARASEWICZ, COULOMBEL, SACHS, *Les juges doivent-ils se plier devant la définition comptable du motif économique de licenciement ?* in *RDT*, 2016, p. 662 ss.

Il secondo tradizionale motivo economico di licenziamento nel diritto francese<sup>11</sup> consiste nei “cambiamenti dovuti al progresso tecnologico”<sup>12</sup>. Anche in questo caso, data l’assenza di dettagli normativi sulla natura dei cambiamenti idonei a legittimare il licenziamento per motivi economici, il giudice esercita un ruolo fondamentale nella valutazione della loro portata e dunque nel controllo del loro carattere “reale e non pretestuoso”.

Nell’analisi di questo motivo di licenziamento, egli dovrà peraltro tener conto della diligenza con la quale il datore di lavoro ha adempiuto al suo dovere di garantire il “diritto allo sviluppo delle professionalità” dei propri dipendenti, mettendoli nelle condizioni di potersi adattare all’evoluzione delle loro mansioni<sup>13</sup>.

Il previo adempimento di tale obbligo è infatti assolutamente necessario perché il licenziamento per motivo economico – disposto a seguito della comprovata incapacità del dipendente ad adattarsi alle nuove mansioni (e imposte dal progresso tecnologico)<sup>14</sup> – sia fondato su una causa legittima (*cause réelle et sérieuse*).

### 3. *I motivi di origine pretoria oggi codificati*

La legge El Khomri dell’agosto 2016, arricchisce la lista dei motivi economici di licenziamento con due fattispecie – la riorganizzazione aziendale volta a salvaguardare la competitività e la cessazione di attività – già introdotte a partire dagli anni ’90 dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

<sup>11</sup> *Ex plurimis* v. Cass. Soc. 15 marzo 2012, in *RJS*, 2012, n. 532.

<sup>12</sup> L’introduzione di nuove tecnologie in azienda, infatti, può costituire un motivo economico autonomo di licenziamento anche in assenza di difficoltà economiche o di una minaccia gravante sulla competitività della stessa azienda; sul punto v. *ex plurimis* Cass. Soc. 9 ottobre 2002, in *RJS*, 2002, n. 1373.

<sup>13</sup> In effetti l’articolo L. 1233-4 del codice del lavoro francese precisa che “il licenziamento per motivo economico di un dipendente non può intervenire se non a condizione che tutti i percorsi di formazione e di adeguamento delle sue professionalità siano stati posti in essere [...]”.

<sup>14</sup> Così, secondo costante giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, il licenziamento di un dipendente, le cui mansioni sono state modificate in ragione del progresso tecnologico perseguito dall’azienda, sarà da considerarsi legittimo soltanto qualora egli non abbia saputo adattarsi alle nuove esigenze di quest’ultima né ad altre mansioni che gli sono state eventualmente proposte; *ex plurimis* v. Cass. Soc. 15 ottobre 1992, in *Bull. Civ.* 1992, V, n. 513.

La necessità di salvaguardare la competitività dell'azienda è una causa di licenziamento economico che trova la sua origine in una nota sentenza della Corte di Cassazione del 1992<sup>15</sup> secondo la quale: “A condizione di essere decisa nell’interesse dell’azienda, una riorganizzazione di questa può costituire un motivo economico di soppressione o trasformazione dei posti di lavoro o di una modifica sostanziale del contratto di lavoro”<sup>16</sup>.

In linea generale, una riorganizzazione finalizzata alla salvaguardia della competitività dell’azienda può consistere nell’adattare la gestione del lavoro ai diversi volumi di attività e di produzione, nell’allineare le condizioni di lavoro su quelle praticate dai concorrenti, nell’armonizzare le condizioni di lavoro e di remunerazione (qualora delle disparità causino dei costi aggiuntivi), nel migliorare la qualità dei prodotti, nell’abbandonare la produzione di quelli che non sono più vendibili, nel delocalizzare l’attività per ridurne i costi e via dicendo<sup>17</sup>.

Spetterà al datore di lavoro produrre gli elementi di informazione che possano permettere al giudice di conoscere la situazione finanziaria dell’azienda o del gruppo e di verificare il nesso di causalità tra le comprovate necessità di salvaguardia della competitività e la riorganizzazione aziendale<sup>18</sup>.

Nelle celebri sentenze “*Pages Jaunes*”<sup>19</sup>, la Corte di Cassazione francese, rifacendosi a nota giurisprudenza costituzionale<sup>20</sup>, ha riconosciuto al datore

<sup>15</sup> Cass. Soc. 1 aprile 1992, in *Bull. civ.*, V, n. 223 ; sul punto v. BOUBLI, *La sauvegarde de la compétitivité de l’entreprise*, in *DS*, 2004, p. 1094 ss.

<sup>16</sup> Ove per interesse dell’azienda deve intendersi la necessità di prevenire eventuali crisi economiche che, qualora non evitate, potrebbero avere in futuro conseguenze ancora più gravi sull’impiego.

<sup>17</sup> In dottrina WAQUET, *Le licenciement pour motif économique dans le cas d’une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité d’une entreprise*, in *RDT*, 2006, p. 102 ss; con riferimento al gruppo di imprese v. KELLER, *La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l’entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique*, in *DS*, 2006, p. 857 ss.

<sup>18</sup> Con riferimento in particolare al gruppo v. Cass. Soc. 10 dicembre 2003, in *RJS*, 2004, n. 187; Cass. Soc. 14 gennaio 2004, in *RJS*, 2004, n. 298; Cass. Soc. 22 gennaio 2008, in *RJS*, 2008, n. 256; sul punto v. G. LYON-CAEN, *Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux*, in *DS*, 1995, p. 489 ss.

<sup>19</sup> COUTURIER, *Le licenciement de compétitivité. Observations sur les arrêts « Pages Jaunes »*, du 11 janvier 2006, in *Sem. Soc. Lamy*, 23 genn. 2006, n. 1245.

<sup>20</sup> Cons. Cost. 12 genn. 2002, n. 2001-4555, considerando da 48 a 50: In precedenza, il Consiglio Costituzionale aveva infatti annullato alcune disposizioni della legge del 17 gennaio 2002 sulla “modernizzazione sociale” (L. 17 gennaio 2002 n. 73) poiché queste restringevano il campo della legittimità dei licenziamenti per motivi economici alle sole ipotesi in cui la sussistenza stessa dell’attività fosse in pericolo: secondo il Consiglio, il fatto di impedire all’azienda

di lavoro ampi margini di manovra nella riorganizzazione della propria azienda “a scopi preventivi” affermando che una riorganizzazione può costituire un motivo economico autonomo di licenziamento qualora sia volta a salvaguardare la competitività dell’azienda o del settore di attività a cui questa appartiene e quindi a prevenire delle “difficoltà economiche” future (senza che sia necessario che la loro sussistenza venga riscontrata alla data del licenziamento).

Il secondo motivo economico di origine pretoria, recentemente iscritto all’articolo L.1233-3 del codice del lavoro, consiste, come abbiamo detto, nella cessazione di attività dell’azienda.

Tale motivo fu introdotto da una famosa decisione del 2001<sup>21</sup>, in cui la Corte di Cassazione affermò che la cessazione di attività dell’azienda, se non dovuta alla colpa del datore di lavoro o alla sua “grave responsabilità” (*légèreté blâmable*), costituisce un motivo economico autonomo di licenziamento.

Data la varietà delle ragioni e delle modalità in cui può declinarsi una cessazione di attività, la legge e la giurisprudenza hanno posto diversi limiti al riconoscimento della sua idoneità a costituire un motivo legittimo di licenziamento.

Dal punto di vista legale, l’articolo L.1224-1 del codice del lavoro francese, prevedendo il trasferimento “automatico” dei contratti di lavoro in caso di cessione di un ramo d’azienda, esclude che la cessazione di un’attività a questa dovuta costituisca un motivo economico autonomo di licenziamento<sup>22</sup>.

In giurisprudenza è stato poi precisato che la cessazione di attività, per essere idonea a giustificare uno o più licenziamenti, deve riguardare l’azienda nella sua totalità<sup>23</sup>. In questo ambito, la Corte di Cassazione ha addirittura esteso il suo apprezzamento alla situazione globale del gruppo affermando, ad esempio, che nel caso in cui due o più aziende appartenenti allo stesso

– la cui situazione non fosse ancora connotata da “gravi difficoltà”– di prevedere le difficoltà economiche e di prevenirle, violava manifestamente il principio di libera iniziativa economica.

<sup>21</sup> Cass. Soc. 16 gen. 2001, in *Bull. Civ.* 2001, V, n. 10; sul punto v. SAVATIER, *La cessation d’activité de l’entreprise, motif économique de licenciement*, in *DS*, 2001, p. 413 ss.

<sup>22</sup> Cass. Soc. 10 luglio 2002, in *RJS*, 2002, n. 1100; sul trasferimento ex L.1224-1 vedi MAZEAUD, *L’affectation des salariés pour partie à l’entité transférée*, in *DS* 2009, p. 265 ss.

<sup>23</sup> Così, una cessazione parziale dell’attività dell’azienda non giustifica il licenziamento se non in caso di difficoltà economiche, mutazioni tecnologiche o riorganizzazione dell’azienda necessaria alla salvaguardia della sua competitività: Cass. Soc. 29 aprile 2009, n. 07-44. 306.

gruppo, interagiscano (nell'esercizio della loro attività) in maniera tanto consistente da risultare co-datori di lavoro di uno o più dipendenti<sup>24</sup>, la scelta fatta dal gruppo di chiudere una filiale al mero fine di migliorare la produttività, renderà il licenziamento illegittimo<sup>25</sup>.

#### 4. Il carattere “reale e non pretestuoso” del motivo di licenziamento

L'ordinamento francese, conformemente a quanto disposto dall'articolo 4 della Convenzione OIL n. 158, impone che, ai fini della legittimità del licenziamento, il motivo economico (*cause qualificative*) sia dotato di un carattere “reale e non pretestuoso” (*cause réelle et sérieuse*)<sup>26</sup> e lascia ai giudici di merito ampi poteri di valutazione di questo secondo aspetto.

È bene precisare sin da ora che l'assenza di una causa “reale e non pretestuosa” del licenziamento incide certamente sulla sua legittimità<sup>27</sup> ma non ha alcun impatto sulla sua qualificazione di licenziamento per motivo economico: il dipendente licenziato potrà in ogni caso beneficiare delle misure di accompagnamento previste, ad esempio, dal piano di licenziamento collettivo o dalle disposizioni legali in materia<sup>28</sup>.

Per essere “reale” la causa deve essere oggettiva e precisa<sup>29</sup> ma anche

<sup>24</sup> In diritto francese si tratta della configurazione del cosiddetto “coemploi”; sul punto v. ANTONMATTÉI, *Groupe de sociétés: la menace du co-employeur se confirme!* in *Sem. Soc. Lamy*, 2011, n. 1484, p. II ss.; VERNAC, *L'avenir sauvegardé du coemploi*, in *RDT*, 2016, p. 560 ss.

<sup>25</sup> Infatti, in presenza di una cessazione totale di attività di un'azienda appartenente ad un gruppo – al quale appartiene un'altra entità avente qualità di co-datore di lavoro – i licenziamenti dovranno essere giustificati da un altro motivo autonomo di licenziamento: Cass. Soc. 18 gennaio 2011, n. 09-69.199; in dottrina v. COUTURIER, *La fermeture d'une filiale: les recours des salariés licenciés*, in *DS* 2011, p. 372 ss.; GÉA, *La cessation d'activité d'une filiale: quel contrôle des licenciements ?* in *RDT*, 2011, p. 168 ss.

<sup>26</sup> V. articoli L. 1233-3 et L.1233-2 del codice del lavoro francese.

<sup>27</sup> Dando luogo al pagamento delle dovute indennità di cui all'articolo L.1235-3 lavoro francese. È bene precisare che la *Loi Macron* (L. 990 del 6 agosto 2015 “pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques”) e la *Loi El Khomri* (L. 2016-1088) hanno in parte riformato il regime di tali indennità; sul punto v. MOULY, *Le plancher d'indemnisation des licenciements peut varier selon les effectifs de l'entreprise*, in *DS*, 2016, p. 1065 ss.

<sup>28</sup> Si pensi al “*congé de reclassement*” di cui all'articolo L. 1233-71 o al “*contrat de sécurisation professionnelle*” di cui all'articolo L. 1233-65 che prevede la possibilità per il lavoratore licenziato di aderire ad un percorso di ritorno all'occupazione, finanziato in maniera congiunta dal datore di lavoro e dai centri per l'impiego.

<sup>29</sup> In occasione dell'introduzione della legge del 1973, durante i dibattiti parlamentari, fu

esistente ed esatta<sup>30</sup>: il giudice dovrà verificare che il motivo addotto dal datore di lavoro sia fondato su dei fatti realmente esistenti e che questo costituisca anche la ragione effettiva sulla quale il licenziamento si fonda<sup>31</sup>.

Il carattere serio, invece, consiste in una gravità del motivo tale da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto di lavoro senza che l'azienda ne sia notevolmente danneggiata: la sua importanza deve dunque essere idonea a giustificare la scelta del datore di lavoro di procedere al licenziamento<sup>32</sup>.

In materia di licenziamento per motivi economici, il controllo operato dal giudice si distingue in controllo interno e controllo esterno.

Per controllo interno si intende la verifica dell'esistenza degli elementi costitutivi del motivo economico e della loro significatività nonché del carattere "reale e non pretestuoso" del motivo stesso<sup>33</sup>. Il controllo esterno, invece, si traduce in un'operazione successiva alla disamina del motivo economico e della sua "realtà e non pretestuosità" e consiste nella valutazione delle scelte di gestione del datore di lavoro o nella verifica della (eventuale) sussistenza di "gravi responsabilità" (o di comportamenti fraudolenti).

L'articolazione tra questi due tipi di controllo è, anche a causa dell'ultima riforma, particolarmente delicata.

Per quanto riguarda il controllo interno rivolto, in particolare, alla valutazione delle "difficoltà economiche", se fino ad oggi i giudici erano liberi di verificare la loro rilevanza esercitando un controllo *ad hoc*<sup>34</sup>, la legge El Khomri, sostituendo la capacità discrezionale del giudice con una lista legale di elementi costitutivi delle "difficoltà economiche", produce delle forti rigidità e rende la norma novellata incapace di adattarsi alle diverse situazioni in cui un'azienda può incorrere<sup>35</sup>.

precisato che bisognava intendere per causa "reale" quella "che presenta un carattere di obiettività idoneo ad escludere ogni pregiudizio o convinzione personale"; v. *JO, débats, Assemblée Nationale*, 23 maggio 1973, p. 1445, col. 2.

<sup>30</sup> *V. JO, débats, Assemblée Nationale*, 30 maggio 1973, p. 1619, col. 2.

<sup>31</sup> I giudici dovranno verificare che il motivo addotto dal datore di lavoro, benché "reale", non nasconda un altro motivo – inammissibile – di licenziamento; sul punto v. *Cass. Soc.* 23 maggio 1998, in *RJS*, 1998, n. 840.

<sup>32</sup> *V. JO, débats, Assemblée Nationale*, 30 maggio 1973, p. 1699, vol. 2.

<sup>33</sup> *Ex artt. L. 1233-3 e L. 1233-2*, vedi nota 33.

<sup>34</sup> In materia di "*baisse importantes de chiffre d'affaires sur plusieurs années de suite*" v. *ex plurimis* *Cass. Soc.*, 16 ottobre 2001, n. 99-44.934; in materia di "*difficultés économiques caractérisées par d'importantes pertes financières*" v. *ex plurimis* *Cass. Soc.*, 23 marzo 2005, n. 03-41.354; in materia di "*perte d'exploitation importante*" vedi *Cass. Soc.*, 29 gennaio 2008, n. 06-44.189.

<sup>35</sup> *LOKIEC, Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail*, cit.

Così, ad esempio, in virtù della lettera della nuova norma, il licenziamento sarà da considerarsi legittimo anche quando gli ordini o i profitti siano globalmente soddisfacenti, ma inferiori rispetto a quelli – eccezionalmente positivi – dell’anno precedente; o ancora, non avrà alcun impatto l’intervento tardivo di un ordine consistente o del pagamento di un’ingente fattura sui licenziamenti perfezionati subito prima del sopraggiungere di questi.

È pure vero, però, che l’articolo novellato, nel restringere il controllo sulla sussistenza delle “difficoltà economiche”, inquadra meramente la durata del decremento dell’attività e/o dei profitti e non si preoccupa di indagare né la sua causa<sup>36</sup> né la sua intensità: in questo modo si presume che il giudice resta libero di valutare liberamente la “significatività” dei decrementi indicati dall’articolo e quindi, più in generale, del motivo economico dedotto dal datore di lavoro<sup>37</sup>.

Per quanto riguarda il controllo interno operato dal giudice sulla riorganizzazione necessaria alla salvaguardia della competitività, la Corte di Cassazione, come evocato in precedenza, impone ai giudici di merito di ricercare concretamente, caso per caso, il nesso causale tra la riorganizzazione – in virtù della quale i licenziamenti sono posti in essere – e la necessità di salvaguardare la competitività<sup>38</sup>.

In questo modo viene sì, riconosciuta al datore di lavoro la possibilità di riorganizzare la sua azienda a scopi preventivi ma, perché il giudice possa affermare la legittimità dei licenziamenti economici eventualmente posti in essere in un tale contesto, sarà necessario che la riorganizzazione sia direttamente connessa alla necessità di salvaguardarne la competitività: il semplice perseguimento dell’interesse generale dell’azienda non sarà infatti sufficiente a giustificarli<sup>39</sup>.

In ogni caso, come già detto anche in virtù di quanto affermato dal Consiglio Costituzionale nel 2002<sup>40</sup>, il giudice sarà tenuto al solo controllo

<sup>36</sup> Le sopravvenute “difficoltà economiche” potrebbero ad esempio essere dovute a scioperi o a calamità naturali contingenti.

<sup>37</sup> Tale espediente era necessario per evitare possibili contrasti con le disposizioni della Convenzione OIL n.158 a tutela del ruolo del giudice nella valutazione della causa giustificativa; sul punto v. LOKIEC, *Le motif économique malmené dans le projet de loi Travail*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2016, p. 1718 ss.

<sup>38</sup> Cass. Soc. 20 giugno 2007, in *RJS*, 2007, n. 1169; sul punto v. WAQUET, *Licenciement pour motif économique et sauvegarde de la compétitivité*, in *RDT*, 2007, p. 456 ss.

<sup>39</sup> Cass. Soc. 13 maggio 2003, in *RJS*, 2003, n. 1135; sul punto v. BOUBLI, *La sauvegarde de la compétitivité de l’entreprise*, *DS*, 2004, p. 1094 ss.

<sup>40</sup> Cons. Cost. 12 gen. 2002, n. 2001-4555, considerando da 48 a 50, già cit.

della “realtà e non pretestuosità” del motivo invocato dal datore di lavoro (ovvero della necessità di salvaguardare la competitività) e della sussistenza del nesso causale tra questo e i licenziamenti posti in essere nell’ambito della riorganizzazione: in nessun caso egli potrà mettere in discussione le scelte specifiche operate del datore di lavoro – nel libero esercizio del suo potere organizzativo – al fine di prevenire delle “difficoltà economiche” più importanti<sup>41</sup>. Delle simili valutazioni rientrano nelle ipotesi di controllo esterno, particolarmente limitate dalla stessa giurisprudenza francese.

### 5. Il controllo esterno operato dal giudice e i suoi limiti

Tra le diverse forme di controllo esterno che abbiamo sommariamente definito in precedenza, quello esercitato dal giudice sulle scelte di gestione è sempre stato particolarmente limitato: sin dalla famosa decisione *SAT*<sup>42</sup>, la Corte di Cassazione ha costantemente affermato che, una volta accertato che il motivo del licenziamento corrisponde a uno dei motivi economici indicati dal legislatore, il giudice non è tenuto ad effettuare alcun ulteriore controllo sulla scelta operata dal datore di lavoro tra le possibili soluzioni strategiche<sup>43</sup>.

Il controllo operato sull’eventuale sussistenza di “gravi responsabilità” del datore di lavoro, invece, è di più ampia applicazione: anche se le difficoltà economiche sono comprovate, infatti, questo tipo di controllo esterno permette al giudice di verificare se queste sono dovute alla responsabilità del datore di lavoro e di trarne le dovute conseguenze in termini sanzionatori<sup>44</sup>.

Nell’ambito del controllo esterno in materia di cessazione di attività, ad esempio, il giudice dovrà costantemente verificare la sussistenza di un eventuale nesso di causalità tra questa e il comportamento particolarmente negligente – se non addirittura doloso – del datore di lavoro. Così, nell’analizzare alcune fattispecie relative ai gruppi di aziende, la Corte ha chiarito che è da considerarsi una “grave responsabilità” (*légèreté blâmable*) quella del

<sup>41</sup> Cass. Soc. 21 giugno 2006, in *JCP S*, 2006, 1896.

<sup>42</sup> Cass. SS. UU, 8 dic. 2000, n. 97-44.219; sul punto v. JEAMMAUD, LE FRIANT, *Du silence de l’arrêt SAT sur le droit à l’emploi*, in *DS*, 2001, p. 417 ss.

<sup>43</sup> DE CAIGNY, *L’employeur seul juge du choix économique*, in *DS*, 2001, p. 126 ss.

<sup>44</sup> In dottrina v. FABRE, *Difficultés économiques de l’entreprise et légèreté blâmable de l’employeur*, in *RDT*, 2012, p. 37 ss.

datore di lavoro che, nell'ambito della direzione di un gruppo di aziende, opta per la chiusura di una delle filiali con il mero scopo di aumentare i profitti<sup>45</sup>.

Si noti, comunque, che se la sussistenza di una responsabilità grave del datore di lavoro nell'ambito della cessazione di attività, rende illegittimo il licenziamento, è tradizionalmente escluso che la causa vera e propria della cessazione di attività rientri nel campo di indagine (esterna) del giudice<sup>46</sup>.

Con la sentenza Brinon<sup>47</sup> fu infatti introdotto nel sistema francese lo storico principio secondo il quale “il datore di lavoro [...] è l'unico giudice delle circostanze che lo portano a cessare la sua attività e nessuna disposizione lo obbliga a mantenere in vita la sua attività al solo fine di assicurare al suo personale la stabilità del proprio impiego...”.

Sebbene negli anni numerose sentenze, affermando che la cessazione d'attività, per poter giustificare uno o più licenziamenti, deve essere determinata da reali costrizioni gravanti sul datore di lavoro e non risultare meramente da una sua libera scelta strategica<sup>48</sup>, abbiano mitigato la portata di questa storica decisione di stampo marcatamente liberale, un vero e proprio controllo esterno sui motivi della cessazione di attività risulta tutt'oggi impraticabile.

## 6. Accordi collettivi e licenziamento secondario

La configurazione del licenziamento per motivo economico non è completa se non quando le (con)cause di cui si è parlato producono degli

<sup>45</sup> Cass. Soc. 1 febbraio 2011, “Goodyear /Dunlop”, in *Bull. Civ.* 2011, V, N. 42- Cfr. MORVAN, *La mise à mort du motif économique de licenciement, tiré de la cessation d'activité d'une filiale*, in *JCP G*, 2011, *Libres propos*, p. 254 ss.

<sup>46</sup> Cass. Soc. 16 marzo 2004, in *RJS*, 2004, n. 667. Sui motivi del licenziamento v. WAQUET, *Licenciement économique. Cessation d'activité. Motivation de la lettre de rupture*, in *RDT*, 2007, p. 175 ss.

<sup>47</sup> Cass. Soc. 31 maggio 1956, con nota di ESLEIN, in *JCP G*, 1956, II, 9397; sul punto v. DRIGUEZ, *Retour sur la théorie de « l'employeur seul juge » à partir du droit des procédures collectives*, in *RDT*, 2016, p. 88 ss.

<sup>48</sup> Oggi, nella pratica, un approccio così restrittivo si applica soprattutto ai progetti di de-localizzazione che determinano la cessazione di un'attività in Francia immediatamente succeduta da una riapertura all'estero; *ex plurimis* v. Corte d'Appello di Lione 30 giugno 2003, in *Liaisons Soc.*, 2003, *Jurispr.* 829, p.7.

effetti “dissolventi” del contratto di lavoro<sup>49</sup>. Tali effetti possono analizzarsi in una soppressione o in una trasformazione dei posti di lavoro (licenziamento primario) o ancora in una modifica del contratto eventualmente rifiutata dal dipendente (licenziamento secondario).

Il datore di lavoro può, previa sottoscrizione di specifici contratti aziendali, proporre una modifica essenziale<sup>50</sup> del contratto individuale di lavoro il cui rifiuto da parte del dipendente può determinare il suo licenziamento per motivo economico<sup>51</sup>.

La legge del 14 giugno 2013<sup>52</sup>, che traspone – con le dovute modifiche – un Accordo Nazionale Interconfederale<sup>53</sup> (ANI) firmato qualche mese prima, ha previsto due nuovi e specifici tipi di contratti d’impresa la cui particolarità risiede nel fatto che il licenziamento – intervenuto a seguito del rifiuto dell’applicazione delle clausole in essi contenute – è sottoposto alle regole di procedura previste per il licenziamento individuale a prescindere dal numero dei dipendenti coinvolti<sup>54</sup>.

La prima tipologia di accordi speciali consiste negli “*Accords de maintien de l’emploi*” (accordi sul mantenimento dell’impiego) di cui all’articolo L. 5125-1 del codice del lavoro francese. Il loro presupposto essenziale consiste nella sussistenza di gravi “difficoltà economiche” congiunturali: le rappresentanze sindacali aziendali e il datore di lavoro, dopo aver constatato congiuntamente la fondatezza di tali difficoltà, potranno procedere alla sottoscrizione di un accordo che preveda una riorganizzazione della durata

<sup>49</sup> MORVAN, *Restructurations en Droit Social*, Lexis Nexis, 2013, p. 519

<sup>50</sup> Anche se spinto da ragioni economiche, il datore di lavoro, non può in nessun caso modificare unilateralmente gli elementi essenziali del contratto individuale.

<sup>51</sup> In questo caso il licenziamento è solo eventuale e non costituisce l’obiettivo primario del datore di lavoro che intende piuttosto mantenere in vita il contratto seppur modificandolo in maniera sostanziale; sul punto vedi GABA, *La modification du contrat de travail par réduction des responsabilités et prérogatives du salarié*, in *DS*, 2011, p. 803 ss.

<sup>52</sup> L. 14 giugno 2013 n. 504 detta « *de sécurisation de l’emploi* ».

<sup>53</sup> “*Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l’emploi et des parcours professionnels des salariés*”.

<sup>54</sup> Tali accordi sono da definirsi speciali in opposizione agli accordi “generali” di competitività il cui rifiuto da parte di più dipendenti sottopone il datore di lavoro che voglia procedere al loro licenziamento al rispetto delle regole previste per i licenziamenti collettivi; sul punto MEFTAH, *Les frontières des accords de maintien de l’emploi*, in BORENFREUND, PESKINE (dir.), *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 2014, p. 29 ss.

di lavoro e/o una riduzione della remunerazione dei dipendenti (nei limiti previsti dalla legge e dagli accordi di settore)<sup>55</sup> e che imponga, come contropartita, il mantenimento dei posti di lavoro lungo tutta la vigenza dell'accordo<sup>56</sup>.

Una volta sottoscritto l'accordo, perché questo possa produrre i suoi effetti sui contratti individuali di lavoro, è indispensabile che ogni dipendente ne accetti l'applicazione<sup>57</sup>.

Dal momento che le modifiche introdotte dall' "*accord de maintien de l'emploi*" sono temporanee e reversibili<sup>58</sup>, la loro accettazione da parte del dipendente provocherà automaticamente la sospensione di tutte le stipulazioni contrarie previste dal contratto individuale di lavoro.

Invece, nel caso in cui uno o più dipendenti dovessero rifiutare l'applicazione dell'accordo, il datore potrà procedere al loro licenziamento per motivo economico il quale, secondo quanto previsto dall'articolo L. 5125-2 del codice del lavoro, seguirà e regole previste per il licenziamento individuale a prescindere dal numero di dipendenti coinvolti (e darà diritto soltanto alle misure d'accompagnamento specifiche eventualmente previste dallo stesso accordo).

Su questo stesso principio si basa la seconda fattispecie di accordo speciale, anch'essa introdotta dalla stessa legge del 2013 al fine di promuovere una maggiore adattabilità dei dipendenti alle esigenze aziendali: trattasi degli "*accords de mobilité interne*" (accordi di mobilità interna).

Ai sensi dell'articolo L. 2242-21 del codice del lavoro, in un contesto di stabilità dell'impiego in cui non è prevista alcuna riduzione degli effettivi, il datore di lavoro può proporre ai sindacati di negoziare un accordo che riguardi le condizioni di mobilità professionale o geografica dei dipendenti all'interno dell'azienda e che permetta di riorganizzarne l'attività.

Sebbene questi contratti collettivi siano conclusi in un contesto non

<sup>55</sup> Date le sue importanti conseguenze, una procedura speciale di sottoscrizione dell'accordo è prevista dal codice del lavoro all'articolo L. 5125-4.

<sup>56</sup> Trattasi di accordi temporanei (*à durée déterminée*) la cui durata massima è stata portata da 2 a 5 anni dalla *Loi Macron* (L. 2015-990). Durante questo lasso di tempo il datore di lavoro non potrà procedere a nessun licenziamento per motivi economici dei dipendenti che ne hanno accettato l'applicazione.

<sup>57</sup> In assenza di termini specifici previsti dall'accordo stesso, si applicheranno quelli previsti all'articolo L.1222-6 del codice del lavoro.

<sup>58</sup> BORENFREUND, *Le refus du salarié face aux accords collectifs de maintien de l'emploi et de mobilité interne*, in *RDT*, 2013, p. 316 ss.

caratterizzato da gravi difficoltà economiche, il rifiuto del dipendente di applicare le clausole in essi contenute al contratto individuale di lavoro può comportare, come avviene per gli “*accords de maintien de l’emploi*”, il suo licenziamento per motivo economico. Una tale soluzione non può non apparire alquanto sorprendente: qui, infatti, la premessa logica della conclusione degli “*accords de mobilité interne*” non risiede, come per gli accordi analizzati in precedenza, nelle comprovate difficoltà economiche (le quali costituiscono un motivo economico di licenziamento a tutti gli effetti) ma piuttosto nella ricerca di una più efficace gestione del personale.

Per provare a spiegare una tale incoerenza di sistema, è necessario precisare che inizialmente l’ANI prevedeva che al rifiuto da parte del dipendente di applicare il contenuto di un “*Accord de mobilité interne*” al suo contratto individuale conseguisse un licenziamento per motivi “personali”. Il legislatore, al momento della trasposizione dell’accordo, riconoscendo che la qualifica da questo proposta sarebbe stata profondamente inadatta<sup>59</sup>, ha voluto ricondurre la fattispecie a quella del licenziamento per motivo economico anche e soprattutto al fine di fornire maggiori tutele – in termini di accompagnamento – al lavoratore licenziato<sup>60</sup>.

In materia di “*accord de mobilité interne*” la *summa divisio* tra “motivo economico” e “motivo personale” di licenziamento tipica del diritto francese mostra tutti i suoi limiti<sup>61</sup>: l’assenza di un “motivo oggettivo” di licenziamento – indipendente dalla situazione di crisi economica dell’azienda e quindi idoneo ad includere le cause di licenziamento legate alla gestione – può essere a volte foriera di illogicità<sup>62</sup>.

Come si è già rilevato, l’introduzione di queste due tipologie di accordi speciali, i quali possono prevedere (e quindi ridurre) delle misure specifiche di *repêchage*<sup>63</sup> applicabili in caso di licenziamento dei dipendenti che doves-

<sup>59</sup> Il rifiuto di una modifica sostanziale del contratto di lavoro rientra nelle piene libertà del dipendente: fare conseguire al suo rifiuto un licenziamento per motivi personali avrebbe voluto dire sanzionare un comportamento legittimo.

<sup>60</sup> Cfr. LOKIEC, *La face cachée des accords de mobilité interne*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n. 1587.

<sup>61</sup> Sul punto v. MARTINON, *Emploi et licenciements économiques*, in *DS*, 2016, p. 324 ss.

<sup>62</sup> Se fino ad oggi l’esclusione delle problematiche prettamente gestionali dal “motivo economico” di licenziamento era volta a limitarne il ricorso, attualmente il proliferare di nuovi tipi di accordi collettivi speciali produce, di fatto, nuove ipotesi di licenziamento che mal si conciliano con la tradizionale definizione di licenziamento per motivo economico.

<sup>63</sup> FAVENNEC-HÉRY, *Sécurisation de l’emploi : encore un effort!* in *Sem. Soc. Lamy*, 2013, n. 1575.

sero rifiutarne l'applicazione, è volta a paralizzare l'applicazione delle disposizioni legali previste in materia di licenziamenti collettivi<sup>64</sup>.

Sebbene la legittimità di queste deroghe continui a destare in dottrina molti dubbi, è giusto precisare che il Consiglio Costituzionale<sup>65</sup> ne ha affermato la totale validità, sostenendo, in maniera alquanto dogmatica, che “rientra nei pieni poteri del legislatore la scelta della procedura da applicare al rifiuto da parte dei dipendenti” all'applicazione degli accordi speciali.

C'è da augurarsi che i giudici di merito, basandosi sulla direttiva europea 98/59 del 20 luglio 1998 “sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi”, ristabiliscano per queste fattispecie l'applicazione delle regole di procedura previste per i licenziamenti collettivi.

Difatti, nonostante nell'ambito dell'ANI del gennaio 2013, le parti, riducendo drasticamente gli obblighi di motivazione<sup>66</sup>, abbiano tentato di estromettere il giudice di merito da ogni valutazione sulla legittimità del licenziamento detto secondario, la legge di trasposizione sembra aver voluto mantenere intatti una buona parte dei suoi poteri<sup>67</sup>: per evitare le censure

<sup>64</sup> Che impongono l'informazione e la consultazione delle rappresentanze aziendali e l'elaborazione di un piano di licenziamento (*Plan de Sauvegarde de l'Emploi*) qualora il numero di licenziamenti dovesse essere superiore o uguale a 10 su un periodo di 30 giorni: sul punto v. articoli L.1233-21 e ss. del codice del lavoro; in dottrina DUMORTIER, *Grands licenciements économiques et plan de sauvegarde de l'emploi après la loi du 14 juin 2013 : les premières décisions du Conseil d'État*, in *RDT*, 2015, p. 514 ss; un'operazione di estensione delle tutele previste in caso di licenziamento collettivo è già stata posta in essere dalla giurisprudenza con riguardo ad una molteplicità di “*ruptures conventionnelles homologuées*”: sul punto DALMASSO, *L'incidence de l'intégration des ruptures conventionnelles au plan de sauvegarde de l'emploi : une nouvelle voie d'action pour annuler un licenciement économique?*, in *RDT*, 2012, p. 379 ss.

<sup>65</sup> Cons. Cost. 13 giugno 2013, n. 2013-672.

<sup>66</sup> Così, all'articolo 18 dell'ANI era precisato che in materia di *Accords de maintien de l'emploi* la causa “reale e non pretestuosa” risultava già dimostrata dalla stessa sottoscrizione dell'accordo. Anche se non trasposta nel testo della legge, questa disposizione ha permesso a una parte della dottrina di affermare che la sussistenza dell'accordo basta ai fini della comprovata “realtà e non pretestuosità” del motivo; in questo senso SERIZAY, *Une reconsidération du droit applicable aux relations entre l'entreprise et le salarié*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2014, n. 1644; in materia di *Accords de mobilité interne* invece, l'articolo 15 dell'ANI prevedendo, come abbiamo detto, che il licenziamento fosse dovuto ad un motivo personale, collegava la sua origine al rifiuto stesso della modifica del contratto.

<sup>67</sup> In effetti, perché il rifiuto del dipendente possa avere un senso, il controllo della “realtà e non pretestuosità” del motivo di licenziamento è indispensabile: “una cosa è permettere al dipendente di rifiutare (la modifica del contratto), altra cosa è rendere questo rifiuto effettivo

che il diritto internazionale ed europeo imporrebbero<sup>68</sup>, il legislatore si è infatti limitato ad affermare che, in caso di rifiuto da parte del dipendente del contenuto degli accordi speciali, “il licenziamento si fonda su un motivo economico”<sup>69</sup>.

Così, sebbene appaia chiaro che il licenziamento conseguente al rifiuto delle disposizioni contenute negli accordi di cui sopra è già di per sé qualificato come licenziamento economico, una tale formulazione non sembra di per sé idonea a sancire l’incontestabilità del carattere “reale e non pretestuoso” del licenziamento né ad esonerare il giudice dall’esercizio del proprio controllo sulla causa giustificativa<sup>70</sup>.

### 7. Nuove forme di accordi “offensivi”

Anche nell’ambito del licenziamento che abbiamo definito secondario, l’ultima riforma introduce delle importanti novità. All’articolo 22, infatti, la “*Loi Travail*” prevede la possibilità per le aziende di adattare la loro organizzazione alle oscillazioni dell’attività produttiva mediante il ricorso ad una nuova tipologia di accordi “offensivi” detti “*accords de préservation ou développement de l’emploi*” (accordi di preservazione o sviluppo dell’impiego)<sup>71</sup>.

I detti accordi, conclusi per una durata massima di cinque anni secondo precise regole di procedura introdotte dalla stessa legge, possono avere un

(ovvero possibile)” LOKIEC, *Refuser*, in SACHS (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2012. Così, in materia di *accords de maintien de l’emploi* la causa sarà analizzata dal giudice con riguardo ai motivi che hanno fondato l’accordo. Per gli *accords de mobilité interne*, il giudice dovrà valutare le misure di accompagnamento nella mobilità e quelle volte a proteggere la vita privata e familiare, le situazioni di handicap e la salute da essi previste; sul punto vedi LOKIEC, *Le motif économique après la Loi de Sécurisation de l’Emploi*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2013, cit.

<sup>68</sup> BAUGARD, *Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d’inconventionnalité*, in COUTURIER, AKANDJI/KOMBÉ (dir.), *Competitivité des entreprises et sécurisation de l’emploi*, IRJS Editions, 2013, p. 50-51.

<sup>69</sup> V. articolo L. 2242-19 per gli *accords de mobilité interne* e articolo L. 5125-1 per gli *accords de maintien de l’emploi*.

<sup>70</sup> Sul punto v. CAVAT, *Les contorsions à l’œuvre dans les accords de maintien de l’emploi et de mobilité interne*, in BORENFREUND, PESKINE (dir.), *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>71</sup> Tali accordi sono stati definiti dalla dottrina “*offensifs*” (offensivi) per distinguerli dagli “*accords de maintien de l’emploi*” che sono considerati “*défensifs*” (difensivi) in ragione della loro funzione di rimediare a gravi “difficoltà economiche” contingenti.

contenuto estremamente variabile: ai fini del loro riconoscimento e della loro validità essi dovranno comportare un “preambolo” particolarmente dettagliato che indichi gli obiettivi perseguiti.

Si noti che, sebbene la legge El Khomri lasci intatte le disposizioni in materia di “*accords de maintien de l'emploi*”, nei fatti, la loro portata sarà notevolmente attenuata dall'introduzione di questa nuova tipologia di accordi ancora più flessibili dal punto di vista sia della procedura<sup>72</sup> che del contenuto<sup>73</sup> e non subordinati alla sussistenza di comprovate difficoltà economiche.

Infatti, se, come succede per gli altri accordi che abbiamo precedentemente descritto, previo consenso di ogni singolo dipendente, le clausole contenute negli accordi di “*préservation ou développement de l'emploi*” si sostituiscono temporaneamente a quelle contrarie e incompatibili contenute nel contratto individuale di lavoro, il licenziamento del dipendente che abbia rifiutato le modifiche risulterà, in questo caso, ancora meno oneroso per il datore di lavoro.

La detta misura infatti, non soltanto sarà posta in essere conformemente alla procedura prevista per il licenziamento individuale<sup>74</sup> a prescindere dal numero di dipendenti che abbiano rifiutato la modifica del contratto, ma si fonderà anche su un motivo economico specifico che dovrebbe costituire – *ex lege* e di per sé – una causa “reale e non pretestuosa” di licenziamento<sup>75</sup>.

Il testo dell'articolo L. 2254-2 del codice del lavoro infatti, prevedendo che il licenziamento consecutivo al rifiuto delle modifiche contenute in un accordo offensivo “è fondato su un motivo specifico che costituisce una causa reale e non pretestuosa”, limiterebbe le possibilità di contestazione ai soli vizi di procedura.

Nell'ambito del controllo della “realtà e non pretestuosità” di questo tipo di licenziamento, il ruolo del giudice appare dunque più che mai compromesso: soltanto una lettura orientata sui testi internazionali<sup>76</sup> – che risulta,

<sup>72</sup> Per esempio, la procedura di informazione e consultazione delle OO. SS. sulla situazione dell'azienda non è sottoposta a specifici termini.

<sup>73</sup> I detti accordi possono introdurre modifiche anche in materia di remunerazione e durata del lavoro: anche se la legge qui sembra prevedere che la remunerazione mensile del dipendente possa essere modificata ma non ridotta (cosa invece prevista per gli *accords de maintien de l'emploi*), nei fatti, un aumento della durata di lavoro ove non accompagnato da un aumento proporzionale dello stipendio comporterà una riduzione globale della remunerazione.

<sup>74</sup> Come per gli altri accordi speciali, definita agli articoli L. 1233-11 e seguenti.

<sup>75</sup> È bene precisare che, in seguito al licenziamento, il dipendente potrà godere di un percorso di accompagnamento specializzato, comparabile al CSP (di cui alla nota n. 28), co-finanziato dalla Stato e, in minima parte, dal datore di lavoro.

<sup>76</sup> Più precisamente, sulla convenzione OIL n. 158, già citata.

nel caso degli “*accords de préservation ou développement de l’emploi*”, particolarmente complessa data la precisione della norma interna – potrà permettere al giudice di riaffermare la sua sovranità nell’ambito del controllo dell’esistenza di una causa giustificativa di licenziamento<sup>77</sup>.

Come precisato dal professor Antoine Lyon-Caen<sup>78</sup>, il principio più volte ribadito, anche recentemente, dalla Corte di Cassazione, secondo il quale un accordo collettivo aziendale non può permettere al datore di lavoro di modificare, in modo unilaterale, i contratti individuali, è gravemente pregiudicato dall’introduzione di questa nuova tipologia di accordi “*offensifs*”.

Questi nuovi accordi sono portatori di nuovi sconvolgimenti nel diritto del lavoro francese attuale e presagiscono il diritto del lavoro che verrà: esso sarà senza dubbio caratterizzato da una predominanza dell’accordo collettivo sul contratto individuale di lavoro, dalla proclamata superiorità dell’interesse collettivo alla “protezione dell’impiego” sull’interesse individuale del lavoratore<sup>79</sup>, dalla possibilità – per il datore – di prevedere precisamente il costo di ogni operazione di riduzione del personale e dal conseguente drastico restringimento del controllo operato dal giudice sui licenziamenti per motivi economici.

<sup>77</sup> Che questa volta potrebbe essere analizzata sulla base degli obiettivi descritti nel preambolo dell’accordo stesso, opportunamente dettagliato.

<sup>78</sup> Intervista pubblicata in *Feuille Rapide Social*, 14/16, n. 15, p. 19.

<sup>79</sup> BAUGARD, GRATTON, *Las accords de préservation ou de développement de l’emploi: premier regard conventionnel et constitutionnel*, in *DS*, 2016, p. 745 ss.

### **Abstract**

La “Loi Travail”, emanata nell’agosto 2016, ridefinisce alcuni aspetti essenziali del licenziamento per motivi economici mediante l’introduzione di norme tanto rigide quanto imprecise. In un tale contesto legislativo, il giudice di merito, figura che ha tradizionalmente accompagnato lo sviluppo di questo istituto, resta l’unico garante dell’applicazione delle tutele tuttora previste nonostante il suo ruolo risulti drasticamente impoverito. Questo articolo, si propone di analizzare brevemente la nozione di licenziamento per motivi economici in Francia al fine di illustrare le criticità relative alle sue ultime evoluzioni.

The “Loi Travail” (employment law) issued in august 2016, redefines a number of essential aspects pertaining to economic dismissal by the introduction of particular rules that seem either inflexible and imprecise. Within this legal framework, although his role has been dramatically reduced, the judge still guides the application of all provisions set out in this area. This article examines briefly the notion of economic dismissal in France in order to demonstrate the weaknesses pertaining to the modifications introduced by the last reform.

### **Key words**

Licenziamento per motivo economico, causa giustificativa, contratti collettivi.

Economic ground, fair dismissal, collective agreements.

## notizie sugli autori

### **Arianna Avondola**

*Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Antonello Baldassarre**

*Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Mimmo Carrieri**

*Ordinario di Sociologia economica e del lavoro, Sapienza Università di Roma*

### **Nunzia Castelli**

*Profesora Contratada Doctora, Universidad de Castilla-La Mancha*

### **Giovanni D'Amico**

*Ordinario di Diritto civile, Università Mediterranea di Reggio Calabria*

### **Alessandro Di Casola**

*Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Raffaele Di Raimo**

*Ordinario di Diritto civile, Università del Salento*

### **Giorgio Fontana**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università Mediterranea di Reggio Calabria*

### **Mariachiara Mercorio**

*Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne*

### **Giovanna Pacchiana Parravicini**

*Ricercatore di Diritto del lavoro, Università Piemonte Orientale*

### **Lorenzo Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) sezione Riviste.



Finito di stampare nel mese di luglio 2017  
dalla Grafica Elettronica (Na)

