

# indice

## editoriale

- 5 SILVIA CIUCCIOVINO  
*La crisi della fattispecie e l'approccio rimediale nella discussione giuslavoristica*

## saggi

- 23 ANGELO ABIGNENTE  
*Fattispecie e (in)certezza del diritto*
- 37 GIOVANNI D'AMICO  
*Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema*
- 63 LUCA NOGLER  
*Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediale*
- 95 ORSOLA RAZZOLINI  
*Diritto del lavoro, logica rimediale e crisi della fattispecie. Brevi note*
- 115 ROBERTO ROMEI  
*Tecnica rimediale e diritto del lavoro*

## giurisprudenza

- 135 GIOVANNI CALVELLINI  
*Orario, retribuzione e contratto collettivo: appunti a margine d'una recente pronuncia della Cassazione*  
(Commento a ord. Cassazione 11 gennaio 2024 n. 1132)
- 151 VINCENZO LUCIANI  
*È incostituzionale la disciplina del licenziamento economico del lavoratore assunto a "tutele crescenti"?*  
(Commento a ord. Tribunale di Ravenna 27 settembre 2023)

163 VALERIA NUZZO

*Il contratto a tutele crescenti e le sanzioni per il licenziamento illegittimo: non tutte le bugie sono uguali*

(Commento a ord. Tribunale di Ravenna 27 settembre 2023)

**osservatorio**

179 VINCENZO BAVARO

*Su lavoro e libertà*

(*Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni*)

**lavoro e ... cinema**

205 LUCA CALCATERRA

*La dignità del lavoro e la poesia delle piccole cose.*

*Su Perfect Days di Wim Wenders*

211 SALVATORE D'ACUNTO

*Il fascino discreto dell'alienazione.*

*Un commento a Perfect Days di Wim Wenders*

219 *Notizie sugli autori*

221 *Abbreviazioni*

# table of contents

## editorial

- 5 SILVIA CIUCCIOVINO  
*The crisis of legal categories and the remedial approach in the Labour law discussion*

## articles

- 23 ANGELO ABIGNENTE  
*Legal categories and rules (in)certainty*
- 37 GIOVANNI D'AMICO  
*Remedial perspective, legal categories and legal system*
- 63 LUCA NOGLER  
*Remedial perspective and Labour law distortions*
- 95 ORSOLA RAZZOLINI  
*Labour law, remedial logic and the crisis of legal categories. Brief notes*
- 115 ROBERTO ROMEI  
*Remedial technique and Labour law*

## case law

- 135 GIOVANNI CALVELLINI  
*Working time, remuneration and collective agreement: some annotations related to a recent ruling by the Supreme Court*  
(Comment to Supreme Court 11 January 2024 n. 1132, ord.)
- 151 VINCENZO LUCIANI  
*Is the regulation of the economic dismissal of workers hired with the so called “increasing protection contract” unconstitutional?*  
(Comment to Tribunal of Ravenna 27 September 2023, ord.)

4 table of contents

- 163 VALERIA NUZZO  
*Increasing protection contract and sanctions for illegitimate dismissal: not all lies are the same*  
(Comment to Tribunal of Ravenna 27 September 2023, ord.)

**observatory**

- 179 VINCENZO BAVARO  
*About work and freedom*  
(Notes for a critique of Law based on four prepositions)

**labour and ... cinema**

- 205 LUCA CALCATERRA  
*The dignity of work and the poetry of small things.*  
*About Perfect Days by Wim Wenders*
- 211 SALVATORE D'ACUNTO  
*The discreet charm of alienation.*  
*Commenting Perfect Days by Wim Wenders*

- 219 *Authors' information*

- 221 *Abbreviations*

**Silvia Ciucciovino**

## La crisi della fattispecie e l'approccio rimediale nella discussione giuslavoristica

**Sommario:** **1.** Di cosa parliamo quando parliamo di prospettiva rimediale nel diritto del lavoro. **2.** L'inarrestabile ascesa dell'interpretazione "valorialmente" orientata delle norme lavoristiche: dall'inderogabilità della norma alla tutela diffusa per via giudiziale. **3.** Ri-definizione della fattispecie e ri-definizione delle tutele lavoristiche: il ruolo del legislatore.

### 1. *Di cosa parliamo quando parliamo di prospettiva rimediale nel diritto del lavoro*

La monografia di Antonello Zoppoli, "*Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*"<sup>1</sup>, da cui prendono le mosse i saggi pubblicati nel presente fascicolo<sup>2</sup>, tra i molti meriti, ha quello di entrare nel vivo del dibattito scientifico giuslavoristico attorno ad un tema dogmatico ancora poco discusso, eppure centrale, cioè quello della crisi della fattispecie e della sua perdurante idoneità ad imputare e distribuire le tutele lavoristiche.

Una crisi, quella della fattispecie (specialmente nella macro dicotomia autonomia/subordinazione), che starebbe ad indicare la difficoltà della norma posta dal legislatore, *ex ante*, a descrivere ed individuare in modo soddisfacente i presupposti e i requisiti dei trattamenti spettanti ai prestatori di lavoro meritevoli di tutela, ma anche a garantirne l'efficace ed effettiva applicazione.

<sup>1</sup> Editoriale scientifica, 2022. Il volume sviluppa la relazione tenuta dall'A. alle Giornate di Studio A.i.d.l.a.s.s. 2022 di Torino dedicate a "Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro".

<sup>2</sup> Si tratta della pubblicazione della rielaborazione delle relazioni tenute dagli A. in occasione del Seminario *La "fattispecie" come concetto e strumento: quale attualità? Discutendo del libro di Antonello Zoppoli "Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro"*, Napoli, 17 novembre 2023.

Da ciò deriverebbe una rottura del binomio fattispecie/disciplina inderogabile come disegnata dal legislatore, non considerato più idoneo a rispondere adeguatamente agli interessi giuridicamente rilevanti, quali si manifestano nella realtà concreta.

In questo modo la tecnica della fattispecie viene posta in antitesi a quella basata sul rimedio, anche se il significato del termine *rimedio* è certamente fumoso e non univoco<sup>3</sup>, prestandosi a molteplici e diversi usi, alcuni dei quali – come si dirà a breve e come ben messo in evidenza dagli scritti del presente fascicolo – per nulla contrari al modello della fattispecie, ma anzi mirati proprio a garantirne l'effettività.

L'accezione di rimedio che più accende il dibattito giuslavoristico è quella che in ultima analisi riguarda i confini dell'interpretazione della norma giuridica positivamente posta dal legislatore nazionale, sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza. Ma soprattutto è sul ruolo del giudice che si concentra l'attenzione del dibattito sulla crisi della fattispecie, per la sua connaturale funzione interpretativa responsabile di far parlare la norma e tradurne la prescrittività nelle relazioni intersoggettive. È un dato di fatto, peraltro, che l'interpretazione richieda sforzi di adattamento della norma positiva al caso concreto sempre più intensi, in un momento storico in cui l'aderenza delle fattispecie incorporate nella norma giuridica astratta ai nuovi modelli produttivi e lavorativi si fa sempre più incerta o opaca.

Su questi presupposti emerge l'approccio, praticato da una parte della giurisprudenza, teso a ristabilire *ex post*, nel momento dell'interpretazione e applicazione delle norme, l'effettività di una tutela che *oltrepassa i confini della fattispecie* e si inverte, per via interpretativa ad opera dei giudici nell'applicazione giurisprudenziale delle norme al caso concreto, anche quando l'osservanza stretta della regola legale sembrerebbe ostare a ciò.

È proprio in questo oltrepassamento<sup>4</sup> della fattispecie che si può cogliere l'essenza dell'approccio rimediale, nella sua alternatività rispetto al metodo fondato sulla fattispecie. Un approccio cioè che consegna all'interprete, in particolare al giudice, il potere di selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti meritevoli di tutela e i connessi trattamenti, in base ai (o, meglio, alla

<sup>3</sup> NOGLER, *Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediale*, in questo numero della rivista.

<sup>4</sup> L'espressione "oltrepassamento" della fattispecie è utilizzata segnatamente da D'AMICO, *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema*, in questo numero della rivista.

propria rappresentazione dei) valori del sistema giuslavoristico e dei principi ordinamentali cui dare attuazione (v. *infra* § 2).

Nell'approccio rimediale, almeno così inteso, la funzione giurisprudenziale si fa quindi *creatrice* della norma, oltre *l'applicazione* della stessa. Una creazione che esorbita il tradizionale giudizio valutativo discrezionale e argomentato che spetta a titolo originario al giudice, per orientarsi piuttosto a porre rimedio al presunto deficit della fattispecie legale. In tal modo l'intervento giudiziale si approssima a quello di *rule making* tipicamente svolto dal giudice negli ordinamenti di *common law*<sup>5</sup>.

La tecnica si dice allora "rimediale", in quanto mirata nella fase applicativa, *ex post*, a colmare una (supposta) lacuna della norma, con una tecnica che non è più quella della riconduzione (o sussunzione) della fattispecie concreta in quella astratta disegnata dal legislatore, bensì di riconfigurazione della stessa fattispecie astratta a partire dalla attribuzione di normatività al caso concreto<sup>6</sup>.

È così che la distribuzione dei trattamenti e delle tutele, in ottica espansiva, *supera* il limite fissato dal legislatore proprio sulla base della presunta inadeguatezza dello stesso. Si tratta di un intervento ben diverso da quello *interpretativo* in senso classico, che contraddistingue la normale funzione spettante ai giudici fondata sul giudizio valutativo, pure discrezionale e soggettivo, ma comunque ancorato alla norma positivamente posta dal legislatore e orientato a riconoscerne l'inderogabilità e a garantirne l'effettività. Un giudizio valutativo che necessariamente deve poter comprendere in sé il potere di raccogliere e interpretare gli interessi materiali, per adattare la regola alla multiforme realtà dei fatti quali si manifestano nel caso concreto, ma pur sempre attraverso la *riconduzione* degli stessi alla fattispecie disegnata dal legislatore, dove rinvenire gli interessi protetti, i relativi requisiti e le forme di tutela predisposte dall'ordinamento.

È così che la tecnica rimediale finisce in realtà per sostituire gli interessi selezionati dal giudice (o più in generale dall'interprete) a quelli selezionati dal legislatore. Nel metodo rimediale, almeno in questa accezione che fa scaturire tutele dall'interpretazione concreta dei bisogni sul presupposto che la norma giuridica non sia sufficiente, si annidano quindi molti pericoli, soprattutto se gli esiti interpretativi hanno immediate ricadute applicative per

<sup>5</sup> D'AMICO, *op. cit.*, nonché ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 17 ss., mettono ben in luce l'influenza del *common law* sulla prospettiva rimediale.

<sup>6</sup> ROMEI, *Tecnica rimediale e diritto del lavoro*, in questo numero della rivista.

mezzo delle decisioni giudiziali, anziché limitarsi a fornire, come rientra nel compito proprio della dottrina, suggerimenti al legislatore in vista di eventuali aggiustamenti e riasseti degli schemi tipici di tutela.

I pericoli sottostanti all'approccio rimediale sono evidenziati dai diversi A. dei saggi presenti in questo fascicolo, sulla scia peraltro delle tesi ben argomentate da A. Zoppoli nel suo volume. Con sfumature diverse, gli scritti qui pubblicati non mancano di mettere in risalto la fallacia e l'ambiguità della tecnica rimediale quando essa si pone in ottica integrativa o creativa delle regole di trattamento primario.

Da qui l'invito a mantenere il discorso dei rimedi sul terreno che gli è più congeniale, ovverosia quello del ripristino, in via secondaria e indiretta sul piano sostanziale e giurisdizionale, della soddisfazione degli interessi giuridicamente rilevanti avuti di mira dal legislatore, quando la tutela primaria è frustrata e non può trovare per qualche motivo soddisfazione<sup>7</sup>. Così si ritorna ai *rimedi* in accezione più classica o civilistica, i quali, senza sminuire il fondamentale apporto interpretativo dei giudici, si pongono – (con i loro molteplici strumenti: risarcitori, sanzionatori, restitutori, ripristinatori, stragiudiziali) – nella più rassicurante prospettiva di garanzia della effettività della norma giuridica, il cui sottostante apprezzamento valoriale in realtà non negano, ma anzi necessariamente presuppongono e contribuiscono a rinsaldare.

Nel tentativo di superare l'ambiguità delle diverse accezioni del rimedio cui si è fatto cenno, si può allora per mera semplicità espositiva distinguere il rimedialismo "creativo" dal rimedialismo "riparativo". Nell'ambito del rimedialismo creativo, poi, è bene tenere distinto il ruolo della dottrina e quello della giurisprudenza con le rispettive prerogative.

Alle importanti analisi e proposte della dottrina che viene solitamente ascritta al filone dell'approccio rimediale<sup>8</sup>, va riconosciuto il merito di aver segnalato in modo argomentato – e questo invero è un compito proprio della dottrina – le critiche e i margini di aggiornamento della normativa di fonte legale e contrattuale collettiva al cospetto dei profondi mutamenti dei modi di lavorare, nonché il merito di aver messo in evidenza le aporie del sistema regolatorio frutto di una normazione sviluppatasi in modo non sempre lineare e organico.

<sup>7</sup> RAZZOLINI, *Diritto del lavoro, logica rimediale e crisi della fattispecie. Brevi note*, in questo numero della rivista.

<sup>8</sup> Tra questi Autori si segnalano, tra gli altri, soprattutto gli studi di Treu, Perulli, Caruso, Zappalà, Del Punta, Speciale. Tra i primi ad avviare questo dibattito è stato TREU, *Rimedi, tutele*



D'altro canto è importante, e inevitabile, che questi studi, nella enunciazione di proposte e nuovi criteri informativi di selezione degli interessi da assumere come giuridicamente rilevanti e nella individuazione delle più opportune tecniche di tutela, adottino una prospettiva argomentativa fondata sugli assetti storici e valoriali della materia e sui principi fondamentali di tutela sottostanti di portata costituzionale, euro unitaria e sovranazionale. Vero è che alcuni di questi studi richiamano la tecnica rimediale come mezzo per supplire direttamente in via interpretativa all'incompletezza delle norme e alla difficoltà di ricondurre a schemi tipici le nuove forme di manifestazione del lavoro<sup>9</sup>, ma è anche vero che questo approccio in molti studi dottrinali appare temperato dalla volontà di evidenziare mancanze e lacune del quadro normativo vigente nell'ottica di proporre nuovi criteri ordinatori della distribuzione delle tutele<sup>10</sup>.

Sul piano tecnico, a mio avviso, anche le proposte cosiddette rimediali, per lo più ispirate dal proposito di dotare di trasversalità (alcune) tutele di base e di conferire maggiore uniformità alla distribuzione delle tutele lavoristiche, in realtà non sfuggono, a dispetto del rimedialismo nominalistico, alla tecnica della fattispecie – benché allargata o fondata su nuovi o diversi indici identificativi della situazione da proteggere, come ad esempio il criterio della dipendenza economica<sup>11</sup>. È comunque la fattispecie, sia pur ridotta allo schema elementare del lavoro personale non meglio connotato, a rappresentare lo schema tipico di riferimento e il nuovo criterio di imputazione

*e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, p. 367 ss., e più recentemente PERULLI, TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni. Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

<sup>9</sup> Specialmente in tal senso TREU, *op. cit.*, 2017, spec. p. 394 ss. Molto critico il giudizio di NOGLER, *op. cit.*, che imputa a questi autori di essere “fermi all'epoca precedente al riconoscimento teorico della distinzione, interna all'involucro formale, tra *principles* e *rules*”. Per un'ampia ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto e dei rischi insiti nel rimedialismo della dottrina lavoristica si rinvia a ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 39 ss.

<sup>10</sup> Si veda in proposito il più recente studio di PERULLI, TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, cit., che, nel ridisegno complessivo dei criteri di imputazione delle tutele, oltre la dicotomia classica subordinazione/autonomia, parlano di nuova disciplina e nuova regolazione e caldeggiano un intervento regolativo a livello europeo da affidare all'iniziativa del dialogo sociale per un “intervento comunitario con norme soft, che lascino gli Stati membri liberi di adattarle ai contesti nazionali” (p. 51) e richiamano la necessità di “rilanciare con maggiore sistematicità un progetto di “statuto europeo del lavoro” da declinare in specifiche discipline enunciative dei diritti (pp. 52-53).

<sup>11</sup> PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

e distribuzione delle tutele di fonte legale, in un rinnovato quadro di riassetto della disciplina e di ancoraggio dei trattamenti. Da questo punto di vista personalmente ritengo che non sussista un vero e proprio antagonismo metodologico tra la tecnica della fattispecie e quella rimediale nel dibattito della dottrina giuslavoristica.

Ben diversamente si pone la questione quando l'approccio rimediale creativo si trascina dal piano delle proposte dottrinali a quello delle decisioni giudiziali.

2. *L'inarrestabile ascesa dell'interpretazione giudiziale "valorialmente" orientata delle norme lavoristiche: dall'inderogabilità della norma alla tutela diffusa per via giudiziale*

La tecnica rimediale adottata in sede di interpretazione giudiziale, fa sì che l'argomentazione o, a volte, la decisione anche poco argomentata<sup>12</sup> per *valori* supplisca alla carenze delle regole immediatamente applicabili al caso di specie e assurga a strumento del giudice per ridefinire la fattispecie, o dare normatività agli interessi manifestati dal caso concreto, sovrapponendo alla selezione degli interessi giuridicamente rilevanti e delle connesse tutele, operata dal legislatore che al giudice spetta soltanto rintracciare nella realtà, la soggettiva visione dell'organo giurisdizionale circa la *meritevolezza* delle tutele, a prescindere dalla fattispecie legale. Così facendo le tutele finiscono per promanare direttamente dai *valori* per mezzo dei quali l'intervento interpretativo del giudice allarga o restringe l'ombrello protettivo della fattispecie legale, oltre lo *ius conditum*, beninteso soltanto nell'ambito del chiesto e pronunciato.

È su questo sdruciolevole crinale dell'interpretazione costituzionalmente orientata o *valorialmente* orientata che si inverte la tecnica rimediale di fonte giurisprudenziale che, chiaramente, ha un effetto diretto e un'incidenza di portata ben più pervasiva di quella che scaturisce dagli studi dottrinali ispirati al rimedialismo delle tutele.

Il tessuto dei *valori* che orienta l'interpretazione giudiziale è peraltro ad ampio spettro in quanto guarda ormai sempre più alla dimensione europea

<sup>12</sup> In tal senso v. le critiche di NOGLER, *op. cit.*, e RAZZOLINI, *op. cit.*, alla sbrigatività dell'iter argomentativo giudiziale, individuata come uno dei principali punti deboli della tecnica decisionale orientata dai valori.

e sovranazionale. I valori di rango superiore assurgono a regole di giudizio del caso concreto, portando spesso alla disapplicazione della norma precettiva considerata non adeguata o in contrasto con i valori presi a riferimento dal giudice. Questa forma di giustizia si compie in modo diffuso, senza esperire le preventive strade del giudizio incidentale di costituzionalità o dell'accertamento preventivo della conformità della norma interna all'ordinamento euro unitario.

Proprio attraverso la tecnica dell'*interpretazione conforme*, le norme e i principi europei vengono provvisti, surrettiziamente, di efficacia diretta orizzontale, con un sostanziale svilimento delle fonti legislative nazionali al cospetto di regole multilivello agganciate a fonti o principi sovranazionali anche prive del connotato della diretta applicabilità. L'*effetto utile* delle direttive e il criterio dell'interpretazione, tra le possibili, della norma interna nel senso *più conforme* alla regola europea hanno favorito questo processo di pervasività diffusa e diretta delle fonti unionali a livello periferico (anche di quelle derivate, tecnicamente non dotate, salvo eccezioni, di efficacia diretta negli ordinamenti interni). Questa tendenza si è estesa tanto da lasciare intravedere una sorta di giurisdizione costituzionale diffusa che mette in forte sollecitazione il nostro sistema accentrato di costituzionalità.

L'accentuazione del ruolo interpretativo del giudice ispirato alle fonti sovranazionali ha attinto ulteriore linfa dall'ascesa del sistema dei diritti fondamentali in sede europea e internazionale, cui hanno contribuito le costituzioni nazionali, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché i "principi generali" risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, riconosciuti come parte integrante del diritto dell'Unione dall'art. 6 del Trattato di Lisbona<sup>13</sup>.

Proprio con il Trattato di Lisbona si è avuta una sorta di "positivizzazione dei diritti fondamentali classici"<sup>14</sup> a livello europeo, come effetto della elevazione a rango di principi generali dell'Unione delle previsioni della CDFUE, della stessa CEDU e delle garanzie fondamentali dei Trattati e con una sostanziale concorrenza tra norme costituzionali interne e norme costituzionali sovranazionali di contenuto simile.

<sup>13</sup> PERRONE, *L'effetto conformativo del diritto dell'Unione europea sul diritto del lavoro tra tendenza espansiva e superamento della "grande dicotomia"*, in *LDE*, n. 3/2021.

<sup>14</sup> GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *RDSS*, 2019, p. 69.

Su questo ricco substrato valoriale si è innescato un fitto *dialogo*, a tratti aspro, tra le alte Corti, anch'esso incentrato sul significato dei principi fondamentali posti a base dei rispettivi ordinamenti di cui sono custodi la Corte Costituzionale, la Corte di giustizia e la Corte Europea dei diritti dell'uomo. In proposito si è parlato di tendenza al “traboccamento” dei diritti fondamentali della CDFUE rispetto agli analoghi diritti già affermati dalla nostra Costituzione<sup>15</sup>.

Gli stessi giudici comuni, in alcuni casi, hanno istaurato un dialogo diretto con le alte Corti e dato ingresso immediato ai diritti fondamentali della CDFUE con conseguente disapplicazione della norma nazionale contrastante con tale Carta, esimendosi dal sollevare preventivamente questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale<sup>16</sup>.

È stato avvertito come anche questo potere diffuso di disapplicazione sia stato interpretato in modo via via espansivo nei casi in cui “i giudici comuni non si limitano a disapplicare norme interne antinomiche rispetto a puntuali norme europee ... ma si spingono fino alla disapplicazione di puntuali norme nazionali ritenute in contrasto con principi, obbiettivi, clausole generali, variamente presenti nelle normative europee. Clausole, principi ed obbiettivi necessariamente aperti, suscettibili di diverse applicazioni e quindi non sempre direttamente (o almeno univocamente) applicabili”<sup>17</sup>. Un argine al fenomeno del sindacato diffuso di legittimità indotto dalla concorrenza di più fonti costituzionali è stato tentato con la famosa teoria della “doppia pregiudizialità” di cui all'*obiter dictum* di C. Cost. n. 269 del 2017. La Corte

<sup>15</sup> BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *QC*, n. 1/2018.

<sup>16</sup> In tale contesto si nota anche una forte valorizzazione della CEDU. Sulla vincolatività per i giudici nazionali di questa fonte rispetto ad altre fonti del diritto unionale si rinvia a ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 457 ss.

<sup>17</sup> BARBERA, *op. cit.*, p. 156, che ben puntualizza come il potere di disapplicazione non può che competere al giudice del caso concreto ma che dovrebbe riguardare soltanto il caso del “contrasto fra regole, interne ed europee, aventi le medesime peculiarità precettive” per verificare quale delle due è applicabile; mentre, di fronte ad un contrasto di una norma interna con principi o clausole generali di derivazione europea può rendersi necessario il bilanciamento con una pluralità di altri principi, nazionali ed europei, ordinari e costituzionali che non può essere risolto dal giudice comune e richiederebbe che venisse sollevato un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale (il primo comma dell' art. 117 Cost.) ovvero una questione di pregiudizialità di fronte alla Corte di Giustizia.

ha tentato di riaffermare il proprio ruolo “in quanto le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito”. Il tutto in un quadro “di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia... , affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)”. In tal modo la Corte ha inteso contenere appunto il rischio di un sindacato diffuso di costituzionalità che si concreta anche tramite un dialogo diretto dei giudici nazionali con la Corte di Giustizia Europea, e che rischia di svalutare il sindacato accentrato di costituzionalità spettante alla Consulta.

In questa orditura di contrappunti valoriali al sistema di regole poste dal legislatore interno, ha trovato terreno fertile appunto la prospettiva rimediale lavoristica in sede giudiziale che non ha lasciato esente neppure la nostra Corte Costituzionale. Invocando valori costituzionali sovranazionali, si è avuto un vero e proprio rimaneggiamento di norme positive nazionali frutto del bilanciamento dei valori costituzionali nazionali effettuato dal nostro legislatore, dando ingresso diretto ai valori europei in virtù del riconosciuto primato del diritto dell'Unione.

Un terreno emblematico dell'inarrestabile ascesa dell'interpretazione *valorialmente* orientata è quello che ha interessato la spettanza di diverse prestazioni di sicurezza sociale che la legge italiana sottopone a limiti e condizioni variamente legate alla residenza, al lungo soggiorno, alla nazionalità. La Corte costituzionale è stata chiamata a valutare, a più riprese, la costituzionalità di diverse norme interne di questo tipo, alcune adottate sulla base del diritto europeo derivato, alla luce del parametro interposto dell'art. 14 CEDU (“Divieto di discriminazione”), dell'art. 34 CDFUE (“Sicurezza sociale e assistenza sociale”) e dell'art. 18 TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato<sup>18</sup>. Rientrano in questo

<sup>18</sup> L'art. 34 recita che l'Unione europea “riconosce e rispetta il diritto di accesso alle pre-

filone, seppure con percorsi argomentativi e approdi opposti, ad esempio le controverse sentenze C. Cost. n. 19/2022 sul reddito di cittadinanza<sup>19</sup> e C. Cost. n. 54/2022 sull'assegno di natalità e di maternità<sup>20</sup>.

stazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali”.

<sup>19</sup> Nella sentenza 25 gennaio 2022 n. 19 (red. De Petris) avente ad oggetto la spettanza del reddito di cittadinanza per gli stranieri non in possesso della carta di soggiorno di lungo periodo, la Corte, pur concludendo per l'inammissibilità della questione di costituzionalità, ha ritenuto che il parametro interposto dell'art. 14 CEDU fosse invocato in modo pertinente, salvo poi ritenere non fondata la questione di costituzionalità sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. rispetto all'art. 14 CEDU. La Corte ammette che l'art. 14 CEDU “costituisce completamente di altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli e può essere invocato solo in collegamento con una di esse”, tuttavia ritiene che il rimettente, pur non avendo indicato espressamente la disposizione della CEDU cui l'art. 14 si collega nel caso di specie, “implicitamente” abbia invocato “l'art. 1 del Protocollo addizionale, riguardante la protezione della proprietà. E, poiché il d.l. n. 4 del 2019, come convertito, prevede un diritto al reddito di cittadinanza ..., non impropriamente il giudice a quo ha invocato il parametro convenzionale”. Nella sentenza la Corte ha dichiarato altresì manifestamente inammissibili, per insufficiente motivazione del giudice remittente, le questioni di costituzionalità sollevate in relazione al parametro interposto degli artt. 20 e 21 CDFUE.

<sup>20</sup> Nella sentenza 4 marzo 2022 n. 54 (red. Sciarra), che dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme interne che pongono limiti alla spettanza dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità, si legge un passaggio chiave in cui la Corte fa leva sull'art. 34 CDFUE per rafforzare la precettività del diritto europeo derivato. Afferma che: “in un quadro che vede interagire molteplici fonti, è affidato a questa Corte il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie”. La Corte dichiara fondate le eccezioni sollevate dalla Corte di Cassazione remittente, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., “quest'ultimo in relazione all'art. 34 CDFUE, così come concretizzato dal diritto europeo secondario”. In particolare il richiamo all'art. 34 consente alla Corte di rafforzare la coerenza diretta del principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE del 13 dicembre 2011 relativa al rilascio di un permesso unico di soggiorno e al riconoscimento di diritti ai cittadini dei paesi terzi. In particolare il richiamo all'art. 34 CDFUE permette alla Corte di fornire una interpretazione molto restrittiva delle eccezioni che (ex art. 12, comma 2, lett. b della Direttiva) gli Stati membri possono prevedere alla parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale definiti nel Regolamento (CE) n. 883/2004, del 29 aprile 2004. In ultima analisi nella sentenza 54/2022 la Corte fornisce una interpretazione delle norme interne attuative del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale contenuto nel diritto derivato (Direttiva 2011/98) scrutinandone la costituzionalità non soltanto in relazione ai principi consacrati dagli artt. 3 e 31 Cost., ma anche ai valori della CDFUE che sono richiamati proprio per avvalorare il “contenuto assiologico” delle previsioni della Direttiva (cfr. in particolare il punto 13 della motivazione).

La giurisprudenza costituzionale ha adottato decisioni, per certi versi sorprendenti, in relazione alle condizioni di accesso a diverse prestazioni di sicurezza sociale stabilite dal legislatore italiano, con motivazioni fortemente improntate all'approccio pluriordinamentale<sup>21</sup>, ma non scevre da una evidente sensibilità per le potenziali conseguenze che le pronunzie di incostituzionalità avrebbero riverberato sul bilancio dello Stato. Ciò ha portato a evoluzioni argomentative non sempre lineari, dove parametri interni e sovranazionali vengono richiamati e utilizzati con una certa disinvoltura.

Senza entrare nel merito e limitandosi ad accenni generali può dirsi che le tecniche per dare ingresso al primato del diritto unionale nel campo della sicurezza sociale sono diverse. La prima consiste nella disapplicazione della norma interna ritenuta in contrasto con il divieto di discriminazione e parità di trattamento tra cittadini europei e il divieto di discriminazione per nazionalità<sup>22</sup> sanciti dalle fonti sovranazionali attraverso il parametro interposto della Carta dei diritti fondamentali, anche in ambiti regolati da fonti derivate fondative di diritti già chiari precisi e incondizionati che avrebbero consentito alla Corte ugualmente di riscontrare il contrasto della normativa interna rispetto alla disposizione della direttiva o del regolamento senza necessità di attingere in via diretta ai principi della CDFUE<sup>23</sup>. In altri casi la Corte è pervenuta (indirettamente) al risultato estensivo del diritto europeo autolimitando il proprio ruolo ed esaltando il dialogo diretto dei giudici comuni con la Corte di Giustizia avvalorando il sindacato diffuso di costituzionalità su norme nazionali che si pongano in contrasto con disposizioni già "ritenute dalla Corte di Giustizia incompatibili con il diritto europeo". In tal modo si mira al temperamento della via del sindacato accentrato di costituzionalità configurato dall'art. 134 Cost. proposto dalla teoria della doppia pregiudizialità, considerato non alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo da parte dei giudici comuni. Rientra in questo filone ad esempio C. Cost. 67/2022 sull'assegno per il nucleo familiare<sup>24</sup> dove la Corte

<sup>21</sup> Per un'analisi approfondita si rinvia a GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *RDSS*, 2022, p. 247 ss.

<sup>22</sup> GARILLI, *Immigrati e discriminazioni nel settore della sicurezza sociale. Sulle provvidenze a sostegno di, famiglia e genitorialità la Corte costituzionale sollecita il dialogo con la Corte di giustizia*, in *RDSS*, 2020, p. 561 ss.

<sup>23</sup> È il caso di C. Cost. n. 54/2022 (su cui vedi retro nt. 20). Per un commento molto critico in tale senso GIUBBONI, *La Corte situazionista*, in *RDSS*, 2022, p. 299 ss.

<sup>24</sup> Nella sentenza 11 marzo 2022 n. 67 (red. Sciarra) la Corte dichiara l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità della normativa interna limitativa del riconoscimento del-

dichiara inammissibile il rinvio e allo stesso tempo invita i giudici “nei giudizi a *quibus* a ricorrere direttamente alla disapplicazione della norma interna il cui contrasto con la Direttiva europea sia stato già conclamato dalla Corte di Giustizia”.

A fronte di una tale complessità degli schemi di dialogo tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale in sede giurisdizionale, ancora alla ricerca di un adeguato assestamento<sup>25</sup>, comunque si è assistito ad un utilizzo pervasivo delle norme e dei principi sovranazionali nella ridelimitazione del campo applicativo e titolarità delle prestazioni di welfare e sicurezza sociale, in una materia oltretutto tradizionalmente sottratta alla competenza della UE e rientrante dal punto di vista sostanziale nel terreno elettivo delle prerogative degli Stati nazionali<sup>26</sup>.

Appare evidente come questo approccio rischia di mettere in crisi la fattispecie, cioè la normatività della regola posta dal legislatore come sintesi del bilanciamento tra diversi valori costituzionali interni, e di spostare sempre

l'assegno per il nucleo familiare in riferimento agli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione alla Direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, concernente lo status dei cittadini di paesi terzi lungo soggiornanti, e alla Direttiva 2011/98/UE. In questo caso il remittente non aveva invocato l'art. 34 CDFUE ma si era limitato ad evidenziare il contrasto tra norma interna e diritto derivato dell'UE già conclamato dalla Corte di Giustizia. Al di là dell'esito della sentenza, la Corte in motivazione valorizza al massimo il primato del diritto europeo e il meccanismo diffuso di attuazione del diritto unionale da parte dei giudici comuni sul presupposto che le disposizioni delle Direttive siano provviste dell'effetto diretto e afferma che: “il principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l'architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. Questa Corte, ha costantemente affermato tale principio, valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell'ordinamento interno. In tale sistema il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato), ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate”. Conseguentemente la Corte rileva che “nei giudizi a *quibus* ricorrono le condizioni per fare luogo alla disapplicazione dell'art. 2, comma 6-bis, del d.l. n. 69 del 1988, come convertito. Pertanto, le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto tale disposizione devono essere dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza”.

<sup>25</sup> RUGGERI, *Alla Cassazione resta a far luogo all'applicazione diretta del diritto euorunitario la Consulta replica alimentando il secondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in CO, 14 marzo 2022; TEGA, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Eurojus*, n. 2/2022.

<sup>26</sup> ALES, *Il “diritto” dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia “discrezionalità” del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *RDSS*, 2019, p. 521 ss.



di più il perno del disegno delle tutele sociali dalla sede politico/legislativa a quella giurisprudenziale puriordinamentale.

Ma le soluzioni rimedialiste, oltre a mettere in tensione i criteri e le sedi opportune del bilanciamento dei valori costituzionali<sup>27</sup>, sono necessariamente ispirate al particolarismo delle tutele, che inevitabilmente scaturisce da un sistema che, soprattutto se basato sulla tecnica della disapplicazione della norma, finisce per affidare al giudizio di legittimità diffuso la distribuzione e l'imputazione delle tutele sociali.

C'è allora da domandarsi se il rimedialismo creativo e valorialmente orientato, proprio mettendo in crisi la fattispecie, non mini dalle fondamenta la funzione stessa della norma legale, presidio essenziale della certezza delle regole, della calcolabilità *ex ante* delle discipline<sup>28</sup> e della uniformità delle tutele<sup>29</sup>.

Così che, portata alle estreme conseguenze, la tecnica rimediale, mentre ambisce a restaurare la giustizia del caso concreto *ex post*, finisce per frustrare i suoi stessi obiettivi protettivi, poiché indebolendo l'autorità della norma giuridica posta *ex ante* e la sua valenza *erga omnes*, apre ampi spazi valutativi all'interprete nel caso concreto, dando ingresso a una giustizia sostanziale di tipo particolare che mette a repentaglio la stessa funzione protettiva della norma lavoristica inderogabile, di cui diventano in realtà incerti i confini e la precettività.

In questa prospettiva il rimedialismo giudiziale forse contribuisce a quella lenta erosione del dogma dell'inderogabilità della norma lavoristica che si sta manifestando per diverse vie, aprendo varchi a valle della regola posta dal legislatore, anche attraverso il processo di sostanziale allargamento della disponibilità dei diritti promananti dalla norma inderogabile, di cui l'introduzione della negoziazione assistita rappresenta il picco di espressione<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> ROMEI, *op. cit.*

<sup>28</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 68 ss. tratta la questione del grado tollerabile di incertezza della norma.

<sup>29</sup> Si consenta il rinvio a CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, 2023, p. 89 ss.

<sup>30</sup> Per una disamina approfondita di questa tendenza si v. LAMBERTI F., *Nuovi perimetri regolativi degli atti dispositivi del lavoratore: una metamorfosi dell'art. 2113 c.c.?*, in *RIDL*, 2024, I, p. 97 ss.

3. *Ri-definizione della fattispecie e ri-definizione delle tutele lavoristiche: il ruolo del legislatore*

La discussione giuslavoristica intorno al rimedialismo è strettamente connessa a quella della tenuta delle categorie tradizionali dell'autonomia e della subordinazione come criteri di segmentazione delle regole di protezione lavoristiche in una logica selettiva, ma anche distributiva.

Come già in precedenza accennato, personalmente ritengo che neppure le tesi dottrinali ispirate al rimedialismo più avanzato, mettano seriamente in discussione la tenuta del paradigma fattispecie/effetti. Nell'alternativa tra autonomia e subordinazione ciò implica che la qualificazione del tipo contrattuale sulla base dei presupposti identificativi della fattispecie precede logicamente la successiva applicazione, quale effetto legale inderogabile, delle connesse discipline di tutela.

In realtà anche le teorie dottrinali rimedialiste in fondo non sfuggono alla logica binaria incentrata sul doppio livello: qualificazione del tipo/applicazione delle discipline. Soltanto che la riconfigurazione del tipo giuridicamente rilevante è ispirata a un maggiore universalismo e quindi orientata nel senso di una minore selettività dei criteri che mettono capo al processo distributivo delle discipline di protezione.

Ciò avviene con una duplice passaggio concettuale. Da un lato, come effetto dell'ampliamento del tipo legale giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, non più identificato dalla subordinazione, bensì dalla personalità del lavoro e/o dalla situazione di dipendenza economica. Dall'altro lato, come effetto della ri-articolazione complessiva e graduale delle discipline di tutela per nuclei omogenei e meno sfrangiati del passato. Una ri-articolazione guidata non più dalla dicotomia autonomia/subordinazione, ma dalla necessità di individuare un nucleo di base, a valenza fondamentale e costituzionale, legato alla persona umana che lavora e perciò insensibile alle condizioni modali della prestazione. Quindi a me sembra che non sia tanto messo in crisi il modello in sé fattispecie/effetti, quanto le tecniche che portano alla configurazione sia della fattispecie quanto degli effetti.

La questione da porsi è allora in quale modo, e se, possano essere ridefinite ad opera del legislatore ordinario le fattispecie lavoristiche, da un lato, e riarticolate le connesse discipline dall'altro lato. La risposta a questo interrogativo non può che essere positiva, nei limiti posti dalle norme di rango superiore. Inoltre la ri-definizione delle fattispecie e ri-definizione delle

norme di protezione possono seguire strade indipendenti sul piano della regolazione. Fermo rimanendo che le fattispecie non preesistono ontologicamente alle discipline, ma vengono a configurarsi proprio attraverso di esse.

La teoria della c.d. indisponibilità del tipo contrattuale, a mio modo di vedere, non evoca un'intangibilità ad opera del legislatore del tipo legale in sé, altrimenti dovrebbe ammettersi la preesistenza ontologica e la immodificabilità del tipo a prescindere dal suo formale riconoscimento giuridico in una logica *gius-naturalistica* estranea al nostro ordinamento di diritto positivo. Piuttosto tale teoria impone un criterio di ragionevolezza<sup>31</sup> e razionalità cui devono rispondere le innovazioni legislative che pongano discipline differenziate per situazioni giuridiche sostanzialmente identiche.

Detto diversamente, al legislatore non è impedito certamente di ridisegnare i contorni della subordinazione, anche sottraendovi rapporti che ne presentano tutti i caratteri distintivi in base alle norme vigenti ad un determinato momento storico, per tener conto dell'evoluzione dei bisogni sociali e delle forme concrete di integrazione della prestazione umana nelle attività produttive, così come non è impedito predisporre un ventaglio diverso di discipline applicabili a rapporti compresi nella medesima categoria concettuale della subordinazione. Soltanto che siffatte modifiche incontrano, come è ovvio, il limite posto dall'art. 3 Cost. alla discrezionalità valutativa del legislatore storico. Il che significa che un'eventuale diversità di trattamento, sia che riguardi i criteri identificativi della fattispecie sia che riguardi gli effetti di disciplina, deve trovare una giustificazione razionale e proporzionata e coerente con il sistema dei principi costituzionali.

Allo stesso modo non può essere impedito al legislatore, nei limiti della ragionevolezza, estendere porzioni di disciplina tipica di altri schemi contrattuali oltre l'ambito originario, come effettivamente è avvenuto con l'art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha equiparato, quanto alla disciplina di tutela applicabile, i rapporti di lavoro autonomo coordinato e continuativo caratterizzati dalla etero organizzazione ai rapporti di lavoro subordinato. In questo caso la graduazione delle tutele è stata effettuata senza un apparente intervento sul tipo lavoro autonomo coordinato e continuativo di cui all'art. 409 cod. proc. civ., ma agendo appunto – in senso estensivo – sulle tutele applicabili.

<sup>31</sup> Riflette sulla *ragionevolezza* delle scelte legislative compiute con l'art. 2, co. 1, e l'art. 47-bis d.lgs. n. 81/2015, ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 131 e 137.

La graduazione, ma anche l'uniformazione delle discipline, rientra a pieno titolo nella discrezionalità legislativa, se rispettosa del canone della ragionevolezza e dei principi costituzionali. Né questa graduazione deve necessariamente avvenire attraverso una ridefinizione della fattispecie.

Da questo punto di vista la re-definizione delle tutele, o meglio dei criteri di distribuzione delle tutele e di allocazione equilibrata delle norme di protezione, può e deve aggiornarsi all'evoluzione dei tempi. Può ben essere informata all'esigenza di individuare tutele trans-tipiche per rispondere ad una situazione di debolezza contrattuale e socioeconomica che giustifica (criterio di giustificazione) il riconoscimento di nuove tutele, così come può essere informata all'aggiornamento dello statuto protettivo in senso di concessione di maggiori margini di modulazione e personalizzazione oltre la standardizzazione dei trattamenti.

Si può pervenire a questi risultati lasciando immutate le fattispecie (autonomia/subordinazione e loro sotto articolazioni) e agendo piuttosto sullo spettro applicativo delle norme di disciplina, cioè sui criteri di distribuzione delle tutele lavoristiche per un loro allargamento (come è avvenuto con l'estensione alle collaborazioni autonome etero organizzate di porzioni di discipline del lavoro subordinato: art. 2 d.lgs. n. 81/2015) ovvero per un loro restringimento (come è avvenuto per il patto di lavoro agile, sottraendo le collaborazioni subordinate all'ambito applicativo della disciplina limitativa dell'orario di lavoro: l. 22 maggio 2017 n. 81).

Si tratta di maltrattamento della fattispecie?<sup>32</sup> In realtà è una strada percorribile che si colloca pur sempre nell'ambito dei poteri discrezionali del legislatore. Si tratta forse anche della strada legislativamente e politicamente meno *costosa* per fornire una risposta ordinamentale possibile all'esigenza pressante di aggiornamento dello statuto protettivo del lavoro personale.

Dopo di che, in realtà, la fattispecie è descritta anche attraverso le tutele che ad essa si ricollegano e, quindi, gli effetti di disciplina contribuiscono inevitabilmente a ri-definire dinamicamente nel diritto del lavoro la fattispecie, la quale non può rimanere insensibile a queste modifiche e le rispettiva, imprimendo una evoluzione nel tempo al binomio fattispecie/effetti.

<sup>32</sup> Lo esclude, riportando il tema sul terreno della valutazione di razionalità delle scelte legislative e mettendo comunque in evidenza la complessità del quadro normativo e la forte pressione a cui è sottoposta la fattispecie dalla via legislativa imboccata con l'art. 2 e l'art. 47-bis d.lgs. n. 81/2015, ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 126.

Così in realtà la fattispecie di cui all'art. 409 cod. proc. civ. non è rimasta insensibile alla norma posta dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 che ha modificato lo statuto protettivo ad essa applicabile, in quanto all'interno della categoria delle collaborazioni coordinate e continuative ha contribuito ad enucleare un sottotipo rappresentato dalle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate.

Del resto siamo in un'epoca dove appare ormai ineludibile ripensare i confini delle fattispecie come canoni /criteri di imputazione delle discipline, così come l'ambito di applicazione delle tutele. La vera questione è quella che la monografia di A. Zoppoli e gli scritti del presente fascicolo, affrontano e cioè chi ha il compito di effettuare questo ammodernamento dello statuto protettivo del lavoro personale? Il legislatore, il giudice o la contrattazione collettiva? Chi ha il compito di garantirne l'effettività? Chi ha il compito di garantirne la flessibilità e l'adattabilità alle istanze particolari e soggettivamente situate?



## Angelo Abignente

### Fattispecie e (in)certezza del diritto

**Sommario:** 1. “Un grado tollerabile di incertezza”. 2. La crisi della fattispecie. 3. La costruzione della norma nel caso concreto. 4. Creatività giudiziale e controllo *ex post*. 5. Il diritto come pratica sociale. 6. Un auspicio.

#### I. “Un grado tollerabile di incertezza”

Il libro di Antonello Zoppoli, da cui le pagine che seguono hanno origine, si iscrive in quel radicamento del diritto del lavoro nel diritto civile che ha caratterizzato, nel dialogo costante anche se a volte a distanza, il fecondo approccio dei maestri alla loro disciplina. Antonello si impegna infatti in un’attenta analisi critica delle teoriche civilistiche intorno alla “prospettiva rimediabile”, individuandone la matrice nella *humus* del *common law*. Si potrebbe discutere questo punto e cercherò di sostenere alla fine del mio intervento che questa considerazione dei rimedi è a mio avviso frutto di un approccio diverso al diritto, un nuovo *paradigma* indotto dal c.d. costituzionalismo post-positivista.

Nella lettura critica di Antonello tema centrale è la tensione tra *rimedio* e *fattispecie*. Il rimedio o la prospettiva rimediabile nella dottrina civilistica viene rappresentata come risposta ad una istanza di effettività, di tutela, ponendosi come possibile superamento della fattispecie quale “schema tipico della norma giuridica”. E già nelle prime battute del suo lavoro Antonello pone in evidenza come nell’ambito del diritto del lavoro essa è stata avvertita come “possibile crisi qualificatoria della norma giuridica”<sup>1</sup>, intorno alla *vexata quae-*

<sup>1</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediabile, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2022, p. 14.

stio della distinzione tra autonomia e subordinazione, anche in occasione di alcuni rilevanti arresti giurisprudenziali<sup>2</sup>. È interessante questo sguardo prospettico dal punto di vista della qualificazione perché entra nel cuore della fattispecie, segnando la distanza tra “schema” e “contenuto”.

In un confronto critico, costante e puntuale con la dottrina più accreditata, Antonello pone in evidenza che nell’“accezione lavoristica” si registra uno “spostamento di prospettiva rimediale sul piano sostanziale, cioè dalla protezione di un interesse/diritto rimasto inattuato ... all’individuazione degli interessi/diritti da tutelare ...: dal *quomodo* all’*an* della tutela; dall’*effettività* della tutela al suo *riconoscimento*”<sup>3</sup>. A chi il compito di qualificare? Le teoriche post-moderne tenderebbero ad affidarlo al giudice ma qui emerge la problematicità del confine, dell’*argine* dell’intervento del giudice-interprete che non può risolversi nel rispetto dei principi costituzionali, anche in ragione dell’impossibilità della *Drittwirkung*<sup>4</sup>.

Ed allora Antonello rivolge lo sguardo alla fattispecie e, leggendone la *crisi* su cui mi soffermerò tra breve, ne propone una rivisitazione come “fattispecie critica”, *critica*, avverte, “nel senso kantiano del termine” perché, nel vaglio razionale delle sue pretese, “la comprensione del fondamento, delle possibilità e dei limiti della fattispecie ne determinano l’effettiva consistenza”<sup>5</sup>. È la *fattispecie critica*, particolarmente adatta alla prospettiva rimediale del diritto del lavoro<sup>6</sup>, sia pure nelle varianti applicative delle tecniche più idonee<sup>7</sup>, il primo passaggio della *discorsività del diritto*, dove la *funzione normativa* si accompagna ad una *funzione politico/istituzionale* garantendo uguaglianza e prevedibilità con un “grado tollerabile di incertezza”<sup>8</sup> che circoscrive l’intervento interpretativo non eliminandone per definizione, vorrei considerare sin d’ora, i compiti valutativi.

<sup>2</sup> Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663.

<sup>3</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 44; il corsivo non è in tutto corrispondente al testo.

<sup>4</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 86.

<sup>5</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 70, v. anche p. 83 in riferimento concreto al diritto del lavoro.

<sup>6</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 92.

<sup>7</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 93 ss.

<sup>8</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 64.



## 2. La crisi della fattispecie

Ad Antonello non sfugge l'intenso dibattito che si è generato intorno alla crisi della fattispecie a partire dalle riflessioni di Irti del 2014<sup>9</sup>. Un dibattito non sopito in cui è lecito domandarsi se la fattispecie, intesa nell'accezione bettiana<sup>10</sup>, in continuità con la matrice etimologica di *species facti*, come immagine, schema standardizzato e tipicizzato, fatto proprio dalla dottrina del *Tatbestand*, in quanto includente nella previsione normativa situazioni di fatto *tipiche* al fine di garantire la prevedibilità e la certezza degli effetti giuridici, sia ancora attuale.

Irti è consapevole che la fattispecie è in crisi per plurimi fattori: l'iper-trofia legislativa che produce disposizioni normative a volte contrastanti; la crisi della centralità del codice; la legislazione multilivello che mette in crisi il classico sistema gerarchico ed apre ad una interrelazione di fonti al livello internazionale e dell'unione europea; la centralità della costituzione con il costituzionalismo che comporta la presenza di valori, principi, diritti incondizionati, regole di convivenza, tutela di interessi collettivi, spesso definiti "norme senza fattispecie"; il ricorso a clausole generali e norme elastiche; il ruolo che è venuta ad assumere la giurisprudenza<sup>11</sup>. Più in generale si può dire che la crisi è connessa a quella del "metodo sussuntivo" ed all'affermarsi di teorie ermeneutiche che, rivalutano il caso nella sua specificità, intendono l'interpretazione nella sua dinamica costruttiva, nel dialogo con il caso specifico a cui dare concreta risposta con la *concretizzazione* della disposizione normativa nella norma che regola il caso particolare<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, pp. 36-44. Dell'ampio dibattito, a cui farò cenno, mi limito solo a richiamare tra i primi CATAUDELLA, *Nota breve sulla "Fattispecie"*, in *RDC*, 2015, pp. 245-252, interessante per l'autore che è tra i maggiori teorici della fattispecie di cui ripropone l'utilità.

<sup>10</sup> BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, Cedam, 1929.

<sup>11</sup> Rileva, in questo senso, l'elaborazione giurisprudenziale intorno alla "causa in concreto" che, dalla definizione di Cass. sez. III, 8 maggio 2006 n. 10490, "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato", è ricorsivamente ripresa e puntualizzata nella giurisprudenza successiva e, tra le altre, da Cass. 2 aprile 2009 n. 8038; Cass. Sez. Un. 6 marzo 2015 n. 4628; Cass. Sez. Un. 24 settembre 2018 n. 22437; Cass. 25 giugno 2019 n. 16902; 9 luglio 2020 n. 14595, impegnando il giudice in una cognizione che va al di là dello schema contrattuale tipico.

<sup>12</sup> V. in proposito ZACCARIA, *Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars Interpretandi*, 2019, pp. 7-14, sp. p. 9.

Pur con questa consapevolezza, Irti sostiene la ragione della fattispecie nell'esigenza del diritto di proiettarsi verso il futuro, di garantire la prevedibilità di disciplina al di là del fatto specifico futuro di per sé imprevedibile: "poiché gli eventi sono soltanto probabili e dunque privi di qualsiasi determinatezza ... ecco che il diritto si trova d'ordinario nella necessità di tipizzarli, di considerarli in modo astratto e generale"<sup>13</sup>. La fattispecie, pertanto, integra l'esigenza di un "calcolo di probabilità" che riconduce il fatto storico alla sua specificità contingente ma lo qualifica, gli dà rilievo giuridico nella comparazione al modello, allo "schema", all'"esempio": il fatto diviene il *caso* previsto dalla fattispecie e solo in quanto *caso* e non più mero *fatto* esso acquista rilevanza giuridica. La "tipizzazione semplificatrice" della fattispecie consente pertanto al diritto di non esaurirsi in un evento ma di proiettarsi ad eventi futuri<sup>14</sup>.

Ad Irti non sfugge la crisi della fattispecie generata dallo "spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge"<sup>15</sup>, dalla legge ordinaria alle norme costituzionali ed ai valori costituzionalizzati; il "salire dai diritti ai valori"<sup>16</sup> che non richiedono validità, nel senso tradizionale, in quanto operano di per sé. Al tempo stesso questa crisi viene avvertita con il mutamento della domanda di giustizia che spesso e sempre più riguarda la tutela di "posizioni esistenziali", di "situazioni di vita" ed è questo un aspetto su cui riflettere con attenzione, specie con lo sguardo rivolto alle questioni giurisdizionali in tema di inizio-fine vita.

### 3. *La costruzione della norma nel caso concreto*

Sin qui non può non condividersi la puntuale analisi di Irti ma il consenso tende timidamente ad attenuarsi quando il discorso si pone nella prospettiva del futuro, nella proiezione del diritto verso il futuro che trova forma

<sup>13</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 37.

<sup>14</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 39: "La relazione di legge a caso potrebbe anche enunciarsi come relazione di forma ad evento, poiché quest'ultimo, lungi dall'esprimere un significato interno, riceve significato dalla legge, la quale, applicandosi ad esso, ne fa un proprio caso", gli *attribuisce* "un significato o, se si vuole, una forma che discende dallo schema normativo. Senza legge, un fatto non è un 'caso' ma resta un evento uniforme ed insignificante".

<sup>15</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>16</sup> IRTI, *op. cit.*, p. 42.

nella fattispecie, ribadita anche successivamente da Irti<sup>17</sup>: “*Factum e jus* sono elementi costitutivi del *casus*. Presi in sé e per sé, né *factum* né *jus* danno luogo al *casus*”. Il *factum*, avvolto in una “densa caligine di particolarità”, è l’“evento ... nel suo nudo accadere ... [è] inespressiva oggettività del mondo”. Se non intende consumarsi nel singolo caso ma proiettarsi al futuro e mantenere ferma la sua “prospettività”, il diritto ricorre alla “funzione ordinante” della fattispecie: “Senza fattispecie non c’è futuro della norma, né regolarità, né costanza di relazione giuridica”<sup>18</sup>.

La fattispecie così intesa assume il ruolo di baluardo, argine, difesa contro la imprevedibilità; garanzia di certezza del momento applicativo che si rivela attratto nel “modello sussuntivo”. Il consenso sbiadisce perché questo modello viene messo in crisi da quell’approccio all’interpretazione, diffuso nelle teoriche contemporanee, che intende la decisione come costruzione della norma nel caso concreto, in quel rapporto dialettico posto in evidenza dalle teoriche ermeneutiche sviluppatasi sull’orma di Gadamer e dalla considerazione del prevalere di una domanda di giustizia che riguarda concrete situazioni vitali. Un approccio a cui anche i civilisti non sono rimasti insensibili e basterà in tal senso richiamare Lipari che nelle sue opere sovente esplicitamente si rivolge a Gadamer anche per rileggere con il suo aiuto l’aspetto cruciale della *creatività* dell’interpretazione giurisprudenziale pur nell’ambiguità dell’espressione nell’uso comune che chiede di essere decifrata<sup>19</sup>.

Potrebbe essere di aiuto, in questo senso, il discorso di Grossi che, rilevando nelle concezioni tradizionali, anche se giusnaturalistiche, la carenza della “carnalità” e della “storicità”<sup>20</sup>, apre il discorso sul *riconoscere* come carattere di un paradigma, positivo e propositivo, dell’opera del giurista-interprete che, prendendo le mosse dalla coniazione del *breviario giuridico* della Costituzione, è proteso ad *invenire*, a *cercare* e *trovare* il diritto nella *carnalità del fattuale*, nella peculiarità e contestualità dell’esperienza giuridica. È *nominazione* della *vocazione*, del suo *Beruf* in senso weberiano, alla mediazione nella *storica concretezza* del tempo, tra diritto e vita, al farsi del diritto nella vita, rifuggendo dalla acritica riproduzione “di un diritto

<sup>17</sup> IRTI, *La necessità logica della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, p. 147 ss.

<sup>18</sup> IRTI, *La necessità logica della fattispecie*, cit., pp. 148 e 151.

<sup>19</sup> V. ad es. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, *passim* ma sp. p. 208.

<sup>20</sup> GROSSI, *L’invenzione della Costituzione: l’esperienza italiana*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2022, pp. 63–71, sp. pp. 64 e 65.

voluto in alto e che dall'alto piove sulla società” propria del progetto borghese<sup>21</sup>.

#### 4. *Creatività giudiziale e controllo ex post*

Si apre qui lo spazio dell'interpretazione a cui Antonello dedica particolare attenzione in un diffuso intermezzo che legittimamente lo includerebbe tra i teorici dell'interpretazione di matrice gius-filosofica. Mi piacerebbe soffermarmi su questo profilo del lavoro di Antonello ma più prudentemente mi limito ad osservare che condivido molto il riferimento alla posizione di Mazzamuto<sup>22</sup> che riconduce il tema nell'ambito del “discorso plurale della post-modernità” ed il dialogo instaurato, quantomeno dagli scritti di Lyotard<sup>23</sup>, nel superamento delle narrazioni della modernità, con la pluralità, il pluralismo del contingente, la pragmatica della vita dell'uomo nel suo multiforme atteggiarsi.

È questa la cifra della pos-modernità che oltrepassa l'ideale illuministico della modernità ad un diritto certo, prevedibile, generale, astratto nella normatività proveniente dall'alto, la costruzione architettonica di “guglie gotiche

<sup>21</sup> GROSSI, *La Costituzione italiana espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in ID., *L'invenzione della Costituzione*, cit., p. 41. “Mediazione”, termine ricorrente nella sua politemia ed oggi diffuso in un senso tecnico ma limitativo, è la sintesi espressiva della vocazione-professione del giurista e specialmente dell'interprete che assume una rilevanza etica e deontologica quando riferita all'incontro tra diritto e vita. Come affermava CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID., *Opere*, 1959, V, p. 356: “Quello che è essenziale è questo riportare a questa unità vivente, a questa coerenza intrinseca al processo di vita, proprio le profonde esigenze e funzioni per cui il diritto costituisce un interesse formativo della vita; quel cogliere dall'interno tutta la sostanza etica del fenomeno giuridico. Qui il giurista non è il tecnico che fa uno sforzo di costruzione puramente formale, per raggiungere una coerenza puramente formale, ma l'uomo, nell'alto senso della parola, che cerca di cogliere il diritto nella profonda vita delle sue determinazioni positive e nelle profonde e immutabili connessioni, con i principi e le esigenze costitutive della vita e della coscienza. Qui il giurista è proprio il collaboratore della vita, il collaboratore indispensabile del segreto processo verso il quale la vita concreta si trasforma in esperienza giuridica, e l'umanità del mondo della storia viene perpetuamente difesa contro la barbarie sempre presente e sempre immamente della forza. E se non è questo, che cosa è il giurista? Che ci sta a fare nella vita? Perché vive?”.

<sup>22</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 27.

<sup>23</sup> LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, 2014.

svettanti ben al di sopra della esperienza storica”<sup>24</sup> e si incarna nella concretezza dell’esistente.

È su questa matrice che si potrebbe stipulativamente definire il concetto di *creatività* ed i suoi confini se intesi in riferimento a particolari contesti ordinamentali, quali le lacune o le clausole generali, o non piuttosto se riferiti ad un carattere della insopprimibile valutazione del giudice delle coordinate normative e contestuali nel cui dialogo si iscrive il suo intervento. Io opterei per questa seconda prospettiva che a mio avviso comporterebbe un mutamento di orizzonte dall’*ex ante* della fattispecie all’*ex post* del controllo che, pur nella problematica individuazione di una “comunità interpretativa”<sup>25</sup>, si pone a presidio della prevedibilità e della certezza che riterrei istanza razionale, ideale regolativo ma non valore<sup>26</sup>.

Penso sommessamente di poter osservare che forse troppo radicalmente Antonello contrappone la soluzione legislativa a quella giurisprudenziale nel “selezionare le tutele”<sup>27</sup>, giungendo a ritenere quest’ultima inadatta al diritto del lavoro in quanto, *appropriandosi* del giudizio di rilevanza che distingue la prospettiva rimediabile lavoristica, il giudice “varca i predetti [l’attribuzione di diritti sul presupposto dell’“individuazione dell’ interesse/diritto da soddisfare”] confini per esercitare appieno il potere di *creare la norma*: conclusione evidentemente incompatibile col nostro sistema normativo”<sup>28</sup>. Tra le due

<sup>24</sup> GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *QG*, 2018, 4, p. 2.

<sup>25</sup> Sulla “comunità interpretativa” sono chiare e condivisibili le parole di LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 46 ss., che chiama a raccolta dottrina e giurisprudenza, interagenti e convergenti nel “controllo di razionalità di tipo intersoggettivo” nella formazione creativa del diritto.

<sup>26</sup> D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, pp. 49-69, ritiene irrinunciabile il ricorso alla fattispecie per il perseguimento della certezza che lui intende “valore” “per qualsiasi ordinamento giuridico che intenda svolgere la propria funzione” (p. 66). La sua analisi restringe il tema della creatività alle ipotesi delle lacune, delle clausole generali ... ed in generale ai casi in cui l’intervento giudiziario si riferisce all’“alone” che circonda il “nucleo centrale di significato ‘certo’” dell’enunciato normativo (p. 63). Si pone il problema della soggettività dell’interpretazione e della inesauribilità, quale argine, del riferimento alla “comunità interpretativa” (p. 66).

<sup>27</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 85. Una posizione equilibrata sul punto la rinvengo in BALLESTRERO, *La disciplina dei licenziamenti. Quale tecnica giuridica per quale disegno politico*, in *Labor*, n. 6/2023, pp. 563-578, che, convenendo sulla “constatazione che la normazione per fattispecie stia attraversando (e non da ora) una fase di crisi” che preferisce definire “articolazione (al

prospettive *tertium datur* nelle teoriche interpretative che non degenerano in un radicale relativismo e assegnano un ruolo indefettibile allo “scontro con il testo”, come avviene anche nella filosofia ermeneutica di Gadamer e nella teoria di Esser, fondate non soltanto sulla *precomprensione* ma soprattutto sul *circolo ermeneutico*. La configurazione oppositiva e non dialogica tra testo e contesto resiste solo se si conserva la chiusura dell’interpretazione nel mero procedimento sussuntivo, come propugnerebbero le teorie normativo-oggettivistiche che però oggi sono, a mio avviso, giustamente lette criticamente in uno scenario in cui le regole di azione si accompagnano ed intersecano con regole di fine e con principi, con norme elastiche che non possono essere ridotte ad eccezioni periferiche nella dinamicità di un sistema rivolto alla tutela di diritti emergenti.

##### 5. *Il diritto come pratica sociale*

Per rispondere all’istanza di prevedibilità del diritto si potrebbe allora assumere un nuovo e diverso paradigma, certo affrancato da quella razionalizzazione che Weber leggeva come carattere della società moderna intesa ad individuare nel calcolo e nella prevedibilità le basi del capitalismo. Una razionalizzazione che, nella prospettiva del diritto, postulava la burocratizzazione del potere cristallizzato nella sua struttura operativa, la “macchina tecnicamente razionale” che garantisce libertà con la previa definizione delle regole del gioco (stabilità e calcolabilità) ma che al tempo stesso può degenerare in “gabbia di acciaio”, nella tendenza all’amministrativizzazione dei rapporti giuridici o, meglio, dei rapporti dell’individuo nei confronti del potere. Una prospettiva che si riverbera sul piano della decisione giudiziaria intesa soltanto come atto applicativo, esito di un processo sussuntivo che faceva perno sul discorso sistematico del diritto e sulla sua completezza ed esaustività, oggi meritevole di una riflessione di fronte all’emergere di sistemi automatizzati ed algoritmi.

(limite della frammentazione) delle fattispecie, la cui moltiplicazione rischia di comportare una perdita della capacità di porsi come schemi tipici astratti”, ritiene opportuno il confronto con la tecnica rimediale, proponendo di “non confondere l’idea della giustizia *case by case* con l’apertura alla discrezionalità del giudice nella valutazione delle specificità del caso concreto” (p. 570) ed in questa prospettiva accondiscende a riconoscere ai giudici il ruolo di “artefici della costruzione del diritto del lavoro” (p. 568).

Ma anche Weber individuava la complessità di questo tentativo sistematico: “La forma specificamente moderna della sistematica – sviluppata dal diritto romano – procede precisamente dall’ ‘interpretazione logica’ sia dei principi giuridici, sia del comportamento giuridicamente rilevante, mentre i rapporti giuridici e la casistica, avendo il loro punto di partenza in caratteristiche ‘intuitive’, non di rado si ribellano a questo procedimento”<sup>29</sup>. Costatato che il paradigma normativo-giuspositivista che Alexy definirebbe “il modello puro delle regole”<sup>30</sup>, è oggi in crisi, è conveniente un diverso paradigma del diritto che sia maggiormente in grado di consentire con il nostro tempo.

Lo possiamo ritrovare nell’approccio al diritto come “pratica sociale” che, soprattutto sul finire del secolo scorso, ha destato l’interesse e la condivisione di teorici e filosofi del diritto. “Se vogliamo considerare il diritto nella sua globalità – affermava Viola nel 1990 in un saggio che può valere per noi come manifesto – e non soltanto in modo settoriale, allora dobbiamo dire che esso si presenta come una pratica sociale diffusa in un contesto di relazioni intersoggettive .... Comprendere il diritto come pratica sociale significherà innanzitutto ricondurlo al campo delle attività umane e, più precisamente, ad una forma tra le altre di attività umana cooperativa. Siamo nell’ambito di quelle che possiamo considerare ‘azioni comuni’, perché sono compiute con il concorso di molteplici atti di conoscenza e di volontà individuali”<sup>31</sup>. È quindi una prospettiva che si apre al divenire del diritto, mantenendo costante l’attenzione al *nuovo* come compito riflessivo e ricostruttivo, valorizzando la partecipazione ad un processo comune che si realizza anche nella comunicazione linguistica<sup>32</sup>, luogo ad un tempo di disaccordo ed occasione di incontro.

Delineando l’interpretazione con questo paradigma, pur riconoscendo la normatività del sistema e l’ingerenza delle norme nell’agire pratico, abbandonando approcci meramente sussuntivi e statico-oggettualistici, l’opera del giudice viene intesa come *attività, pratica interpretativa*, come particolarmente ci ha insegnato Dworkin nella definizione del diritto come “concetto

<sup>29</sup> WEBER, *Economia e società* II, Edizioni di Comunità, 1974, p. 15 ss.

<sup>30</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012, pp. 140-141.

<sup>31</sup> VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, 1990, p. 159.

<sup>32</sup> CANALE, *L’indeterminatezza delle norme: un approccio inferenzialista*, in *AD*, 2017, pp. 31-

interpretativo”, che si apre alla dinamicità del *processo* di accostamento ed incontro del diritto con dimensioni finalistiche, valoriali ed etiche, così ristabilendo la relazione del diritto con la dimensione morale e con la giustizia<sup>33</sup>. Il giudice, lungi dal proporsi come protagonista di *attivismo giudiziale*, si rivela scolta, vedetta sul *confine* tra legislazione e giurisdizione nel mutato assetto delle “fonti” e del divenire sociale<sup>34</sup>, sperimentando lo spazio crescente della giurisdizione, come luogo destinato ad *incontrare il nuovo*, a sancire il “passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata, riconosciuta nella concretezza del vivere”<sup>35</sup>, mediatore chiamato in causa con immediatezza dall’emergere dei nuovi diritti e dalla necessità di non poterli trascurare per il vincolo impeditivo del *non liquet*.

In questa prospettiva si possono affrontare anche alcuni temi di interesse per i giuslavoristi, come, ad esempio – per riprendere una questione affrontata

<sup>33</sup> ATIENZA, *Filosofia del dercho y transformación social*, Editoriale Trotta, 2017, p. 29, che riconosce le ascendenze della pratica del diritto in Jhering (p. 33 e p. 33 ss.), analizza le basi concettuali del diritto come pratica sociale: concezione dinamica del diritto; distinzione tra dimensione organizzativo-autoritativa e dimensione finalista ed assiologica del diritto; vincolo della pratica giuridica con i valori morali e la giustizia.

<sup>34</sup> Rodotà nel riflettere sulla relazione tra democrazia e diritti si pone la *ineludibile domanda* sulla capacità della democrazia rappresentativa e quindi della normazione a costruire “un patrimonio comune e globale di diritti fondamentali ... in un tempo in cui un nuovo ‘diritto naturale’, quello delle leggi economiche, tende ad assorbire l’intero spazio della regolazione” e registra l’inquietudine che induce a volgere lo sguardo dalla regolazione, “questa inedita e non democratica regolazione”, alle “istituzioni di garanzia” dei diritti, con impegnative ripercussioni, quantomeno *prima facie*, sulla tenuta del principio di divisione dei poteri.

“Mutato il sistema delle fonti – è la domanda iniziale del suo ragionamento – per la molteplicità dei soggetti nazionali, sovranazionali e internazionali che incessantemente producono regole; mutata la qualità della regola giuridica, analitica o di principio, hard o soft, dura o cedevole; messa in dubbio la legittimità della regola giuridica di invadere ogni momento della vita e così assai ridimensionato lo stesso potere del legislatore; divenuto generale il controllo sulla costituzionalità delle leggi; cresciuta la necessaria flessibilità dei sistemi giuridici per fronteggiare le molteplici dinamiche che continuamente trasformano la società: di fronte a questo nuovo mondo era impensabile che l’architettura istituzionale democratica rimanesse immune da qualsiasi contraccolpo. Il tema vero, allora, non può essere quello di un puntiglioso controllo del rispetto del modello della tripartizione dei poteri, peraltro già variamente adattato al mutare dei tempi e alle differenziazioni dei sistemi istituzionali, bensì la verifica del rispetto delle condizioni fondamentali e delle finalità affidate a quel modello in una situazione in cui governo, amministrazione e giurisdizione, pur nella necessaria loro distinzione, intrattengono rapporti nuovi o almeno diversi da quelli del passato. Non è il se del modello a dover essere discusso, bensì il come”. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, p. 48.

<sup>35</sup> RODOTÀ, *op. cit.*, p. 297.



da Antonello<sup>36</sup> – la eteroorganizzazione delle collaborazioni: si tratta di maltrattamento della fattispecie o fisiologica indeterminatezza che ha bisogno della sedimentazione giurisprudenziale? O alcuni arresti giurisprudenziali, quando la Cassazione di recente, in tema di nullità del contratto, ribadisce l'orientamento delle Sezioni Unite<sup>37</sup> *che ha portato progressivamente a superare la tesi secondo cui l'invalidità deve rimanere circoscritta al vizio o alla mancanza dell'elemento costitutivo della fattispecie negoziale, ossia al contenuto del negozio, puntualizzando che alla base del superamento del "dogma della fattispecie" sta l'esigenza di tutelare i preminenti interessi generali della collettività, che la norma imperativa intende tutelare*<sup>38</sup>.

E se è necessario un controllo *esterno* perché l'interpretazione, segnata nel costituzionalismo post-positivista contemporaneo da valutazioni e ponderazioni, non degeneri in arbitrio o in soggettivismi interpretativi, è necessario cogliere la necessità ed urgenza dell'argomentazione, anche essa intesa come *pratica argomentativa*, dove il discorso pratico-razionale incontra la pratica giuridica e la connessa prevedibilità dell'azione o, se si vuole, la certezza, quale *ideale regolativo* mai definitivamente conseguito ed al tempo stesso come verifica e controllo *ex post*. Le teoriche dell'argomentazione, infatti, non escludono in alcun modo il confronto con la disposizione normativa o *fonte* nell'ambito di quella dimensione formale in cui il ragionamento giuridico adopera schemi logici. Ritengono però che ciò sia insufficiente, in quanto l'argomentazione è sempre contestuale e implica un *impegno* da parte di chi interpreta ed argomenta nella *ponderazione*, la determinazione del peso, delle ragioni plurime ed a volte confliggenti che un sistema normativo complesso, come siamo soliti dire, ed una realtà sociale complessa, caratteri della postmodernità, ineludibilmente presentano.

## 6. *Un auspicio*

In un passaggio apparentemente incidentale Antonello afferma che la fattispecie, nella sua lettura critica, “rimane snodo essenziale del ‘processo dinamico della realtà giuridica’”, riprendendo una espressione di Scognami-

<sup>36</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>37</sup> Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007 n. 26724.

<sup>38</sup> Cass. Sez. Un. 22 febbraio 2023 n. 5542.

glio e, come tale, è in grado di metterci al “riparo dai noti rischi della schmittiana ‘tirannia dei valori’”<sup>39</sup>.

Il riferimento è molto intrigante ed indurrebbe a rileggere il commento di Franco Volpi al testo schmittiano con la sua ricostruzione critica dell’etimologia del termine dai greci ai giorni nostri, passando per le trasformazioni della modernità che ha inteso in qualche modo spogliarlo delle sue ascendenze prevalentemente economiche, ben presenti nel seminario di Schmitt del 1959 ad Ebrach, ed alla sua critica della portata universalizzante delle “tirannia dei valori” di Hartmann. In questa rilettura del discorso schmittiano troveremmo con Antonello conforto alla tesi della fattispecie nella affermazione che “All’interno di una comunità la cui Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione – [quella mediazione che è necessaria per evitare i conflitti della assolutizzazione del valore] – tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell’attuazione immediata e automatica dei valori”. Ma potremmo anche cogliere l’annotazione di Schmitt che si tratta di “un compito difficile” e che se “il legislatore fallisce non c’è nessuno che possa sostituirlo, o al massimo dei tappabuchi che cadono più o meno rapidamente vittime del loro ingrato ruolo”. E da qui cogliere il suo parallelo del valore con l’“idea” definita da Goethe “ospite straniero” che “quando si presenta con nuda immediatezza o auto-attuandosi in modo automatico allora incute terrore, e la sciagura è tremenda”. Per poi soffermarci sulla sua affermazione che “L’idea necessita della mediazione ma il valore ne ha bisogno ancora di più”<sup>40</sup>. E da lì interrogarci se, nello stato costituzionale contemporaneo, il compito dell’“ancora di più” della mediazione non spetti al giudice. Forse, come annotava Grossi, “Il costo da pagare sono una diffusa incertezza e scarsa, difficile prevedibilità. Però, è anche la strada che permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia”<sup>41</sup>. Ma questo aprirebbe un altro discorso ed io auspicherei che Antonello, naturalizzato filosofo del diritto, possa in seguito affrontarlo.

<sup>39</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 75

<sup>40</sup> SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi, 2008, p. 67 ss.

<sup>41</sup> GROSSI, *Storicità versus prevedibilità*, cit., p. 5.

## **Abstract**

Nel saggio si ripercorrono alcuni argomenti presentati da Antonello Zoppoli nel libro *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, offrendone una riletture alla luce del nuovo paradigma del c.d. “costituzionalismo post-positivista”. In particolare, ad essere vagliata è la compatibilità tra l’approccio di Zoppoli e la concezione, oggi particolarmente diffusa, del diritto come pratica sociale.

The essay retraces some arguments presented by Antonello Zoppoli in the book *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, offering a rereading in the light of the new paradigm of the so-called “post-positivist constitutionalism”. In particular, what is examined is the compatibility between Zoppoli’s approach and the particularly widespread conception of law as a social practice today.

## **Keywords**

Diritto come pratica sociale, Crisi della fattispecie, Antonello Zoppoli, Postpositivismo, Argomentazione giuridica.

Law as social practice, Crisis of the legal case, Antonello Zoppoli, Postpositivism, Legal argumentation.



## Giovanni D'Amico

### Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** *Ubi remedium ibi ius*: le radici di un equivoco. La “prospettiva rimediale” come (ulteriore) strumento per l’ampliamento degli spazi di discrezionalità giudiziale nell’applicazione delle norme. **3.** *Segue.* Le implicazioni nella *materia* lavoristica. La ‘crisi’ delle ‘fattispecie’ tradizionali (del ‘lavoro subordinato’ e del ‘lavoro autonomo’) e l’esigenza di allargare la tutela delle nuove figure di ‘lavoro’ (e di ‘lavoratori’) generate dalla c.d. *gig economy*. La ‘via giurisprudenziale’ e quella ‘legislativa’. **4.** *Segue.* I limiti e le contraddizioni delle soluzioni legislative volte a regolare le ‘nuove forme di lavoro’ (in particolare, di quelle sorte nell’ambito del c.d. “lavoro su piattaforma”). **5.** *Segue.* Il coordinamento tra l’art. 2 e l’art. 47-bis del d.l. n. 81/2015.

#### I. Premessa

Questo mio contributo, che prende spunto dal bel libro di Antonello Zoppoli<sup>1</sup>, sarà condotto (in buona parte) su un piano generale, sebbene non mancherò di azzardare (verso la fine) qualche ipotesi interpretativa anche sui temi più specificamente lavoristici che sono affrontati nel volume citato, e che del resto hanno fornito occasione al suo autore di affrontare le tematiche generali (ruolo della ‘fattispecie’, ‘teoria rimediale’, sistema) che sono evocate dal titolo del libro, per verificare se e quali peculiarità queste tematiche esibiscono (eventualmente) nel campo del diritto del lavoro. Esprimo subito, al riguardo, una prima personale convinzione: e cioè che una ‘teoria rimediale’ del diritto non può che essere *unitaria*, sicché non dovrebbe potersi immaginare che il concetto di ‘rimedio’ (e le sue implicazioni) siano diverse nel diritto civile, nel diritto del lavoro, nel diritto amministrativo, etc. etc. Ma,

<sup>1</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2022.

sul punto (che tocca una delle tesi centrali, sostenute nel libro di A. Zoppoli) ci sarà modo di soffermarsi più ampiamente fra poco.

Una seconda considerazione preliminare riguarda il fatto che chi vi parla non si è mai sentito molto coinvolto dal dibattito ‘teorico’ (in particolare quello che si è sviluppato nella dottrina civilistica<sup>2</sup>) sul *concetto di rimedio*, che mi è sempre sembrato *come tale* (ossia come discussione su *cosa è un ‘rimedio’*, e su quali siano le – vere o presunte – implicazioni di una ‘*prospettiva rimediale del diritto*’) un dibattito alquanto ‘fumoso’ (se mi si passa il termine), condotto su premesse malcerte (spesso legate a personali prospettive dell’autore che di volta in volta affrontava il tema), e, soprattutto, costruito per occultare, sotto l’apparente veste di una ‘discussione metodologica’, i veri problemi che stanno alla base di queste discussioni: in particolare, il problema dell’ampiezza dei poteri del giudice nell’accordare tutela a determinati interessi, e dei limiti che questi poteri possono eventualmente incontrare in presenza di un dato legislativo, che sembrerebbe legittimarli solo sino ad un certo punto. Lo dimostra il fatto che la dicotomia (o, se si vuole, la contrapposizione) *rimedio vs. fattispecie* – che attraversa tutto il dibattito ‘teorico’ sul nostro tema – si incentra in definitiva sulla contrapposizione tra studiosi – come Di Majo – maggiormente propensi a fare del ‘rimedio’ uno strumento di *oltrepassamento* della fattispecie, in una logica di *Materialisierung* della tutela, volta ad assecondare in presa diretta i ‘bisogni di tutela’ emergenti, e che non trovano in ipotesi compiuta risposta nelle ‘fattispecie normative’; e altri – come Mazzamuto e Scalisi – più prudenti nell’ammettere questo ‘oltrepassamento’, come avviene ad esempio nella costruzione scalisiana del rimedio come ‘effetto secondo’, riconducibile pur sempre alla *selezione degli interessi da tutelare* effettuata dal legislatore (‘effetto secondo’ avente la specifica funzione di *rendere ‘effettiva’* la tutela accordata dalla norma legislativa, ma non di aggiungere *nuovi interessi*, che il giudice individui come meritevoli di protezione).

Un dibattito teorico – quello or ora rapidamente evocato – che non

<sup>2</sup> Cfr., nella letteratura più recente, oltre gli autori che saranno citati più avanti, almeno: DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *EDP*, 2005, 141; ID., *Rimedi e dintorni*, in *EDP*, 2015, 703; ID., *Rimedi contrattuali*, in D’AMICO (dir.), *Enc. dir. I Tematici*, I, *Contratto*, Giuffrè, 2021, p. 1031; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045 ss.; BARCELLONA, *L’ottica rimediale e la morte della legge*, in *NDC*, 2017, p. 37 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *EDP*, 2015, p. 583; SMORTO, *Sul significato di ‘rimedi’*, in *EDP*, 2014, p. 159 ss.

va confuso, a mio avviso, con altri temi più ‘concreti’ (e meno legati alla rarefatta atmosfera dei concetti astratti), come quello delle *forme e delle tecniche rimediali* (tutela restitutoria, risarcitoria, satisfattoria, cautelare)<sup>3</sup>, del loro carattere ‘tipico’ o ‘atipico’<sup>4</sup>, della possibilità di applicazione analogica dei vari strumenti in cui si articola la tutela dei diritti e degli interessi, e così via. Temi dei quali – ovviamente – è indiscussa e indiscutibile l’utilità.

2. *Ubi remedium ibi ius: le radici di un equivoco. La “prospettiva rimediale” come (ulteriore) strumento per l’ampliamento degli spazi di discrezionalità giudiziale nell’applicazione delle norme*

Ho già premesso il mio scetticismo circa l’utilità della discussione ‘teorica’ sulla c.d. prospettiva rimediale.

È il caso, adesso, di svolgere qualche ulteriore considerazione sul punto, sia per motivare meglio le ragioni dello scetticismo sia per evidenziare un equivoco che probabilmente si annida in quella discussione.

Comincio col dire che il brocardo “*ubi remedium ibi ius*” – che tante volte viene evocato come ‘vessillo’ della c.d. “prospettiva rimediale” (in quanto contrapposta ad un ragionamento ‘per fattispecie’) – indica, a ben vedere, un criterio generale che presiede all’intero funzionamento di quel particolare sistema di regolazione sociale che è un ordinamento giuridico. Un sistema – quello cui mette capo *qualsiasi* ordinamento *giuridico* delle relazioni umane – che funziona attraverso la *selezione di interessi ‘rilevanti’* (operata attraverso la individuazione di ‘fatti’ che ne manifestano l’emersione, cioè attraverso la *costruzione di ‘fattispecie’*) e il ricollegamento ad essi di effetti giuridici (che esprimono la tutela che l’ordinamento attribuisce a quegli interessi, che esso ha riconosciuto – nell’infinita congerie dei comportamenti

<sup>3</sup> Qualche autore (ad es. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *www.juscivile.it*, 2019, pp. 720 ss. e 722) distingue tra “*forme di tutela*” (secondo la tipologia generale richiamata nel testo) e “*tecniche di tutela*” (che sarebbero gli strumenti attraverso cui si realizzano le varie forme di tutela: azioni di accertamento, azioni costitutive, inibitorie, risarcimento per equivalente o in forma specifica, etc.).

<sup>4</sup> Distinzione, quest’ultima, che viene da ultimo ‘travolta’ dalla teoria del c.d. “giusto rimedio”, che predica la indifferenziata possibilità dell’interprete di ricorrere a tutto lo strumentario di tutele disponibile, scegliendo di volta in volta il ‘rimedio’ che appare più idoneo alla protezione dell’interesse leso (per questa prospettiva, v. – ad es. – PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in AA.VV., *Il giusto processo civile*, ESI, 2011).

e degli interessi che si sviluppano nella vita associata – come rilevanti per il diritto).

Orbene, *riconoscimento* (della rilevanza dell'interesse, e del fatto che lo manifesta) e *tutela* non sono momenti successivi (e distinguibili tra di loro): il riconoscimento della rilevanza dell'interesse senza la tutela (in qualsiasi modo configurata) dello stesso, sarebbe un mero *flatus vocis*, e addirittura escluderebbe che quell'interesse sia stato assunto ad elemento materiale di un '*fatto giuridico*', almeno se si muove dalla comune nozione di '*fatto giuridico*' come *fatto a cui l'ordinamento ricollega un effetto giuridico* (che, per lo più, assumerà appunto la forma della '*tutela*', in vari modi accordata all'interesse evidenziato dal fatto).

Quel che può cambiare è il *soggetto* cui è affidata la *selezione degli interessi rilevanti* (e il corrispondente ricollegamento ad essi della protezione da parte dell'ordinamento giuridico): negli ordinamenti 'a base giurisprudenziale' questo soggetto è il *giudice*, in quelli di '*diritto scritto*' è (di norma) il legislatore.

Ma la sostanza del fenomeno non cambia. Anche laddove (come avviene negli ordinamenti 'a base giurisprudenziale') sia il giudice ad operare questa selezione, non per questo può dirsi che il '*rimedio*' (la '*tutela*') *precede* la individuazione della '*situazione di interesse*' (da considerare rilevante)<sup>5</sup>: i due fenomeni – come detto – sono contestuali (e inseparabili), ed è la tutela accordata all'interesse (ossia: il *remedium*) ad *attestare* che quell'interesse è (stato) considerato come rilevante giuridicamente; e anche in questo caso si crea una '*fattispecie*' (che '*qualifica*' l'interesse, indicando i modi e i limiti della sua rilevanza, specie in confronto con altri interessi che possano con esso confliggere); solo che si tratta di una '*fattispecie giurisprudenziale*', che poi si consolida (negli ordinamenti in cui opera il principio dello *stare decisis*) in una '*fattispecie del precedente*'<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Come osserva, giustamente, ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale*, cit., p. 32, "messa in termini di priorità, la relazione tra rimedio e diritto lascia, francamente, perplessi ... Si è osservato (cfr. MATTEI, *I rimedi*, in SACCO R. (a cura di), *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 109), che essa 'equivale alla domanda se venga prima l'uovo o la gallina'".

<sup>6</sup> Per questa espressione v., ancora, ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 36 e nt. 75, dove si aggiunge "... nei contenuti, (la fattispecie) è sagomata dallo stesso giudice all'interno della catena del precedente, e le sue intrinseche problematiche – generalità/astrattezza del contenuto *vs.* concretezza del caso cui si applica, natura dichiarativa *vs.* creativa dell'operato di chi la utilizza, continuità e cambiamento – quella logica seguono definendo i contorni dello spazio decisionale del giudice".



Nulla di diverso – *sotto questo profilo* – da quel che accade negli ‘ordinamenti di diritto scritto’, con l’unica differenza (come già detto) che, in questi ultimi, le ‘fattispecie’ (rilevanti) sono individuate dalla norma legislativa (soggetta – naturalmente – all’interpretazione giudiziale, che deve, anche in questo caso, verificarne la corrispondenza con il caso concreto da decidere, secondo meccanismi che – come sappiamo ormai bene – non escludono affatto, peraltro, un incisivo apporto ‘valutativo’ da parte del giudice).

Se una differenza sussiste, essa riguarda le modalità attraverso le quali negli ‘ordinamenti a base giurisprudenziale’ e in quelli ‘di diritto scritto’ può determinarsi il *superamento* di una ‘fattispecie’ (rispettivamente: un ‘precedente’ o una ‘regola legislativa’) che si ritenga, in tutto o in parte, inadeguata a regolare il caso concreto (o i casi concreti) che l’esperienza prospetti.

Nei primi è lo stesso giudice – attraverso le tecniche ben note (quella classica basata sul binomio *distinguishing-overruling*, e le varianti più moderne del *anticipatory overruling* e del *prospective overruling*) – a ‘creare’ una nuova ‘fattispecie del precedente’ (che sostituirà, in tutto o in parte, la fattispecie giurisprudenziale precedente); nei secondi, invece, questo compito spetta – in linea di principio – al legislatore, senza con ciò voler in alcun modo sminuire il ruolo fondamentale che, anche rispetto al diritto ‘posto’ (dal legislatore), può svolgere (pure in questi ordinamenti) la giurisprudenza, nell’incessante compito di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche.

Certo – anche negli ordinamenti di diritto scritto – gli ‘spazi’ che oggi si è disposti a riconoscere alla ‘creatività’ giurisprudenziale sono assai più ampi che in passato. Questi spazi si sono dilatati per vari motivi (e seguendo percorsi diversi): anzitutto l’affermata diretta applicabilità (o ‘efficacia orizzontale’) dei principi costituzionali; e, poi, i criteri della ‘interpretazione conforme’ ai principi dettati – oltre che dalla Carta costituzionale<sup>7</sup> – dal diritto euro-unitario e dal diritto internazionale di matrice ‘convenzionale’ (penso, in particolare, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo)<sup>8</sup>, specie per

<sup>7</sup> Particolare rilievo assume, nella materia di cui ci occupiamo, il principio consacrato nell’art. 35 Cost. (“La Repubblica tutela il lavoro *in tutte le sue forme ed applicazioni*”), nel quale si esprime la c.d. *vocazione universalistica* del diritto del lavoro. Va da sé che il principio in questione non esclude, naturalmente, che le forme di tutela possano (e, in un certo senso, debbano) essere *differenziate*, a seconda della tipologia di lavoratore e di rapporto di lavoro che viene in considerazione.

<sup>8</sup> Un solo esempio, tra i tanti che potrebbero farsi. Se, in Italia, la giurisprudenza ha

quel che riguarda la materia dei diritti fondamentali. Ma questi spazi – pur diventati amplissimi (in ordinamenti che, come il nostro, sono ormai ordinamenti ‘multilivello’) – non sono comunque illimitati, e sovente non consentono *in via interpretativa* di conseguire gli obiettivi di tutela che si ritengono ‘adeguati’ ai bisogni di protezione posti dall’emersione di nuovi interessi.

La c.d. “prospettiva rimediale” si colloca in questo contesto, ma c’è da chiedersi se sia veramente necessario (o, anche, semplicemente utile) – al fine di legittimare un ampliamento (ulteriore) degli spazi della *iurisdictio* – moltiplicare gli ‘strumenti’ da mettere a disposizione dell’interprete per argomentare determinate interpretazioni, che forse potrebbero trovare più semplice e agevole soluzione attraverso la vecchia ‘cassetta degli attrezzi’, di cui il giurista può ancora avvalersi<sup>9</sup>.

potuto (a volte coraggiosamente) dare tutela al fenomeno delle c.d. “convivenze di fatto” (anticipando l’intervento legislativo attuato, nel 2016, con la c.d. “legge Cirinnà”) ciò è stato dovuto non tanto al (debole) ‘aggancio’ costituzionale rinvenuto nella tutela delle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 Cost. (utilizzato per ‘superare’ il perentorio *fin de non recevoir* sancito dall’art. 29 Cost. con il riconoscimento della famiglia come società naturale *fondata sul matrimonio*) quanto piuttosto alle previsioni della CEDU (art. 8) e della CDFUE (art. 9), che riconoscono come diritto fondamentale quello di “sposarsi e di costituire una famiglia”, previsioni – si badi – che prevalgono su quella della nostra stessa carta costituzionale. Cfr. D’AMICO, *Riflessioni sulla famiglia (recte: sulle famiglie) come fattispecie*, in *Famiglia*, 2023, p. 771 ss., spec. p. 781.

<sup>9</sup> Ad es., il criterio dell’*effettività* della tutela – sovente invocato come fondamento (o scopo) del ricorso alla tecnica *rimediale* – è un criterio che trova (o può trovare) legittimazione *indipendentemente dall’adesione alla teoria “rimediale”*, per non dire che l’obiettivo di assicurare una tutela *effettiva* costituisce una esplicita direttiva della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea tutte le volte in cui vengano in gioco situazioni tutelate dal diritto euro-unitario e sia lasciata agli Stati membri libertà di individuazione degli strumenti (sostanziali e processuali) attraverso i quali assicurare protezione ‘adeguata’ alle situazioni suddette. Per una esemplificazione sia consentito il rinvio a D’AMICO, *La tutela del consumatore alla prova dell’effettività*, in *FI*, 2023, IV, c. 390 ss., a commento di sentenza CGUE 15 giugno 2023, in causa C-520/21, in materia di restituzioni e risarcimento del danno conseguenti alla nullità di un contratto per vessatorietà di alcune sue clausole.

3. Segue. *Le implicazioni nella materia lavoristica. La 'crisi' delle 'fattispecie' tradizionali (del 'lavoro subordinato' e del 'lavoro autonomo') e l'esigenza di allargare la tutela delle nuove figure di 'lavoro' (e di 'lavoratori') generate dalla c.d. gig economy. La 'via giurisprudenziale' e quella 'legislativa'*

Si assume – nel volume di Antonello Zoppoli – che vi sarebbe una “prospettiva rimediale” *specificamente lavoristica*, la quale si caratterizzerebbe, rispetto ai risultati cui sarebbe pervenuta la riflessione dei civilisti<sup>10</sup>, per la circostanza che mentre la “nozione civilistica” di rimedio si riassumerebbe nella formula di un “*interesse/diritto rimasto inattuato*” muovendosi nell’ambito delle valutazioni pur sempre riconducibili alla “norma” (e, dunque, riguardando non tanto l’*an* della tutela, quanto il *quomodo* di essa, e in particolare la garanzia della sua ‘effettività’), la versione lavoristica di “rimedio” (e di “tecnica rimediale”) investirebbe la *individuazione degli stessi diritti/interessi da tutelare* (e quindi l’*an* della tutela) : in sintesi, si trascorrerebbe “dal *quomodo* all’*an* della tutela, dall’*effettività* della tutela al suo *riconoscimento*”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Usiamo il condizionale, in quanto, nel panorama civilistico, forse non può dirsi prevalente la tesi – per così dire “mediana” (così la definisce Zoppoli, nel titolo del § 6, a p. 27 del suo libro) tra le posizioni scettiche (v. ad es. Nivarra), quando non addirittura apertamente critiche (v. Barcellona), e quelle che invece abbracciano convintamente la nuova prospettiva (Di Majo) – di chi (il riferimento è a Scalisi, ma anche a Mazzamuto) tende ad *attenuare il distacco dalla “logica della fattispecie”*, che dovrebbe essere segnato dall’adozione del metodo “rimedialista”. Questa posizione “mediana” (nella sintesi che ne fornisce Zoppoli a p. 26 del suo libro) si caratterizzerebbe per l’affermazione che il rimedio (inteso come “effetto secondario”, che entrerebbe in gioco in caso di inattuazione dell’ “effetto primario” di tutela) non comporterebbe l’introduzione e la considerazione di *nuovi interessi*, ma si muoverebbe pur sempre nell’ambito valutativo disegnato dalla norma, agendo insomma allo scopo di rafforzare il percorso realizzativo di *interessi già costituiti* (e valutati dal legislatore). Il che – in buona sostanza – fa del “rimedio” uno strumento posto a garanzia della “*effettività*” della tutela (e v. anche la nota precedente).

<sup>11</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 44. E, poco più avanti (p. 45), lo stesso Autore, palesa il dubbio se – in questa accezione “lavoristica”, in base alla quale il giudice (non si limiterebbe a individuare il “rimedio” per rendere effettiva la tutela di un interesse già protetto, ma) individuerrebbe egli stesso l’interesse/gli interessi meritevoli di protezione – sia ancora lecito parlare di una “tecnica rimediale” (anche se poi l’A. ritiene che non sia opportuno “cambiare terminologia”, atteso che questa si è ormai diffusa anche tra i giuslavoristi). È implicito, nella formulazione stessa di questo dubbio, il rifiuto di accogliere una concezione “rimedialista” che affidi *al giudice* il potere di individuare (e dare riconoscimento e tutela a) interessi che non sono stati presi in considerazione dalla fattispecie normativa. Quest’ultima posizione è, ad es., quella fatta propria (tra gli altri) da un illustre lavorista (TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, citato nella nota seguente, e di cui si vedano le pp. 389 ss., pp. 395 ss.), il quale

Più specificamente il ‘rimedio’ – nell’accezione che sarebbe emersa nel dibattito lavoristico<sup>12</sup>, in particolare con riferimento alle nuove modalità di lavoro prodotte dalle tecnologie digitali (che realizzano inedite ipotesi di “ibridazione delle forme di lavoro” –, stante la “difficoltà dei criteri tradizionali di qualificazione dei rapporti” secondo la classica dicotomia *lavoro subordinato/lavoro autonomo*), si caratterizzerebbe per la capacità di individuare *un singolo segmento (o singoli segmenti) della disciplina protettiva del lavoro* (come, ad es., le specifiche tutele in materia di salario, orario di lavoro, straordinario,

mostra chiaramente di preferire alla “via legislativa” quella “giurisprudenziale”, maggiormente idonea (a suo parere) a rispondere “all’esigenza di modulazione delle tutele posta dall’attuale realtà multiforme e disaggregante delle forme di lavoro”, pur precisando che questa via può essere sperimentata “in mancanza di regole di legge”, e indicando come “guida” (e, al contempo, argine) alla discrezionalità giudiziale, il riferimento ai “principi costituzionali, sanciti anche dalle fonti internazionali in particolare in materia di retribuzione, tutela della salute, discriminazione, privacy, libertà e organizzazione sindacale” (come sottolinea Zoppoli a p. 46 del suo libro, la tesi di Treu ha trovato ampia eco, ad es., in CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, p. 1005 ss., e poi in CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro ‘tridimensionale’: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 50 ss.). In questa posizione (di Treu) si leggono chiaramente i riflessi del più ampio dibattito sulla c.d. “crisi della fattispecie”, crisi che costituisce una delle premesse da cui muove l’illustre autore (mentre ZOPPOLI A., *op. cit.*, spec. pp. 53 ss., 68 ss., ribadisce – a mio avviso, condivisibilmente – la perdurante centralità della “fattispecie generale e astratta”, quale strumento ineludibile di qualsiasi “regolamentazione *normativa*”, ossia come tecnica di costruzione della norma giuridica; si vedano, ad es., le pp. 68–69, ove si indica la “fattispecie” come “*schema tipico della norma, quindi della legge*”, che, nella sua generalità ed astrattezza, “mantiene ... la veste di prioritario elemento per assicurare il principio di eguaglianza e quindi il *possibile ma indispensabile* livello di coerenza dell’ordinamento e di prevedibilità dei comportamenti dei consociati”, non senza avvertire peraltro – riprendendo le istanze più generali di un “*moderno positivismo critico*” – che anche la fattispecie deve oggi essere intesa – alla luce dei mutamenti che hanno interessato, nel Novecento, il sistema delle fonti e i metodi dell’interpretazione giuridica – come una “*fattispecie critica*”: *ivi*, p. 70; e per comprendere cosa intende Zoppoli per “fattispecie critica”, si veda anche p. 83, dove – dopo aver ribadito che “pure per la nostra materia, la fattispecie costituisce un centrale nodo sistematico” – si legge la seguente affermazione: “Si può probabilmente affermare che il diritto del lavoro, come già in altre circostanze, abbia avuto un ruolo pionieristico: vuoi per l’attenzione ai valori/principi costituzionali, vuoi per l’apertura al “problema”. Tuttavia ciò esprime semplicemente, un’attitudine alla veste critica della fattispecie, non certo un suo superamento”).

<sup>12</sup> Dibattito che ha avuto uno dei punti di emersione più significativi nel fascicolo 3–4 del 2017, che la rivista *Lavoro e diritto* ha dedicato al tema *Rimedi e sanzioni*, con contributi di vari autori, tra cui in particolare si veda l’ampio saggio di TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, p. 367 ss.

rimborsi spese, sicurezza, profili sindacali) da applicare a forme di lavoro che appaiono *prima facie* (sotto il profilo degli ‘elementi strutturali’ che li caratterizzano) connotati da ‘autonomia’, ma che presentano altresì (dal punto di vista socio-economico) chiari tratti (o esigenze di tutela) tipici dei rapporti di lavoro subordinato<sup>13</sup>. L’approccio ‘rimediale’ – in sostanza – si concreterebbe in un’*applicazione selettiva delle tutele del lavoro*<sup>14</sup>.

L’esito in questione potrebbe – beninteso – essere realizzato anche semplicemente introducendo *categorie intermedie tra autonomia e subordinazione*; soluzione che, tuttavia, nell’esperienza italiana, ha trovato ostacolo (o, comunque, resistenza) nella (fortemente radicata) “concezione unitaria della fattispecie”<sup>15</sup>.

Di qui il *favor* (della prevalente dottrina lavoristica) per la “soluzione giurisprudenziale” (utilizzando la tecnica “rimediale”)<sup>16</sup>. Opzione rispetto

<sup>13</sup> Cfr. ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Ne è dimostrazione l’intervento legislativo (sul quale ci soffermeremo nel prossimo paragrafo) realizzato con l’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015), con il quale il legislatore ha disposto l’applicazione (ai rapporti di lavoro ivi considerati) dell’*intero statuto* del lavoro “subordinato”, inibendo (fra l’altro) “possibili percorsi giurisprudenziali di applicazione selettiva e di articolazione delle tutele tarate sui ‘bisogni’ dei prestatori di lavoro” (su quest’ultimo punto v., comunque, anche *infra*). Ma spesso è lo stesso interprete a soggiacere alla ‘suggestione’ della ‘unitarietà’ degli statuti (rispettivi) del ‘lavoro subordinato’ e del ‘lavoro autonomo’.

<sup>16</sup> Peraltro ci sarebbe, forse, da aggiungere che – a voler condividere l’esigenza di “*tutele selettive*” (che inseriscano – in rapporti che non sono interamente riconducibili né al paradigma della “subordinazione” né a quello dell’autonomia – forme di tutela *differenziate*) – la *giurisprudenza* potrebbe ricorrere, *senza scomodare la teoria dei “rimedi”*, a strumenti ben più semplici e collaudati. In particolare, la teoria generale del contratto conosce – accanto alle figure del “contratto tipico” e del “contratto atipico” – la figura del “*contratto misto*” (che è, propriamente, una sotto-figura del contratto “atipico”), risultante dalla combinazione di elementi propri di più fattispecie contrattuali “tipiche”. In presenza di un contratto “misto” è prevalente la tesi secondo cui la disciplina applicabile (sia sotto il profilo del controllo di liceità delle clausole convenzionali, sia sotto il profilo dell’integrazione delle eventuali lacune del regolamento pattizio) debba ispirarsi – piuttosto che all’applicazione del tipo “prevalente” (che finirebbe per sacrificare la peculiarità della fattispecie da regolare) – al c.d. “criterio della combinazione” (ossia al criterio della applicazione “analogica” alle varie parti del regolamento contrattuale della disciplina dei corrispondenti contratti tipici, che sono individuabili all’interno del complessivo “contratto misto”). Applicata al nostro tema, in presenza di rapporti di lavoro “ibridi” o “misti” (con elementi propri della “subordinazione”, ma anche con elementi riconducibili al diverso “tipo” del contratto di lavoro “autonomo”), si potrebbe realizzare – attraverso il suddetto “criterio della combinazione” – quella “disciplina *selettiva*” del rapporto, cui mira l’applicazione della “teoria rimediale” alla materia dei rapporti di lavoro. È appena il caso di sottolineare che l’ipotesi

alla quale – a parte alcune obiezioni di principio<sup>17</sup> – se si mantiene ferma l'idea che il “rimedialismo giurisprudenziale” *presuppone l'assenza di una normativa di legge*<sup>18</sup> – c'è da chiedersi quando possa ritenersi veramente sussistente una *lacuna legis*: ipotesi che, nella nostra materia, ricorrerebbe – secondo Zoppoli – *in pochi casi*, in quanto “da qualche anno molteplici sono gli interventi del legislatore italiano sulle varie forme assunte oggi dal lavoro e sulle relative tutele”<sup>19</sup>.

Di qui la preferenza che l'A. manifesta per la “via legislativa” ad una “applicazione selettiva” delle tutele, che articoli in diverse “fattispecie” una materia che finora è stata “costretta” entro la “rigida” – e, ormai, insufficiente/inadeguata – dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo<sup>20</sup>.

È chiaro, peraltro, che – spostato il discorso su questo piano (e, in particolare, sul piano *dell'analisi e dell'interpretazione* dei molteplici documenti legislativi, che, negli ultimi anni, hanno disegnato una profonda riforma delle ‘forme di lavoro’, con l'ambizione di una riorganizzazione organica della variegata fenomenologia dei rapporti di lavoro<sup>21</sup>) – il riferimento alla “tecnica

prospettata in questa nota presuppone (logicamente) che il contratto da “qualificare” (per individuare la disciplina ad esso applicabile) sia un contratto “atipico” (situazione che *non* vale per il “lavoro eterorganizzato” regolato dall'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, che lo ha reso un contratto “tipico”, individuando la “fattispecie” astratta che lo identifica, e statuendo a quale disciplina questa fattispecie sia soggetta). Un accenno all'utilizzazione dello schema del “contratto misto” nella giurisprudenza svizzera, si legge in PERULLI (nel saggio che citiamo *infra*, alla nota 30, di cui si veda il § 8, testo e nota 58).

<sup>17</sup> Cfr. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 84 ss., qui p. 85, ove (riprendendo – con segno invertito – le considerazioni che militano a favore della “centralità della fattispecie normativa”) si afferma che “... La sostituzione del giudice alla fattispecie quale schema tipico della norma di legge, generale e astratta : 1) precluderebbe l'organizzazione dei fenomeni giuridici e quindi la razionalità assiologico/formale del sistema, ossia l'osservanza del principio di eguaglianza e, con esso, la coerenza dell'ordinamento e la prevedibilità dei comportamenti dei consociati (nella misura possibile ma indispensabile); 2) eliminerebbe l'ineludibile momento politico/legislativo espressione del fondamento democratico dell'ordinamento”. Vedi anche *retro*, nt. 10.

Analoghe osservazioni si leggono nella parte finale del saggio di PERULLI, che citiamo più avanti, nella nota 30.

<sup>18</sup> Vedi *supra*, la posizione di Treu, ricordata alla nt. 11, e quanto abbiamo accennato nella nt. 16 (specie alla fine).

<sup>19</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 88–89.

<sup>20</sup> È il tema che ZOPPOLI affronta nel terzo e ultimo capitolo del suo libro (p. 91 ss.).

<sup>21</sup> Facciamo riferimento, naturalmente, al complesso di provvedimenti legislativi (per lo più contenuti in decreti legislativi, emanati dal Governo) che sono riconducibili al c.d. *Jobs Act*, e in particolare – per quel che qui più interessa – al fondamentale d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81

rimediale” assume un carattere meramente ‘descrittivo’<sup>22</sup>, e soprattutto perde la precipua funzione che (a mio sommesso avviso) sta alla base della “teoria rimedialista” (funzione che – come già accennato – consiste, per chi la condivide, specificamente nell’elaborare uno strumento ulteriore che consenta *al giudice* di ampliare i propri poteri di “manipolazione delle fattispecie normative”<sup>23</sup> – se è consentita questa espressione –, ‘superando’ i limiti e i vincoli di quelle ‘fattispecie’<sup>24</sup>). Ne consegue che il discorso – posto in questi termini – si riconduce ai consueti criteri (e alle consuete dinamiche) della interpretazione ed applicazione della legge (come dimostra la trattazione contenuta nel III capitolo del libro di Zoppoli, sul quale ci soffermeremo – sia pur brevemente – nel prossimo paragrafo).

Prima di passare all’analisi di quest’ultimo punto, può essere interessante notare che anche alla riflessione civilistica non è estranea la (invero, singolare – almeno se si accolgono le osservazioni appena svolte) tesi secondo cui si potrebbe avere un ‘rimedialismo *legale*’ (ossia un uso della ‘tecnica *rimediale*’ da parte dello stesso legislatore), che si baserebbe anch’esso sul c.d. *superamento della fattispecie*. Quest’idea si ritrova in uno (dei primi, e) dei principali teorici del ‘rimedialismo’ (alludiamo ad Adolfo Di Majo), ma viene fondata su un ragionamento nel quale si nasconde – come in altra occasione abbiamo avuto modo di notare<sup>25</sup> – un equivoco, che è abbastanza evidente negli esempi che l’illustre A. porta a sostegno della sua tesi. Uno di tali esempi – spesso citato – è quello del ‘rimedio’ della riparazione e/o sostituzione del bene viziato,

(intitolato proprio “*Disciplina organica dei contratti di lavoro*”), emanato in attuazione della delega contenuta nell’art. 1, co. 7, l. 10 dicembre 2014 n. 183. Si veda anche il paragrafo seguente.

<sup>22</sup> Come riconosce lo stesso ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 99 (dove si legge che “in effetti, qui la connotazione rimediale assume carattere descrittivo, essendovi comunque già, appunto, una fattispecie di riferimento e il relativo insieme di tutele”).

<sup>23</sup> O, meglio ancora, per superare (*in presenza di fenomeni nuovi*, non regolati ancora – o non interamente regolati – dal legislatore) le ‘strettezze’ della rigida dicotomia *lavoro subordinato/lavoro autonomo*, con i connessi ‘blocchi disciplinari’ (*effetti*), rispettivamente riconducibili alla sussistenza dell’una o dell’altra di queste ‘macro-fattispecie’ (che, in realtà, appaiono sempre più frutto di una sistemazione concettuale, che riflette – ormai da tempo – solo parzialmente l’evoluzione e la ‘complessificazione’ dei dati socio-economici, sì da apparire una sovrastruttura ‘dogmatica’, meritevole comunque di rivisitazione).

<sup>24</sup> In tal senso, la ‘via giurisprudenziale’ non a caso costituisce – come già osservato – la strada prevalentemente seguita dai fautori del “rimedialismo *lavoristico*” (v. *supra*).

<sup>25</sup> Sia consentito il rinvio a D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi e limiti nella loro applicazione nel diritto privato, in particolare nei rapporti contrattuali*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017, p. 109, in nota.

previsto dalla disciplina della vendita di beni di consumo. ‘Rimedio’ che – a detta della dottrina in questione – non troverebbe collocazione “nel tradizionale circuito della fattispecie e del suo effetto (*a parte venditoris*) e cioè nell’obbligo di dare e/o trasferire e consegnare, ma in una figura ... che ... si colloca a stretto ridosso del bisogno di tutela espresso dall’interesse-base che fa capo al contraente-acquirente alla effettiva realizzazione dei termini di scambio e cioè al conseguimento del valore d’uso del bene acquistato”<sup>26</sup>. A questa affermazione, tuttavia, sembra possibile replicare che la fattispecie (e il correlativo effetto) non è più identificata oggi dal legislatore nei termini di un mero obbligo di dare e/o trasferire e consegnare, bensì piuttosto di un obbligo di “dare e/o trasferire e consegnare un bene *conforme al contratto*”, sicché il rimedio (della riparazione e/o sostituzione) previsto dal legislatore per la violazione di codesto obbligo *non è estraneo ad esso*<sup>27</sup>, ma si colloca perfettamente (per usare la terminologia di Di Majo) “nel circuito della fattispecie e del suo effetto”<sup>28</sup>, ovviamente secondo le modalità (nuove) in base alle quali il legislatore oggi configura l’una e l’altro. Certo, se si muove (come sembra implicitamente fare Di Majo) dall’idea (non interessa qui stabilire se condivisibile o meno) che l’assenza di vizi della cosa (e, dunque la sua ‘conformità al contratto’) non può propriamente formare oggetto di obbligazione<sup>29</sup> (e, *dunque*,

<sup>26</sup> Così DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 707.

<sup>27</sup> È appena il caso di osservare che anche l’effetto giuridico (ad es., un obbligo) può – a propria volta – essere considerato, *ove inadempito/inattuato*, come ‘fattispecie’ di una norma che preveda un effetto (c.d. ‘rimedio’) per l’ipotesi del suo verificarsi. In questo caso – a voler essere precisi – non è l’effetto in sé (l’obbligo, nell’esempio fatto) a porsi come ‘fattispecie’, bensì la sua non attuazione (l’inadempimento dell’obbligo o – se si preferisce – l’obbligo *in quanto inadempito*), ma è chiaro che – per stabilire se sussista tale inattuazione – occorre aver stabilito preliminarmente quale fosse/sia il contenuto dell’obbligo (ossia quale fatto/comportamento il debitore avrebbe dovuto porre in essere per adempiere l’obbligo: sulla c.d. “componente di fatto” dell’effetto giuridico, e in particolare delle situazioni giuridiche soggettive, v. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, p. 498).

<sup>28</sup> Naturalmente il legislatore ha preso in considerazione la moderna fenomenologia della vendita di beni (di consumo) *standardizzati* (e, quindi, normalmente *fungibili*), sicché l’obbligo di consegnare *beni conformi al contratto* (e, dunque, esenti da vizi) è ben configurabile, e si traduce nell’(l’obbligo di) controllo (preventivo) che la merce che viene consegnata non presenti difetti o vizi.

<sup>29</sup> La ragione ‘dogmatica’ – com’è noto – è che, consistendo l’obbligazione in un comportamento del debitore, essa non può avere ad oggetto una qualità della cosa (quando si tratti di cosa determinata), ossia *l’assenza di vizi*, i quali ultimi o ci sono o non ci sono, senza che ciò dipenda dal comportamento del debitore (il quale può bensì essere tenuto ad una *garanzia* circa l’assenza di tali vizi, ma non assumere una *obbligazione* in tal senso).



se si parte da una fattispecie – o, piuttosto, da un ‘concetto’ – diversa da quella formulata dal legislatore), il rimedio può anche apparire estraneo alla fattispecie, e giustificato soltanto in conseguenza del recepimento da parte del legislatore di una ‘logica rimediale’, che si adegua al bisogno di tutela espresso dall’interesse sostanziale di cui è portatore l’ acquirente. E, tuttavia, così ragionando si antepone – in un certo senso – un ‘concetto’ (assunto *a priori*) di un certo fenomeno (qui, il ‘concetto’ di *cosa possa formare o meno oggetto di obbligazione*, o, se si preferisce, il concetto di *cosa sia una ‘obbligazione’*, e di cosa conseguentemente ne possa costituire l’oggetto) alla disciplina positiva, per dire poi che ... tale disciplina, *distaccandosi ... dal concetto* avrebbe recepito la logica ‘rimediale’<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> All’equivoco segnalato nel testo non è riuscita a sottrarsi la Corte di Cassazione (nella sentenza n. 1663/2020, *infra* citata) laddove essa ha ravvisato nell’art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 l’adozione (*da parte del legislatore*) di una tecnica (o prospettiva) di tipo “rimediale”, attraverso la quale si sarebbe ‘superata’ la *fattispecie* (e i suoi rigidi elementi identificativi), e si sarebbe adottata una soluzione idonea a tradurre il ‘bisogno di tutela’ evidenziato da alcune forme di ‘collaborazione’ che potrebbero far pensare ad un tipo di ‘lavoro autonomo’, disponendo *tout court* l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato. In realtà, il cit. art. 2 non supera affatto la ‘fattispecie’, ma *crea* una nuova *fattispecie normativa* (quella della ‘collaborazione eterointegrata’) parificandola *quoad effectum* alla fattispecie del ‘lavoro subordinato’. L’affermazione – che si legge nella citata sentenza della Cassazione – secondo la quale ci si troverebbe di fronte ad una “norma di disciplina” sembra, dunque, alquanto discutibile, almeno se si conviene che “stabilire per legge un regime di disciplina applicabile ad una classe di rapporti, implica, logicamente, anche identificare le figure lavorative che ne sono in concreto destinatarie, salvo voler lasciare al soggettivismo dell’interprete e al suo arbitrio la decisione su chi può varcare la soglia e chi invece deve rimanere al di qua del confine applicativo della norma” (così FONTANA, *Lavoro autonomo e parità di trattamento nelle recenti riforme legislative*, in *DML*, 2020, pp. 587 ss. e 598; sul punto si vedano anche le considerazioni di ZOPPOLI L., *I riders fra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, 2020, p. 263 ss.). Il che val quanto dire che deve comunque individuarsi la ‘fattispecie’ alla quale si riferisce l’art. 2, co. 1. Sul punto sono lucidissime le considerazioni di PERULLI, *Innovazioni tecnologiche e organizzazione del lavoro tra autonomia e subordinazione. Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, in *DRI*, 2020, p. 267 ss. (spec. § 4). Altro è che si sottolinei – come fa la sentenza in questione – la finalità (anche) ‘antielusiva’ della disposizione dell’art. 2, il cui scopo sarebbe anche quello di evitare l’*abuso* dello schema contrattuale del lavoro autonomo: il che avviene ‘parificando’ (nel trattamento giuridico) al lavoro subordinato forme di lavoro ‘autonomo’ *ibride*, e cioè connotate dalla presenza di forti elementi di ‘subordinazione’ (riassumibili nel concetto di ‘eterorganizzazione’), ma comunque irriducibili al lavoro subordinato *in senso stretto*. Anche su questo punto – peraltro – la sentenza suscita fondate perplessità (e si vedano, al riguardo, ancora una volta, le acute osservazioni di PERULLI, *op. cit.*, spec. § 2).

4. Segue. *I limiti e le contraddizioni delle soluzioni legislative volte a regolare le ‘nuove forme di lavoro’ (in particolare, di quelle sorte nell’ambito del c.d. ‘lavoro su piattaforma’)*

L’ultimo capitolo del libro di Zoppoli ripercorre l’ampio dibattito dottrinale (ma anche giurisprudenziale) che è stato suscitato dagli interventi legislativi che, nell’ultimo decennio, hanno affrontato il problema della tutela della ‘persona-lavoratore’ nelle ‘nuove forme di lavoro’ che si sono andate profilando (in particolare quelle della c.d. *gig economy*).

L’analisi si concentra soprattutto sull’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015<sup>31</sup>, messo a confronto poi con l’art. 47-*bis* inserito (unitamente all’intero capo V-*bis*, dedicato specificamente alla “*tutela del lavoro tramite piattaforme digitali*”) dal d.l. 3 settembre 2019 n. 10 (conv. nella l. 2 novembre 2019 n. 128)<sup>32</sup>.

L’interpretazione delle due disposizioni citate – e, soprattutto, il loro coordinamento – non sono semplici, e hanno dato luogo a non poche divergenze.

Cominciando dall’art. 2, comma 1, va anzitutto menzionata la tesi secondo la quale le collaborazioni ‘eterorganizzate’ darebbero vita a fattispecie

<sup>31</sup> Si riporta – per comodità – il testo di tale disposizione, evidenziando in corsivo le parti della formula normativa, che ci sembrano più rilevanti ai fini della sua interpretazione: “A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato *anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente*. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano *anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*”. È opportuno ricordare, altresì, che tale versione del primo comma dell’art. 2 è quella che risulta a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 101/2019, che ha sostituito con la formula “*prevalentemente personale*” la precedente formula “*esclusivamente personale*”, ed ha inoltre eliminato le parole “*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*” che, nel testo originario, seguivano all’espressione “*... le cui modalità di esecuzione ...*”.

<sup>32</sup> L’art. 47-*bis* (anche qui utilizziamo l’evidenziazione in corsivo) stabilisce che “1. Fatto salvo quanto previsto dall’articolo 2, comma 1, le disposizioni del presente capo stabiliscono livelli minimi di tutela *per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all’articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali*. 2. Ai fini di cui al comma 1 si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso *e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*”.

di vera e propria 'subordinazione'. Tale tesi si presenta in due versioni: una estrema, la seconda meno radicale (almeno in apparenza).

La versione 'estrema' identifica 'etero-organizzazione' e 'subordinazione' (o, al più, considera la prima nozione come una mera 'specificazione' della seconda): secondo questa tesi il rapporto di lavoro dei *riders* (e degli altri lavoratori che possono ricondursi alla formula normativa in esame) sarebbe *tout court* (e sempre) un rapporto di lavoro 'subordinato', e dunque l'art. 2 si configurerebbe (laddove esso dispone l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione) come una 'norma apparente'<sup>33</sup>. La disposizione, insomma – se non capiamo male – sarebbe rilevante (e, in questo senso, non del tutto superflua) non tanto nella parte in cui essa assoggetta (*quoad effectum*) questi rapporti allo statuto della subordinazione, quanto piuttosto nella parte in cui li qualifica (*recte*: li *qualificherebbe*) senz'altro come rapporti di lavoro 'subordinato'. L'art. 2 sarebbe, detto altrimenti, una 'norma qualificatoria' (o 'interpretativa', che dir si voglia). Un simile modo di intendere l'art. 2, comma 1, si presta tuttavia – a tacer d'altro – ad una obiezione, che si impone alla luce del tenore letterale della disposizione: l'art. 2 non dice che “*sono* (o: *sono considerati*) rapporti di lavoro subordinato i rapporti di collaborazione che si concretano etc. etc.”, bensì *dispone* che “si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato *anche* ai rapporti di collaborazione che si concretano, etc. etc.”), formula che rende evidente come l'equiparazione avviene tra *fattispecie* (*evidentemente*) *diverse*, come reso chiaro dalla congiunzione “*anche*”.

La versione *meno drastica* di questa impostazione è quella cui ha aperto le porte un 'passaggio' della motivazione della sentenza n. 24 gennaio 2020 n. 1663 della Corte di Cassazione<sup>34</sup>, precisamente laddove i giudici del Supremo Collegio – riconosciuto (correttamente) che i rapporti di lavoro considerati dall'art. 2, comma 1, *non sono* rapporti di lavoro subordinato – non escludono che, *nelle singole concrete fattispecie* che potranno venire all'esame

<sup>33</sup> Cfr. Tosi, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/15: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, I, p. 1117. Come diciamo nel testo, costituisce una mera variante di questa tesi estrema l'opinione secondo cui l'art. 2 costituirebbe una mera “specificazione” (o – come qualcuno ha scritto – una “manutenzione straordinaria”) del criterio dell'art. 2094 c.c., per il quale è prestatore di lavoro subordinato chi svolge la propria attività lavorativa “... alle dipendenze e sotto la direzione” dell'imprenditore, avente l'effetto di far rientrare nel concetto di 'eterodirezione' anche la (semplice) 'eteroorganizzazione'.

<sup>34</sup> Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663, pubblicata in *RIDL*, 2020, II, 76 ss., nonché in numerose altre riviste, con svariate note di commento.

dei giudici, possano ricorrere *tutti gli elementi della subordinazione*, onde *quel singolo rapporto* possa/debba essere qualificato come un rapporto di lavoro “subordinato” *a pieno titolo*. Ora, questa affermazione della Corte di Cassazione presuppone (ci sembra) l’idea che, per aversi “subordinazione” (vera e propria), sia necessario un *quid pluris* che mancherebbe (normalmente) nei rapporti di lavoro considerati dall’art. 2, comma 1, laddove invece – a leggere alcune pronunce dei giudici di merito – si ha l’impressione che questo *quid pluris* non venga in concreto ricercato, e si finisca in definitiva per (tornare ad) identificare il fenomeno dell’“etero-organizzazione” (intorno al quale è costruita la fattispecie descritta dall’art. 2 comma 1) con l’“etero-direzione” che connota l’ipotesi della ‘subordinazione’ (almeno ove si ritenga di individuare nell’art. 2094 c.c. – e nella formula “*alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro*” – il criterio identificativo del lavoro “subordinato”)<sup>35</sup>.

Una visuale diametralmente opposta rispetto alla tesi sin qui considerata è quella di chi ritiene, appunto, che l’etero-organizzazione costituisca un *minus*, per quantità e qualità, rispetto al potere ‘direttivo’ (del datore di lavoro) che caratterizza la subordinazione, onde l’art. 2 prevederebbe un “rapporto di lavoro (da qualificare, comunque, come ‘autonomo’, se pur con tratti ‘ibridi’) a cui [il legislatore] collega l’applicazione della disciplina della subordinazione”<sup>36</sup>. All’interno di questo orientamento (decisamente preva-

<sup>35</sup> Nel senso di qualificare *senz’altro* il rapporto di lavoro dei *riders* come “lavoro subordinato” v. una delle due sentenze del Tribunale di Milano, oggetto delle presenti note (si tratta di Trib. Milano 28 settembre 2023). Sul punto si vedano le considerazioni che svolgiamo nell’ultimo paragrafo. In precedenza – pur identificando ‘subordinazione’ ed ‘eteroorganizzazione’, e considerando quest’ultima sostanzialmente come una specificazione (o, se si vuole, come un ampliamento) della prima, quale definita nell’art. 2094 cod. civ. (con la formula “*alle dipendenze, e sotto la direzione*”) – altre pronunce (quali Trib. Torino 7 maggio 2018 n. 778 e Trib. Milano 10 settembre 2018 n. 1853) non erano giunte sino a qualificare senz’altro il rapporto di lavoro sul quale esse erano chiamate a giudicare come ‘lavoro subordinato’, ma avevano ritenuto che esso andasse fatto rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, valorizzando comunque il fatto che i *riders* (che avevano agito in giudizio) avevano libertà di scegliere se e quando lavorare.

<sup>36</sup> È di questa opinione – fra gli altri – ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale*, cit., pp. 105 e 107; e v. anche le considerazioni, al riguardo, di PERULLI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 267 ss. La già citata sentenza Cass. n. 1663/2020 – pur svalutando il problema di qualificazione della fattispecie – ravvisa anch’essa nelle collaborazioni etero-organizzate di cui all’art. 2, co. 1, una sottospecie delle “collaborazioni coordinate e continuative” di cui all’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (valorizzando la circostanza che questa forma di “lavoro autonomo” è stata espressamente mantenuta ferma dal secondo comma dell’art. 52 d.lgs. n. 81/2015), nell’ambito delle quali rientrerebbero

lente), non manca chi ritiene *incongruente* la soluzione (legislativa) della *integrale applicazione* della disciplina del lavoro subordinato ad un rapporto che non è tale (o non è *interamente tale*), evidenziando come in tal modo non solo si avrebbe un “committente, trasformato in datore” di lavoro (con un aggravio della sua posizione ‘passiva’ conseguente all’applicazione degli inderogabili vincoli normativi ed economici posti a protezione del lavoratore subordinato, *ma anche con un ampliamento dei suoi ‘poteri’, che non atterrebbero soltanto all’organizzazione, bensì più ampiamente alla ‘direzione’ dell’attività del prestatore di lavoro*), ma lo stesso lavoratore, correlativamente, se da un lato vedrebbe aumentare le proprie tutele, dall’altro subirebbe una diminuzione dell’ambito della propria libertà e della propria autonomia<sup>37</sup>. Per converso,

adesso – accanto alle collaborazioni ‘auto-organizzate’ – anche le nuove forme di collaborazioni ‘etero-organizzate’, le quali ultime sarebbero assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato in considerazione della particolare situazione di ‘debolezza’ (socio-economica) del ‘collaboratore’.

<sup>37</sup> L’incongruenza è così descritta da ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 109, nt. 40: “Se la fattispecie è – come è – per l’effetto, cioè la disciplina, la correlazione tra questa e quella dovrebbe essere biunivoca. L’integrale applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe ripercuotersi sui contenuti della collaborazione etero-organizzata, sulle posizioni tanto attive quanto passive di entrambi i contraenti, con un’estensione delle tutele del lavoro ma, al contempo, pire dell’insieme dei poteri datoriali in ragione dei quali queste tutele sono costruite”. Lo stesso autore – più avanti (v. p. 113) – parla di “maltrattamento della fattispecie” da parte del legislatore, non senza aver osservato in precedenza che non basterebbe a rendere ‘ragionevole’ la soluzione adottata un’ipotetica finalità ‘antielusiva’, o meglio l’obiettivo di reprimere eventuali ‘abusi di schemi contrattuali’ (v. Cass. n. 1663/2020, cit. *retro* alla nt. 34), in quanto eventuali abusi dovrebbero essere accertati *in concreto*, e non certo presunti in via generalizzata, quasi a ritenere che *sempre* debba suppersi che il lavoratore “abbia subito l’eteroorganizzazione, non avendo avuto la forza contrattuale sufficiente per stipulare un contratto di lavoro subordinato” (cfr. ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 111–112). Non è mancato, in dottrina, chi ha evidenziato un possibile effetto ‘paradossale’, in virtù del quale sarebbe “il datore di lavoro – a fronte di un rapporto qualificato come di collaborazione etero-organizzata ai sensi dell’art. 2 – ad avere interesse a richiedere l’accertamento della subordinazione, in applicazione dell’art. 2094 cod. civ.!” (così LASSANDARI, *La Corte di cassazione sui riders e l’art. 2 d.lgs. n. 81/2015*, in *MGL*, 2020, p. 131; e cfr. anche, per una interessante indagine sociologica, FERRIGNI, ROCCHINI, *Tra trasformazioni normative e ricadute sociali*, in *GDLRI*, 2022, p. 405 ss.). Si ricordi, altresì, che il comma 2 dell’art. 2 esclude l’applicazione del primo comma (e, quindi, dell’integrale statuto della subordinazione) solo con riferimento ad ipotesi tipiche, tra cui quella in cui esistano accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali rappresentative a livello nazionale, che prevedano “discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”. Un accordo siffatto – peraltro molto contestato (in punto, fra l’altro, di effettiva ‘rappresentatività’ dell’organizzazione sindacale stipulante) – è quello siglato nel settembre 2020 da Assodelivery e Ugl-*riders*.

un giudizio meno negativo circa la soluzione adottata dal legislatore dell'art. 2, comma 1, è quello espresso da chi<sup>38</sup> – premesso che l'art. 2 contiene un “comando di parificazione”, ossia l'obbligo di regolare “situazioni soggettive *considerate* eguali in modo eguale” (insomma, la logica dell'*als ob*) – ritiene che detta equiparazione (basata sull'idea che ricorrano, nei rapporti di lavoro considerati dall'art. 2 comma 1, le stesse esigenze di tutela sociale che riguardano il lavoro subordinato) costituisca la vera novità (da salutare positivamente) della disposizione in esame.

5. Segue. *Il coordinamento tra l'art. 2 e l'art. 47-bis del d.l. n. 81/2015*

Come si è già ricordato, il primo comma dell'art. 2 si conclude con la previsione secondo cui “Le disposizioni di cui al presente comma si applicano *anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali*”.

All'ipotesi particolare delle *digital labour platforms* il legislatore ha, tuttavia, qualche anno dopo, dedicato *una specifica regolamentazione*, inserendo nel medesimo decreto legislativo gli artt. 47-*bis* ss.

Gli elementi che caratterizzano questa ulteriore ‘fattispecie’ (e la relativa disciplina) sono essenzialmente tre.

1) Dal punto di vista *soggettivo* la fattispecie riguarda – dichiaratamente – “*lavoratori autonomi*”, che svolgono (come tali) attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore (in breve: i c.d. *riders*);

2) Dal punto di *vista oggettivo*, deve trattarsi di rapporti di lavoro che si svolgono attraverso l'utilizzo di “piattaforme”, anche digitali (con la precisazione che “si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e *determinando le modalità di esecuzione della prestazione*”; e si prenda nota sin da ora – a quest'ultimo riguardo – di come la “*determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione*” non venga considerata incompatibile con la qualificazione di questi rapporti di lavoro come “lavoro autonomo”, e non subordinato);

<sup>38</sup> FONTANA, *Lavoro autonomo e parità di trattamento nelle recenti riforme legislative*, in *DML*, 2020, p. 587 ss., spec. p. 602 ss.

3) Quanto al contenuto della ‘disciplina’ (legale) che viene ricollegata alla ‘fattispecie’ in esame, essa mira a fornire “*livelli minimi di tutela*”, che – in concreto – consistono nel diritto a ricevere alcune informazioni prima dell’instaurazione del rapporto di lavoro (art. 46-*ter*)<sup>39</sup>, nel divieto (in difetto della stipula di contratti collettivi, che determinino il compenso complessivo del lavoratore tenendo conto “delle modalità di svolgimento della prestazione e dell’organizzazione del committente”) di retribuire il lavoratore “in base alle consegne effettuate”, e nell’obbligo invece di garantirgli “un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dai contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti” (art. 47-*quater*, co. 1 e 2), nell’applicazione della normativa antidiscriminatoria e di quella a tutela della libertà e della dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, nel divieto di ricollegare alla mancata accettazione della prestazione l’esclusione (del lavoratore) dalla piattaforma o la riduzione delle occasioni di lavoro (art. 47-*quinqies*), nella tutela della *privacy* del lavoratore (art. 47-*sexies*), e, infine, nell’obbligo di *copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* (art. 47-*septies*, il quale precisa che “ai fini del calcolo del premio assicurativo si assume come retribuzione imponibile ... la retribuzione convenzionale giornaliera di importo corrispondente alla misura del limite minimo della retribuzione giornaliera in vigore per tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza e assistenza sociale, *rapportata ai giorni di effettiva attività*”).

Dall’insieme delle disposizioni or ora richiamate emerge, effettivamente, un trattamento di questi lavoratori basato su un criterio di *selettività delle tutele*: vengono estese *alcune forme di tutela* tipicamente (e tradizionalmente) ricollegate al lavoro subordinato, *ma non tutte*, come invece accade per la ‘fattispecie’ (generale) prevista dall’art. 2, comma 1 (salvo quanto si dirà fra poco).

Un problema di non poco momento concerne l’interpretazione da dare all’inciso iniziale dell’art. 47-*bis*, (che fa) “*salvo quanto previsto dall’art. 2, comma*

<sup>39</sup> Meritano di essere segnalate – fra le altre – le informazioni di cui all’art. 1-*bis* del d.lgs. n. 152/1997, il quale prescrive al primo comma che “Il datore di lavoro o il committente pubblico e privato è tenuto a informare il lavoratore *dell’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell’incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell’assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l’adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori...*”.

1". Questa previsione conferma la (parziale) sovrapposizione tra le due norme (se si trattasse di fattispecie completamente diverse<sup>40</sup>, la clausola di "salvezza" non avrebbe neanche senso), il che sembrerebbe alludere – con riferimento sempre al rapporto di lavoro dei *riders*<sup>41</sup> – a forme di "collaborazione eterorganizzata" che presenterebbero *prevalenti caratteri* del lavoro subordinato (e rientrerebbero quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 2, co. 1), distinte da forme di "collaborazione eterorganizzata" nelle quali sarebbe invece *prevalente* il profilo della "autonomia" del lavoratore/ *rider*, e troverebbero applicazione pertanto le disposizioni degli artt. 47-*bis* ss. d.lgs. n. 81/2015.

Ma, *quali sono i criteri per differenziare le due 'fattispecie'*, e per 'qualificare' il singolo, concreto rapporto di lavoro, riconducendolo all'una o all'altra delle due ipotesi normative?

Prima di affrontare questo problema, merita di essere evidenziato come – se si considera esatto il ragionamento appena fatto – risulta infondata la tesi secondo la quale la normativa in esame (in particolare quella di cui all'art. 2, co. 1) renderebbe *irrilevante* la qualificazione del singolo concreto rapporto: tesi che è stata sostenuta – ad es. – nella famosa sentenza della Cassazione n. 1663/2020<sup>42</sup>.

La previsione dell'art. 47-*bis* e la necessità – almeno per quanto riguarda il rapporto di lavoro dei *riders* – di stabilire quando si applichi la norma dell'art. 2, comma 1 (la cui applicabilità è *fatta salva* dal suddetto art. 47-*bis*), e quando invece la disciplina degli artt. 47-*bis* e ss., attesta che il problema "qualificatorio" (e quindi il problema della "fattispecie") non è affatto (divenuto) irrilevante.

Ciò posto, possiamo tornare al problema della differenziazione delle due "fattispecie". Premesso che in entrambi i casi ci si trova di fronte a forme di "collaborazione etero-organizzata" (in particolare attraverso l'uso di una piattaforma digitale), e premesso altresì che la "*determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione*"<sup>43</sup> non viene considerata (dall'art. 47-*bis*, comma

<sup>40</sup> Come opina chi riconduce senz'altro le 'collaborazioni etero-organizzate' allo schema della 'subordinazione'.

<sup>41</sup> Se si trattasse di altre categorie di lavoratori sarebbe l'art. 47-*bis* a non potere trovare (neanche astrattamente) applicazione.

<sup>42</sup> Su tale sentenza (già più volte richiamata) ha svolto un acutissimo commento (critico) – che merita, a parere di chi scrive, pressoché integrale condivisione – PERULLI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 267 ss.

<sup>43</sup> Nella formulazione originaria dell'art. 2, comma 1 – come già ricordato –, dopo la



2) come incompatibile con la qualificazione dei rapporti da tale norma considerati come “rapporti di lavoro autonomo” (e non subordinato)<sup>44</sup>, e che in entrambi i casi ci si trova di fronte a forme di lavoro *prevalentemente personale* (ossia forme di lavoro in cui l’apporto delle energie lavorative del lavoratore è prevalente rispetto al ‘capitale’, cioè agli strumenti che vengono utilizzati, strumenti peraltro normalmente di proprietà del lavoratore medesimo), l’unico elemento di differenziazione che sembrerebbe emergere è quello della ‘continuità’ delle prestazioni del lavoratore, nel senso che dovrebbe propendersi per la riconduzione alla fattispecie di cui all’art. 2, co. 1, quando ci si trovi di fronte a prestazioni *previste* come *continuative*<sup>45</sup>, mentre

formula “determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione” (comune anche alla fattispecie dell’art. 47-*bis*), era inserita l’ulteriore specificazione “...*anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro*”, che avrebbe potuto costituire un tratto differenziale rispetto all’ipotesi dell’art. 47-*bis*. Sennonché, quest’ultima ‘specificazione’ è stata eliminata (dall’art. 1 del d.l. n. 101/2019, che ha modificato l’art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 81/2015), onde essa ha perso l’ipotetica capacità ‘differenziatrice’ che altrimenti le si sarebbe potuto riconoscere. A onor del vero – comunque – va evidenziato che già la sentenza Cass. n. 1663/2020 aveva ‘minimizzato’ (anche alla luce della novella dell’art. 2, co. 1, sopra richiamata, e che era già entrata in vigore, pur non applicandosi al caso di specie) la portata dell’inciso in parola: si vedano i §§ 34 e 35 della motivazione, dove si legge testualmente “... 34. Ciò posto, se è vero che la congiunzione ‘anche’ potrebbe alludere alla necessità che l’etero-organizzazione coinvolga tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza. 35. Il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola ‘anche’ che assume valore esemplificativo. In tal senso sembra deporre la successiva soppressione dell’inciso ad opera della novella cui si è fatto più volte cenno. Del resto è stato condivisibilmente rilevato che le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell’attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative *anche al fine di rappresentare un reale fattore discrezionale tra l’area della autonomia e quella della subordinazione*” (e si noti come quest’ultima affermazione confermi quanto da noi sostenuto circa la *irrelevanza* (ai fini del riconoscimento di una ipotetica caratterizzazione ‘autonoma’ – piuttosto che subordinata – del rapporto di lavoro, della circostanza che l’eteroorganizzazione coinvolga anche *tempi e modi della prestazione*).

<sup>44</sup> Argomento (normativo) che viene, per lo più, singolarmente ignorato, o malamente interpretato. Sul punto sia consentito il rinvio alle considerazioni che svolgiamo in D’AMICO, *Le collaborazioni etero-organizzate in due discutibili sentenze del Tribunale di Milano*, in *GDLRI*, 2023, p. 657 ss., spec. 666 ss. (testo e note). Lo stesso argomento vale, peraltro, a smentire le tesi che riconducono *tout court* l’eteroorganizzazione alla ‘subordinazione’ (che, evidentemente, richiede un *quid pluris* rispetto alla mera ‘etero-organizzazione’, visto che questa è compatibile – ora – anche con una forma di lavoro qualificato come “autonomo”).

<sup>45</sup> Requisito da valutarsi *ex ante*, e non *ex post*, come invece di fatto accade. Ove ciò fosse, ne dovrebbe discendere un potere del ‘committente’ di controllare il rispetto del ‘requisito’ in

si dovrebbe propendere per la riconduzione alla ‘fattispecie’ dell’art. 47-*bis* quando la prestazione di lavoro abbia carattere (del tutto) ‘occasionale’.

È evidente, peraltro, che il criterio così individuato<sup>46</sup> non solo è in sé discutibile (e di incerta applicazione), ma finirebbe per confinare la fattispecie di cui all’art. 47-*bis* in ambiti alquanto ‘marginali’, contravvenendo probabilmente la volontà del legislatore di dettare una disciplina *ad hoc* per i c.d. *riders* (atteso che, il più delle volte, la disciplina applicabile anche a questi lavoratori sarebbe quella prevista dall’art. 2, comma 1).

Come che debba (e possa) risolversi – con riferimento al trattamento del rapporto di lavoro dei *riders* – il problema del coordinamento tra la ‘fattispecie’ dell’art. 2, comma 2, e quella dell’art. 47-*bis*, resta comunque la sensazione di trovarsi di fronte a normative mal formulate (oltre che mal coordinate), e comunque discutibili (nel collegamento che ciascuna istituisce tra la ‘fattispecie’ di riferimento, e gli effetti che ad essa vengono ricollegati)<sup>47</sup>.

questione, e – in difetto – di ‘sanzionare’ il collaboratore, se non attraverso l’esclusione dalla piattaforma quanto meno con forme di ‘preferenza’ nell’assegnazione degli ‘incarichi’, a beneficio di quei lavoratori che viceversa abbiano di fatto dimostrato maggiore ‘disponibilità’, e dunque ‘continuità’, nell’accettare di effettuare le consegne ‘attribuite’ dalla ‘piattaforma’.

<sup>46</sup> “In particolare” – si legge in una Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 17.11.2020 – il capo V-*bis* troverebbe applicazione “qualora ... [i *riders*] svolgano una prestazione di carattere occasionale”. Considera la ‘continuità’ della prestazione come un elemento (fattuale) identificativo dei rapporti di lavoro considerati nell’art. 2, co. 1, anche la più volte citata sent. n. 1663/2020 della Cassazione.

<sup>47</sup> Proprio partendo da queste critiche che possono muoversi all’intervento legislativo, ZOPPOLI A. (*op. cit.*) analizza la possibilità di valorizzare l’apertura alla *contrattazione collettiva*, contenuta nel comma 2 dell’art. 2 d.lgs. n. 81/2015. Un’apertura assai ampia se si considera che questa disposizione – come si ricorderà – sancisce la *inapplicabilità del primo comma* (e, quindi, della soluzione legislativa consistente nell’assoggettare integralmente il rapporto di lavoro considerato dalla norma allo statuto della subordinazione) “alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni 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”. Si tratta di un amplissimo ‘potere derogatorio’ che viene attribuito alla contrattazione collettiva, e – ciò che è più importante – esso è agganciato all’esistenza di “*particolari esigenze produttive ed organizzative*”, che si manifestino in determinati settori. In tal modo – conclude, sostanzialmente, Zoppoli – potrebbe realizzarsi quella ‘flessibilità’ e quella ‘selettività’ delle tutele, che costituisce l’esigenza fondamentale posta dalle nuove ‘forme di lavoro’ di cui si discorre, esigenza che il legislatore solo in parte è riuscito a soddisfare, e che un intervento giudiziale (di per sé imidoneo ad assicurare soluzioni ‘uniformi’, atte a dar vita ad un quadro sufficientemente ‘certo’ e ‘prevedibile’, in ossequio al principio di eguaglianza) difficilmente sarebbe in grado di garantire.

Al contempo – tuttavia – non sembra condivisibile l’atteggiamento di quella parte della dottrina lavoristica che sembra minimizzare, se non ignorare, il (pur maldestro) tentativo del legislatore di non appiattire del tutto sullo schema della ‘s subordinazione’ la complessa fenomenologia delle nuove forme di lavoro sulle piattaforme digitali. È un atteggiamento che esprime una perdurante resistenza ad abbandonare la tradizionale (assorbente) logica ‘dicotomica’ *lavoro subordinato/lavoro autonomo*, ritenuta evidentemente ancora in grado di ‘governare’ (nel segno, peraltro, di una netta prevalenza dello schema della “s subordinazione”<sup>48</sup>) il mondo del lavoro in questo primo scor-

<sup>48</sup> O, se si vuole, di una considerazione del ‘lavoro autonomo’, legata al vecchio e tradizionale ‘modello’, ormai recessivo, e comunque affiancato – nella realtà socio-economica attuale – da forme di lavoro autonomo ‘nuove’. È appena il caso di osservare che se ancora l’introduzione delle “collaborazioni coordinate e continuative” nell’art. 409 n. 3 cod. proc. civ. (pur rappresentando una rilevante novità sul piano processuale) lasciava al ‘diritto comune’ delle obbligazioni e dei contratti la regolamentazione sostanziale del lavoro autonomo, la situazione è da allora molto cambiata, proprio per la consapevolezza (acquisita dal legislatore) delle condizioni nuove di svolgimento dell’attività lavorativa ‘autonoma’ in molte situazioni che prima venivano indifferenziatamente ricondotte allo schema tradizionale (e, dunque, lasciate all’operare del generale principio “codicistico” di autonomia privata). Basti qui ricordare la l. 22 maggio 2017, n. 81 (spec. artt. 1 e 3), recante (fra l’altro) “*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale*”. Per una prima illustrazione del contenuto della legge cfr. ALAIMO, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, in *NLCC*, 2018, p. 589 ss.; nonché FERRARO P.P., *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *CG*, 2018, p. 217 ss., il quale ricorda (fra l’altro) che già dal 2006 l’Unione europea (si veda il “Libro verde sulla Modernizzazione del diritto del lavoro” del 22 novembre 2006) aveva invitato gli Stati membri a prestare maggiore attenzione (anche) al lavoro autonomo ‘economicamente dipendente’. Una normativa più specifica – avente come destinatari una particolare categoria di professionisti intellettuali, gli avvocati, quando forniscano le proprie prestazioni in maniera continuativa (sulla base di ‘convenzioni’ unilateralmente predisposte da controparte) in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003, n. 2003/361/CE – è stata di recente introdotta attraverso l’inserimento nella l. 31 dicembre 2012 n. 247 (*Ordinamento forense*) di un art. 13-bis (rubricato “Equo compenso e clausole vessatorie”), che prevede anzitutto il diritto del professionista al cosiddetto “equo compenso” (individuato come un compenso che sia “proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell’articolo 13, comma 6”), e sancisce (ai commi 4, 5 e 6) la vessatorietà di alcune clausole (come ad esempio: clausole che prevedano la facoltà del cliente di modificare unilateralmente il contratto, oppure di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto, o di pretendere prestazioni aggiuntive; oppure clausole che impongano all’avvocato l’anticipazione delle spese della con-

cio del nuovo secolo. Ciò avviene – come si è cercato di evidenziare – da un lato dilatando la nozione di ‘lavoro subordinato’ (partendo fra l’altro dall’idea che non si tratti di una ‘nozione normativa’ ma di una ‘nozione meramente fattuale’<sup>49</sup>, e postulando che l’applicazione della tutela accordata al lavoratore subordinato sia ancor oggi l’unica e/o indispensabile forma di protezione della persona che lavora), e per altro verso presupponendo un modello (unico o puro) di ‘lavoro autonomo’, che è ormai superato dalla legislazione (che ha riconosciuto forme di lavoro ‘autonomo’, alquanto distanti da quel modello), e che non risponde più alla realtà.

troveria, o la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell’attività professionale oggetto della convenzione, oppure stabiliscano termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, o, ancora, prevedano che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all’avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte). Il d.lgs. n. 81/2015 va inserito in questo *trend* legislativo, che una parte della giurisprudenza formatasi su tale ultimo testo normativo (e, in particolare, sugli artt. 2 e 47-*bis*) sembra ignorare, rimanendo ancorata ai termini ‘tradizionali’ della distinzione tra lavoro ‘subordinato’ (concepito come modello unico di tutela della debolezza contrattuale del lavoratore) e lavoro ‘autonomo’. Si tratta di un’impostazione ‘riduttiva’ e (se è consentito) ‘antistorica’, come dimostra la più matura riflessione sulla realtà odierna del ‘lavoro autonomo’: si veda al riguardo, per tutti, PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, *passim*, e, più di recente, ID., *Lavoro autonomo (contratto di)*, in DEL PUNTA, ROMEI, SCARPELLI (dir.), *Enc. dir. I Tematici*, vol. VI, *Contratto di lavoro*, Giuffrè, 2023, p. 833 ss.

<sup>49</sup> Si veda, ad es., Trib. Milano 28 settembre 2023, Nidil CGIL Milano, Filcams CGIL Milano e Filt CGIL Milano c. Uber Eats Italy s.r.l. Decisive, sul punto, le critiche di PERULLI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., ad alcuni passaggi della sentenza Cass. n. 1663/2020, alla quale si richiama il giudice milanese.

## Abstract

Prendendo spunto dal recente libro di Antonello Zoppoli, il saggio si sofferma sulle implicazioni della cosiddetta “prospettiva rimediabile” (o “approccio rimediabile”), in particolare nell’ambito del diritto del lavoro. L’A. analizza la contrapposizione tra “fattispecie legislativa” e “rimedio”, anche alla luce della disciplina che negli ultimi anni è stata introdotta per regolare le nuove figure di “lavoro” (e di “lavoratori”) generate dalla c.d. gig economy.

Inspired by Antonello Zoppoli’s recent monograph, the essay examines the impact of the so-called “remedial perspective” (or “remedial approach”), particularly in the field of Labour Law. The Author analyzes the contrast between legal provision (“fattispecie”) and “remedy”, also considering the legal framework introduced in recent years to regulate the new forms of “work” (and “workers”) arising from the so-called gig economy.

## Keywords

Fattispecie, Rimedio, Prospettiva rimediabile, Riders, *Gig economy*.

Legal case, Remedy, Remedial perspective, Riders, Gig economy.



## Luca Nogler

### Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediale\*

**Sommario:** 1. Il “rimedio” nella prospettiva statica (o descrittiva). 2. Il “rimedio” nella prospettiva dinamica della costruzione della regola di giudizio. 3. *Segue.* La persistente necessità di distinguere tra loro le fattispecie. 4. La dottrina giuslavorista che professa l’ideologia rimedialista: una fuga dalla fattispecie. 5. La dottrina giuslavorista che professa l’ideologia legalista: una fuga dal giudizio.

#### 1. Il “rimedio” nella prospettiva statica (o descrittiva)

Non è azzardato – come tenterò di argomentare in questo scritto – supporre che sia stata proprio una parte della dottrina giuslavoristica ad atteggiarsi a sostenitrice di quell’“ideologia rimedialista” che è stata recentemente stigmatizzata dal civilista che, più di tutti gli altri si è sforzato di coltivare la prospettiva rimediale del diritto<sup>1</sup>. Ovviamente non ignoro che i pionieri furono, e non serve neppure citarne le opere, il rimpianto *Adolfo Di Majo* e, tra i nostri migliori conoscitori del modello di *common law* americano, *Ugo Mattei*. Qui interessa indagare il contributo che i giuslavoristi offrono all’usuramento del significato giuridico della parola “rimedio”, che sembra ultimamente perdere di consistenza categoriale perché suona sempre di più come un mero concetto ombrello sotto cui riparano significati che sono

\* Dedico lo scritto alla memoria di Riccardo Del Punta.

<sup>1</sup> MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in IZZO U. (a cura di), *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, Editoriale scientifica, 2023, p. 52; ma di “ideologia rimedialista” ha parlato per primo NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *EDP*, 2014, p. 1211, seguito poi da SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1051.

troppo differenti tra loro per dotarlo dell'attitudine minima a denotare un qualcosa in modo sufficientemente chiaro. Se la risposta all'indagine evidenziasse un robusto contributo giuslavoristico in tale de-strutturante direzione sarebbe, infine, l'ennesima conferma della legge storica formulata da *Federico Mancini* secondo il quale quello del lavoro è il settore del diritto in cui si può aspirare “al titolo di giurista senza fare i conti con le severe pretese del metodo giuridico”<sup>2</sup>.

A scanso di equivoci, preciso che in questo contesto il termine “ideologia”<sup>3</sup> denota, in modo più ampio rispetto alle tradizionali impostazioni politiche, la postura di chi si serve di parole d'ordine per innescare una mobilitazione della giurisprudenza al fine di farle *ponere legem* senza rispettare i vincoli dell'argomentazione giuridica che dovrebbero caratterizzare lo svolgimento del suo compito istituzionale che consiste notoriamente nello *ius dicere*. Sono cioè parole d'ordine che attraverso un “vestito d'idee” (*Ideenkleid*) – ecco l'accezione marxiana di *Ideologie* – mascherano esiti che sarebbero preclusi se si procedesse in coerenza con i vincoli dell'attività giuridica.

Procedendo comunque con ordine, inizierò, anzitutto, soffermandomi sui connotati concettuali della prospettiva rimediale (§ 1); passerò poi ad illustrare la ragione principale per la quale parte della dottrina giuridica denuncia una presunta crisi della fissazione dei presupposti (fattispecie) del rimedio (§ 2), per riaffermarne, al contrario, l'assoluta necessità argomentativa (§ 3). Svolta questa parte generale, sposterò l'analisi su alcune prospettazioni ed esemplificazioni giuslavoristiche (§§ 3 e 4) che, volendo fin da subito anticipare una parte delle conclusioni, riportano a galla questioni ancora irrisolte sul come la nostra disciplina si colloca all'interno della scienza giuridica.

Per una serie di ragioni che dovrebbero, spero, emergere con chiarezza nel proseguo del saggio, occorre iniziare chiarendo in quale relazione reci-

<sup>2</sup> MANCINI, *Il liberale Tito Carnacini*, in *RTDPC*, 1984, p. 626.

<sup>3</sup> Non è, infatti, una parola che denota in sé una negatività (cfr. RICOEUR, *Conferenza su ideologia e utopia*, Jaka Book, 1994) ma che – come cercherò di spiegare nel § 2 – se, usata nel contesto del discorso giuridico post-positivista, equivale operazionalmente alla rimozione del vincolo procedurale, come osserva anche MARINELLI V., *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, 1996, p.VII. Tale significato non coincide con quello che assegnò alla parola TARRELLLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, 1967 che, accostando le teorie alle ideologie, intendeva esprimere un'endiadi (BARBERIS, in *RIFD*, 2007, p. 645) per togliere ogni spazio possibile ai giudizi di valore.



proca si pongano tra loro le due categorie della “fattispecie” e del “rimedio”. A tal proposito, può dirsi, anzitutto, che la categoria della “fattispecie” è storicamente figlia del positivismo statale al quale risale la prospettazione secondo la quale viene considerata come idonea a produrre effetti giuridici la fattispecie (astratta) “pensata nel suo storico divenire”<sup>4</sup> e cioè la fattispecie concreta. Dati certi presupposti, il soggetto giuridico può maturare la posizione soggettiva tutelata dall’ordinamento ovvero si producono gli effetti previsti dalla prescrizione normativa. Se sopraggiungono poi impedimenti alla realizzazione dell’effetto-primario o una lesione dell’interesse stesso a realizzarli, possono subentrare i rimedi (effetto-secondario). Con questi ultimi siamo, quindi, già in una fase temporale ulteriore della dinamica giuridica: quella della tutela. I rimedi, secondo *Salvatore Mazzamuto*, “costituirebbero un piano mobile di strumenti preposti non al soddisfacimento in prima battuta di interessi giuridicamente protetti che rimane di competenza del diritto soggettivo e dei poteri e facoltà che lo compongono, ma al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la sua violazione da parte di un terzo”<sup>5</sup>. Sarebbe, tuttavia, errato – chiarisce la dottrina civilistica – inferire che “i rimedi non presuppongano una fattispecie. Non è possibile immaginare una previsione generale e astratta, com’è quella che conferisce il rimedio, sganciata dalla struttura condizionale propria del precetto o del programma d’azione che si è soliti indicare col termine fattispecie”. Semplicemente, “il rimedio, dotato di una propria fattispecie, non è parte della fattispecie attributiva della situazione soggettiva, perché si dispone sul versante della tutela”<sup>6</sup>. Anche l’indimenticabile *Vincenzo Scalisi* si esprime

<sup>4</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, 1939, p. 3 ss.

<sup>5</sup> MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi*, cit., p. 41.

<sup>6</sup> MAZZAMUTO, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, Giappichelli, 2021, pp. 61 e 62 il quale soggiunge che “il rimedio non è neppure del tutto estraneo alla fattispecie che delinea la situazione giuridica soggettiva, concorrendo piuttosto alla sua definizione grazie alla stretta correlazione tra posizione sostanziale e piano per l’appunto rimediale”. Ancor meglio si esprime comunemente D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *GC*, n. 3/2016, § 10. Poco utile è la tendenza di una parte dei processualisti – v. PAGNI, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *RIDL*, 2005, I, p. 489 laddove afferma che il nostro ordinamento s’ispira al principio dell’atipicità dei rimedi – ad utilizzare le parole “rimedio” e “tutela” come sinonimi quando, in realtà, “rimedi” può svolgere la funzione più utile di denotare gli strumenti reattivi “al soddisfacimento in seconda battuta di un bisogno di tutela del singolo conseguente all’inattuazione

negli stessi termini: “al pari dell’effetto primario, anche l’effetto-rimedio non nasce dal nulla: è anch’esso, come ogni effetto, una valore condizionato dell’agire umano, dove l’evento condizionante, se non è la fattispecie, è pur sempre qualcosa che alla fattispecie somiglia, ossia la inattuazione di un interesse giuridico rimasto insoddisfatto”<sup>7</sup>.

Ora, oltre alla nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sulla necessaria predisposizione di “rimedi adeguati”, fu, più precisamente, a partire dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che la terminologia giuridica euro-unitario si arricchì del termine *legal remedies* che nella versione italiana fu tradotto con la parola “ricorsi” alla quale fu assegnato il significato di “mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori” (art. 7, co. 1 e 3). Di *remedies* si tornò poi a parlare nell’art. 4 della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Questa volta nella versione italiana si optò per “diritto di agire” che discende poi dal diritto al ricorso effettivo garantito dal più generale art. 47, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>8</sup>. Finalmente con il successivo art. 18, co. 4, s’introdusse anche nella versione italiana l’espressione “rimedi” (di cui può avvalersi il consumatore e che si aggiungono alla risoluzione del contratto). Partendo da questi precedenti, che si sono poi con il tempo incrementati, la dottrina civilistica ha razionalizzato la nuova categoria evocata dal termine “rimedi” affermando che “il legislatore comunitario non

di un suo interesse per un ostacolo frapposto o per la violazione da parte di un terzo” (MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi*, cit., p. 41).

<sup>7</sup> SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, pp. 1053 e 1054.

<sup>8</sup> Sulla creazione all’interno dell’“ordine costituzionale europeo” del diritto ad una reazione effettiva quale configurazione del principio del giusto processo cfr. il classico studio di TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *RTDPC*, 2007, p. 35 ss. e p. 439 ss. al quale va riconosciuto il merito di aver colto per primo, all’interno della nostra dottrina gius-processualistica, che nel contesto europeo *common* e *civil law* entrano in un processo di dialogo che crea convergenze. Su quest’ultimo profilo, in una logica di più lungo periodo cfr. anche MARKESINIS (a cura di), *The Gradual Convergence. Foreign Ideals, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Clarendon Press, 1994. Non è un caso comunque che si sia iniziato a parlare di convergenza con il passaggio alla concezione dinamica del diritto che ho descritto nel § 2.

osa scrivere o riscrivere fattispecie in modo compiuto”, ma è “particolarmente orientato ai rimedi, più che all’attribuzione astrattizzante dei diritti”<sup>9</sup>.

Che la concezione rimediale sia congeniale al sistema giuridico euro-unitario è, infine, coerente con quella che un autore tedesco ha denominato la *instrumentalizzazione* da parte sua *del diritto*, anche privato, al raggiungimento dell’obiettivo del mercato unico<sup>10</sup>. Il diritto euro-unitario non si estende alla previsione di una regolamentazione basica dell’autonomia privata, ma sostiene l’intarsiamento nei sistemi privatistici nazionali di rimedi che vadano nella direzione dell’obiettivo funzionale di fondo al quale sono finalizzate le libertà fondamentali. Un obiettivo che viene notoriamente prima, e non più dopo, la stessa distinzione tra diritto pubblico e privato<sup>11</sup> che aveva rappresentato l’alfa e l’omega del paradigma giuridico pandettistico. Il diritto euro-unitario è, più precisamente, funzionalizzato all’obiettivo di un ordine concorrenziale secondo un’impostazione che è ben diversa da quella neo-liberale di sostegno al mercato spontaneo<sup>12</sup>. Non stupisce dunque se sta tornando in auge l’impostazione di *Tullio Ascarelli*<sup>13</sup>, ma già di *Angelo Sraffa*, per la quale la regolazione dei tipi contrattuali subisce l’influenza interpretativa del principio della libertà d’iniziativa economica e delle condizioni di progresso tecnico ed economico. Grazie a questa impostazione si arriva, ad esempio, a far gravare “il costo della sopravvenienza e la conseguenza dello sconvolgimento dell’equilibrio contrattuale sulla classe dei viaggiatori (e non sugli organizzatori)”<sup>14</sup>. Vero è che questo atteggiamento, fatto

<sup>9</sup> CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, I, p. 12. Invero ai giuslavoristi era, invece, parso di dover cogliere la dinamica inversa: v. ROCCELLA, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in RIDL, 1994, I, p. 70.

<sup>10</sup> SCHMID, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Nomos, 2010. Fa propria questa premessa declinandola sul piano rimediale, ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto private europeo*, in EDP, 2014, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Di qui l’impressione suggerita dal titolo di BENACCHIO, GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, ESI, 2016.

<sup>12</sup> Non a caso, negli Stati Uniti si guarda con simpatia ad autori ordo-liberali come Franz Böhm, v. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, il Mulino, 2021, p. 64 ss.

<sup>13</sup> ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, 1955, p. 35; si tratta della prolusione del 1953; in chiave storica cfr. JANARELLI, *Asquini, Ascarelli e l’ordinamento corporativo*, Cacucci, 2021. Sulla necessità di vigilare affinché l’ordine di mercato non degeneri in disordine cfr. anche OPPO, *Impresa e mercato*, in RDC, 2001, IV, p. 421 ss. che ispira l’autrice citata alla nota successiva.

<sup>14</sup> SANTARPIA, *Quale futuro per il diritto del turismo?*, in ANGIOLINI, SANTARPIA (a cura di),

proprio dalla Corte di Giustizia, lungi da giustificare l'atteggiamento pessimistico dei giuslavoristi più emotivi<sup>15</sup>, apre la strada al superamento della logica generale/speciale che ha retto la relazione storica tra diritti del lavoro nazionali e legislazione euro-unitaria. Questo è il terreno ideale per l'affermarsi di quella comparazione integrativa che fu sempre sostenuta da *Mauro Cappelletti* il quale, parlandone dinnanzi ai suoi compaesani, la chiamò "transnazionalismo"<sup>16</sup>.

## 2. Il "rimedio" nella prospettiva dinamica della costruzione della regola di giudizio

Nell'impostazione più risalente si affermava che la norma prescrive un rapporto di condizionalità tra un fatto ed un effetto e gli individui (autonomia privata) determinano lo "storico divenire" della fattispecie legislativa<sup>17</sup>. In questa visione il diritto soggettivo indica la piena maturazione dei presupposti per la produzione dell'effetto. A questa impostazione si contrappone quella, più normativista, che attribuisce, sempre e comunque, all'ordinamento il potere di determinare gli effetti<sup>18</sup>. In questa seconda concezione, il diritto soggettivo assume una funzione descrittiva di "*presentation of the law in force*"<sup>19</sup>.

Comune a queste due impostazioni – l'una più concentrata sull'autonomia privata e l'altra sulla norma – è di muoversi sul piano *statico* dei concetti già formulati e, in quanto tali, precostituiti: la scienza giuridica è "coscienza di ciò che è diritto"<sup>20</sup>. Per entrambe le visioni il giudice, nel giudizio di merito, dispone di discrezionalità nella sola fase di accertamento storico dei fatti.

*La fattispecie "liquida": quattro casi sintomatici*, ESI, 2023, p. 75 a proposito della legislazione sui rimborsi tramite *voucher* dei viaggi annullati a causa della pandemia.

<sup>15</sup> Penso a GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, 2017, in quello che è comunque il miglior manuale della materia.

<sup>16</sup> *Il villaggio e il mondo: riflessioni di un Trentino emigrato nel diritto comparato*, in *Folgaria notizie*, Comunità di Folgaria, 1985.

<sup>17</sup> FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *ED*, XIV, Giuffrè, 1965, p. 483 nt. 92.

<sup>18</sup> SCOGNAMIGLIO C., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *RTDPC*, 1954, p. 331; CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *ED*, XIV, Giuffrè, 1967, p. 932 ss.

<sup>19</sup> ROSS, *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, 1958, p. 167 ss.

<sup>20</sup> IRTI, *Itinerari di Francesco Santoro Passarelli*, in *RDP*, 1997, p. 251.

Sennonché, se invece ci spostiamo nella posizione *dinamica* della formulazione delle regole di giudizio<sup>21</sup>, esce alla luce un interrogativo che veniva oscurato da tutte le impostazioni meramente descrittive che riducono il diritto a comando dello Stato: come è possibile ricondurre una serie di fatti del presente al passato (fattispecie)? Emerge, così, che la categoria indagata della “fattispecie” fu, fin dalle sue origini, figlia di una concezione troppo meccanicistica della produzione degli effetti giuridici. Essa è strumentale ad una prospettiva che guardava all’*institutum*, “cavandosela” con il richiamo al concetto dell’autonomia privata, come se la volontà dei privati fosse produttiva *in rerum natura* degli effetti giuridici. Ma questo sguardo non tiene conto che il giurista deve sempre di nuovo fare i conti con l’*instituere*. È solo attraverso un giudizio che si passa dai fatti interindividuali alle varie “specie di fatti” che sono produttivi di posizioni soggettive e che consentono la produzione degli effetti o il ricorso ai rimedi. Questo passaggio dinamico presuppone, insomma, un’azione valutativa. E proprio quest’ultimo è il problema-*crux* dell’attività giuridica<sup>22</sup>.

Al più tardi quando diventiamo dinamici ed entriamo in azione scopriamo che passato, presente e futuro sono scansioni temporali che vengono costituite sempre di nuovo dai nostri atti di vita del presente<sup>23</sup>. In altre parole, è sempre l’*azione* umana – per il giurista appunto un giudizio – che è alla base della capacità del disposto normativo di parlare nel e al presente regolandolo, sicché l’interprete, quando diventa operativo, più che subire una prescrizione ne costruisce l’attualizzazione regolativa ovvero compie quell’operazione mentale e comunicativa che il *common lawyers* chiama *rule making*<sup>24</sup>. Egli deve sempre di nuovo reinterpretare l’enunciato prescrittivo passato (“ogni volta il comprendere giuridico può dirsi nuovo perché sempre diversa è la situazione dell’interprete”<sup>25</sup>) in modo da giudicare nel-

<sup>21</sup> In questa diversa prospettiva il prototipo del giurista diventa il giudice e ciò avvicina tra loro i sistemi di *common* e *civil law*: ALPA, *La discrezionalità del giudice: a proposito di un libro di Aharon Barak*, in *RCD*, 1995, p. 558. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *RTDPC*, 1998, p. 787 ss. osserva che giudizio può significare alternativamente “processo” o “decisione”, ma nell’espressione “regola di giudizio” significa la giustificazione della decisione.

<sup>22</sup> Per la quale, rientrando essa nella sfera dell’agire pratico, vale la massima per la quale “s’impara a ragionare ragionando” (*Aristotele. Etica Nicomachea*, Bompiani, 2000, II, 1).

<sup>23</sup> ARENDT, *La vita della mente*, il Mulino, 2009, p. 298.

<sup>24</sup> Per maggiori dettagli rimando a NOGLER, *Regole giuridiche (fonti)*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Jovene, 2018, III, p. 1461 ss.

<sup>25</sup> ZACCARIA, *Dimensione dell’ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *RIFD*, 1995, p. 366.

<sup>26</sup> Il vincolo della legge è ciò che distingue l’attività giuridica da quella politica, cfr. MENGONI, *Diritto e valori*, il Mulino, 1985.

l'unico tempo in cui vive: il presente<sup>26</sup>. I teorici che sono rimasti “più aderenti all'esperienza concreta”<sup>27</sup> partono dal presupposto che, a seconda dei casi, questo *potere* del giudice<sup>28</sup> può essere più o meno esteso in termini di discrezionalità. Si propone, in particolare, una tipizzazione differenziale tra casi facili, intermedi e difficili<sup>29</sup>.

Questo scenario è però realizzabile solo se prendiamo sul serio le prassi applicative – anche, possibilmente, quelle comparate – che possono esserci d'ausilio nel costruire le ipotesi regolative che, a volte, possono essere anche epi-interpretative laddove il suffisso greco che sta per oltre, intende denotare un significato non espresso ma neppure contrario alla formulazione linguistica che è stata utilizzata per enunciare la prescrizione. Tali regole (o norme) di giudizio si possono, infine, solidificare assumendo le forme del diritto vivente, e cioè interpretazioni di enunciati normativi che *debbono* essere fatte proprie dalla stessa Corte costituzionale alla quale spetta ‘solo’ decidere se esse siano o no in armonia con la Costituzione. Tutto questo cammino deve essere – ecco il punto – quanto più pubblico possibile. Il giudice – e, più in generale, il giurista – deve, per così dire, guadagnarsi l'autorità che sorregge, infine, la sua decisione sull'individuazione della fattispecie (concreta) che – come già detto – non costituisce né un dato preconfezionato da attingere con la semplice percezione né un dato inesistente da ideare *ex novo* di volta in volta.

Una volta guadagnato il punto prospettico del giudizio, ed abbandonato il mito del positivismo logico-legalista, usciamo dalla limitatezza – la necessità di pensare ai fatti ed agli effetti in senso solo virtuale – imposta dalla precedente statica prospettiva prescrittiva (v. *retro* § 1). Il discorso giuridico si apre così *anche* alle innovazioni culturali e tecnologiche che l'individualità umana è capace di imporre nel mondo interpersonale. Tale apertura si richiude poi ogni volta comuniciamo con il linguaggio le ragioni delle nostre valutazioni. Il linguaggio è dotato della forza di dare “una forma simbolica”. La comunicazione richiede quella che Habermas, con una felice allitterazione,

<sup>27</sup> PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Jovene, 2003, p. 483.

<sup>28</sup> Che di *potere* sia necessario parlare lo sottolinea con forza TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, in MCG, 1999, p. 484 ss.

<sup>29</sup> BARAK, *Judicial Discretion*, 1989 trad. it. *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 1995, p. 40 ss.

descrive come la transizione “*vom sinnlichen Eindruck zum symbolischen Ausdruck*” (dall’impressione sensibile all’espressione simbolica)<sup>30</sup>. Essa chiude in modo statico la realtà in un ordine simbolico che le parole, di cui il linguaggio, anche quello giuridico, si compone, esprimono nel contesto sociale di riferimento. Ma proprio perché l’espressione linguistica nasce da un’impressione l’operazione di formulazione della regola di giudizio coinvolge sempre anche le nostre reazioni emotive che, secondo la psicologia cognitiva, possono imporci anche intuizioni etiche, del cui condizionamento sul nostro giudizio dobbiamo assumere consapevolezza (pre-comprensione).

Fattispecie ed effetti primari, così come fattispecie e rimedi, non sono, insomma, tenuti insieme da una causalità naturale. In entrambe le ipotesi va costruita – ecco il perché della centralità del giudizio valutativo – la regola di giudizio e con essa le fattispecie (concrete): a) quella che apre la porta alla realizzazione o conservazione dell’effetto primario attraverso la regolazione (selezione) degli interessi costitutivi, modificativi o estintivi in gioco; b) quella ulteriore che, prendendo le mosse dalla prima ovvero dall’inattuazione dell’effetto primario riassume le condizioni per accedere al rimedio<sup>31</sup>. Entra allora in gioco in questa ipotesi b) – data la frustrazione dello sbocco primario – una tutela rafforzativa “del percorso attuativo dell’interesse da soddisfare” che era già stato focalizzato dalla regola di giudizio che presiede all’individuazione della “prima” fattispecie<sup>32</sup>. Infine, va precisato – perché troppo spesso i giuslavoristi non considerano tale profilo – che il contenitore più ampio di tale regola di giudizio è, quando parliamo di una vicenda contrattuale, il regolamento contrattuale<sup>33</sup>.

Sin qui ho sostenuto che il vincolo della legge non significa che il giu-

<sup>30</sup> Questo è il titolo di una sua silloge di saggi nel 1997 con l’editore Suhrkamp (Frankfurt am Main).

<sup>31</sup> SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., p. 1051 che parla di evento condizionante che “alla fattispecie somiglia”.

<sup>32</sup> SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., p. 1056.

<sup>33</sup> I fautori dell’ideologia rimedialista non considerano che la dottrina giuslavoristica aveva valorizzato il contratto come regolamento fin dagli anni Sessanta dello scorso secolo (vedilo ora riproposto da ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore*, cit., p. 3). Purtroppo nel tempo presente non si coltiva la storia delle categorie sicché – senza neppure accorgersene – la dottrina giuslavoristica finisce con lo sperperare avanzamenti di pensiero che, specie nel corso degli anni Sessanta, il pensiero giuslavoristico era riuscito a guadagnare rispetto allo stesso campo concettuale civilistico che torna ora ad essere vissuto come dato e non costruito dal pensiero giuslavoristico; questo atteggiamento remittente è bene semplificato dallo scritto di CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, 2007.

rista debba agire come una sorta di moviola che riporta la percezione dell'interazione umana al modo in cui la stessa veniva assunta al momento dell'approvazione della prescrizione normativa, bensì che il modo, necessariamente sempre nuovo, d'interagire sociale sia giudicato sulla base di una regola che sia convincentemente<sup>34</sup> ricondotta alla prescrizione stessa<sup>35</sup> così come viene intesa dal diritto vivente. Da sempre l'individuazione delle fattispecie (concrete) deve adeguarsi allo sviluppo culturale e tecnologico della società e proprio per questo si è passati dalla logica dell'identità (verità) a quella dell'equi-valenza<sup>36</sup>. Il giurista non giudica l'essenza ultima dell'agire umano, bensì le sue conseguenze pratiche nel contesto dell'inter-azione sociale. Ma se egli opera in un ordinamento ispirato alla *rule of law* non dispone della stessa discrezionalità del potere politico.

Non è vero, insomma, che il giudice possa limitarsi passivamente a registrare la realtà e le sue mutazioni culturali. Il suo è un compito molto più impegnativo perché la realtà che è oggetto del suo giudizio si trova in uno stato più evoluto rispetto a quello che era stato oggetto delle prescrizioni che lo vincolano. Non è, quindi, sufficiente che egli motivi secondo la logica dell'identità, ma occorre che sappia argomentare giudizi d'equivalenza che gli consentano di aprire la norma alle inevitabili diversità sociali di contesto impresse dal continuo divenire della realtà inter-umana. Quando si afferma – correttamente – che non si può attribuire al giudice il compito di operare il giudizio di rilevanza<sup>37</sup>, occorre subito aggiungere che questa negazione

<sup>34</sup> Non la convinzione che è frutto della persuasione che fa leva sulla tecnica delle emozioni ma quella che esprime un assenso razionale alla tesi proposta, cfr. CAVALLA, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in *Verifiche*, 1984, XIII, p. 2. Il tutto deve per avvenire all'interno dell'etica del dubbio v. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Laterza, 2008 e senza partire dal presupposto heideggeriano (e schmittiano) che il linguaggio sia la casa dell'essere.

<sup>35</sup> Giustamente NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico*, cit., p. 1212 ricorda che l'adozione di una concezione rimediabile del diritto deve accompagnarsi all'adozione di garanzie e che ciò è dimostrato proprio dalla patria dei *remedies*.

<sup>36</sup> Cfr. sul punto BEDUSCHI, *Scritti scelti*, in NOGLER, SANTUCCI G. (a cura di), Editoriale scientifica, 2018; nell'introduzione mi sono soffermato sulle premesse gius-filosofiche dell'impostazione che caratterizza questo importante autore. Altri preferiscono parlare, al posto di equivalenza, d'identità funzionale: BARCELLONA M., *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in IZZO (a cura di), *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale*, cit., p. 67.

<sup>37</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediabile, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, 2022, p. 85.



opera, al di là della forma sillogistica che deve assumere la decisione, e più precisamente a livello di obbligo argomentativo da assolvere con puntiglio, rigore ed essenzialità<sup>38</sup>.

Nel corso del giudizio ovvero di quello che Philipp Heck chiamava il *Gedankengang* (il cammino dei pensieri), la scelta valoriale può e ha necessariamente corso. Il punto è però che la stessa può essere fatta valere nell'argomentazione della decisione solo entro precisi limiti di giustificazione<sup>39</sup> e ciò perché la correttezza o no delle ragioni del decidere deve essere controllabile. Al posto di 'scappare' dal problema dell'inquadramento valutativo dei fatti, limitandosi in negativo ad invocare la crisi (della fattispecie<sup>40</sup>), dobbiamo garantire le parti dalla natura necessariamente valoriale del giudizio costringendo chi esercita il potere giurisdizionale a rendere note le sue scelte e ad argomentarle senza consentirgli di cavarsela nascondendo il suo convincimento dietro all'*auctoritas* insita nei vincoli formali con la quale adotta la sua decisione.

La vita inter-umana vive di lotte interne alla specie umana che producono costantemente istanze collettive (o paradigmi) condizionanti che danno valore o disvalore a determinati fatti o relazioni che sono tutt'altro

<sup>38</sup> Cfr. sul punto ATIENZA, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, 2016 ed in particolare p. 164 ss. dove l'a. distingue tra ragionamento classificatorio, finalistico e teso alla ponderazione.

<sup>39</sup> A conclusione della sua destrutturazione anche GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giuridicamente perseguibili*", in *RDC*, 1998, p. 657 ss. si aggrappa alla giustificazione.

<sup>40</sup> Così, da una prospettiva critica, IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, p. 37 e, da una prospettiva pseudo-realista, PUNZI, *Decidere in dialogo con le macchine. La sfida della giurisprudenza contemporanea*, in SALANDRO, *SMART la persona e l'infosfera*, Pacini, 2022, p. 263 il quale omette però di prendere in considerazione il ruolo interpretativo dei principi costituzionali. Che la posizione di Irti sia critica è opinione comune; v. tra i molti ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, cit., p. 9: "il rischio, conclude ... Irti, è allora quello di sostituire il sobrio e impersonale pensare e decidere per fattispecie con un intuizionismo di tipo soggettivistico, che finisce con il presentare il diritto come terreno di lotta tra umane passioni e di farlo scivolare in una "tirannia dei valori" dagli effetti incontrollati e devastanti". V. anche l'osservazione di BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *MCG*, 2001, p. 163 che il punto critico dei giuspositivisti consiste proprio di essersi fermati alla constatazione del carattere creativo dell'atto applicativo e questo per la loro totale svalutazione del valore della certezza del diritto. Non a caso di ben altro tenore sono le considerazioni di Irti non appena si pone sul piano del dover essere del giudizio in *La necessità logica della fattispecie (intorno ad una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss.

che *wertfrei*. Questo è ciò che s'intende quando si afferma che l'uomo si distingue dagli animali perché è in grado di produrre culturalmente regole sociali<sup>41</sup>.

Via via che, inizialmente, grazie, soprattutto, a chi sposò l'impostazione del realismo giuridico e a chi riconobbe nelle prescrizioni costituzionali sui principi la grande novità della "connessione concettuale tra diritto e morale"<sup>42</sup>, il giudizio è diventato il punto prospettico a partire dal quale è stato ripensata la dinamica giuridica. I mutamenti più evidenti sono consistiti nello "sminuimento" della riconduzione sillogistica della fattispecie concreta in quella astratta che viene ora considerato come un profilo 'meramente' formale della decisione giurisdizionale, mentre l'individuazione della fattispecie concreta – che obbliga a guardare ai fatti interpersonali ed agli effetti come se si fossero già prodotti – è assurda a vero e proprio nodo critico dell'attività giuridica<sup>43</sup>. Ciò ha segnato un vero *turning point* della riflessione giuridica contemporanea. *Un conto è descrivere il sistema normativo ed un altro paio di maniche è operare, qualificare e giudicare al fine di decidere chi ha torto o ragione*. La decisione opera come la spada, ma la giustizia deve servirsi anche della bilancia.

### 3. Segue. *La persistente necessità di distinguere tra loro le fattispecie*

Il ragionamento sistematico – con il quale si distinguono tra loro i profili essenziali all'una o all'altra fattispecie – che ruolo gioca in una concezione che pone l'accento sul profilo dinamico dell'attività giuridica? Per rispondere all'impegnativa domanda, può essere utile seguire la quadripartizione di riferimenti al sistema isolata da *Vito Velluzzi*: esso può essere riferito al documento normativo, ai concetti giuridici che pongono la cd. dogmatica, all'ambito disciplinare (su cui mi soffermerò nel § 5) e, infine, alla coerenza dell'insieme delle regole giuridiche<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> RICOEUR, *Persone, Comunità e istituzioni. Dialettica tra giustizia e amore*, Cultura della Pace, 1994, p. 155.

<sup>42</sup> Ne riferisce bene BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, cit., p. 162.

<sup>43</sup> Trovo significativo che BARATTA, *Le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in MCG, 1990, p. 192 affermi che l'applicazione del diritto consista nell'interpretazione della fattispecie.

<sup>44</sup> Cfr. cap. III di VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, 2002; chi non si accontentasse di questa sintesi può consultare i tre volumi di LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, Giuffrè, 2002.

Ora, il riferimento al documento normativo chiama in causa la formulazione linguistica dello stesso che attraverso un esercizio di sintassi può essere distinta nei suoi sintagmi che bisogna poi però evitare di espungere dal contesto munendoli per tale via di una forza normativa in sé. La perniciosità di tale “parcellizzazione” degli enunciati normativi emerse con chiarezza nell’operato di quella parte della dottrina giuslavoristica la quale tentò di tipizzare il contratto di lavoro a progetto facendo leva essenzialmente sulla sola parola “progetto”. Un atteggiamento mentale che è stato poi rispolverato da chi pretende di ricavare il significato regolativo dell’art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81 in virtù del ricorso legislativo alla parola “etero-organizzazione”. Ma lo stesso può dirsi di coloro i quali identificano la subordinazione in virtù della sola parola “direzione” oppure anche del solo art. 2094 cod. civ.

Vero è, invece, che gli elementi essenziali all’una o all’altra fattispecie non possono che venir individuati confrontando tra loro, non le sole norme definitorie, ma l’interno complesso delle discipline dell’uno e dell’altro tipo<sup>45</sup>. Le definizioni – diceva Orestano – sono frutto di prospettazioni statiche<sup>46</sup> tipiche della mentalità sostanzialistica dei Glossatori e dei Commentatori e, più in generale per quel che qui più interessa, di chi ricorre alle tecniche dialettiche. Il passaggio dalla formulazione linguistica a quella regolativa, richiede sempre di astrarre e, quindi, d’operare distinzioni categoriali ma ciò non significa che si debbano chiudere o irrigidire le esperienze isolate in definizioni sostanzialiste. Piuttosto per riuscire ad associare ad una certo enunciato linguistico un significato regolativo occorre sovrapporgli una mappa concettuale<sup>47</sup> che, in quanto tale, copra l’intero territorio normativo mettendolo, per così dire, in ordine. Siamo così arrivati alla seconda connotazione del termine “sistema” del quale, ben inteso, fanno parte anche i principi costituzionali nei limiti entro i quali è possibile utilizzarli in via interpretativa nella delicata opera di messa a fuoco della regola di giudizio, perché altrimenti entra di nuovo in gioco la Corte Costituzionale.

Occorre, giunti a questo punto, considerare almeno anche un altro profilo che emerge se ci collochiamo nella prospettiva del giudizio. Da quest’ultimo punto d’osservazione possiamo, in particolare, cogliere che non tutti gli enunciati normativi sono formulati in senso relazionale. Le norme for-

<sup>45</sup> MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *RSoc*, 1965, p. 682.

<sup>46</sup> ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, 1987, pp. 148 e 151.

<sup>47</sup> MATTEUCCI, *Usare concetti e non parole. Eguaglianza e politica*, Liberilibri, 2006.

multate in senso regolativo coesistono nell'ordinamento con enunciazioni normative unilateralmente riferito ad un soggetto le quali, in quanto tali, esprimono “meri” principi che, lungi dall'attribuire – come si diceva in passato – diritti soggettivi pubblici, debbono essere, direbbe *Ann Glendon*, resi interdipendenti tra loro ovvero contemperati<sup>48</sup> perché una società è sempre composta da una rete orizzontale di relazioni e pertanto risultano contemporaneamente in gioco più di un principio. In effetti, con le innovative Costituzioni del secondo dopoguerra, si è tentato di prefigurare anche la griglia dei principi che possono venire in gioco nelle valutazioni giuridiche interpersonali. Ciò può essere iscritto nella finalità storica del costituzionalismo che consiste nel governo limitato<sup>49</sup>. Si discute se i principi irradiano o no la totalità della vita interpersonale<sup>50</sup>, ma qui importa, soprattutto, chiarire che si tratta di enunciati normativi, ripeto, formulati in modo unilaterale i quali esprimono perciò direttive di giudizio che nell'argomentazione delle regole decisionali debbono essere contemperate tra loro e, solo in tal modo, possono essere d'ausilio interpretativo<sup>51</sup> delle norme legislative inter-personali (*rules*)<sup>52</sup>. Infine, è compito della Corte costituzionale tutelare la discrezionalità legi-

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 2024, p. 127 ss. Il ricorso interpretativo ai principi costituzionali apre, proprio grazie alla necessità di operarne il contemperamento, a quella argomentazione orientata alle conseguenze che costituisce il tramite per mettere in moto la prospettiva rimediale: cfr. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *EDP*, 2014, p. 159 ss.

<sup>49</sup> Un profilo che era stato oscurato dal positivismo. Il merito di aver riscoperto la reale valenza storica del costituzionalismo va riconosciuto a *Nicola Matteucci* del quale v. qui in particolare lo scritto della nota polemica con *Norberto Bobbio: Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *RTDPC*, 1963, p. 985 ss.

<sup>50</sup> Nel senso della prospettiva totalizzante, anche per ulteriori riferimenti, v. JESTAEDT, *Deutsche Rechtswissenschaft im Kontext von Europäisierung und Internationalisierung*, in *Juristen Zeitung*, 2012, p. 6. Dato tale presupposto si rarefa l'eventualità della lacuna normativa (discussa da ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale*, cit., pp. 74 e 75, p. 88 e da D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *GC*, 2019, 1, p. 31 ss.) che rappresentava la valvola di sfogo dell'approccio positivista (v. H. KUDLICH, R. CHRISTENSEN, *Die Lügen-Lüge*, in *Juristen Zeitung*, 2009/19, p. 943 ss.). Ma quel che conta di più è che si chiude al giudice una scorciatoia argomentativa costringendolo ad essere meno assertivo e, quindi, più controllabile.

<sup>51</sup> CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1984, 184, p. 201 ss.

<sup>52</sup> Questo punto nevralgico viene sviscerato nella parte iniziale di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593 ss.; v. anche ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale*, cit., p. 86. Come nota GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle Carte dei diritti fondamentali*, in *RDC*, 2016, p. 1231 quando il diritto fondamentale deve essere applicato orizzontalmente “assume necessariamente – direi; per necessità logica – una connotazione relazionale che ne relativizza il contenuto”.

slativa garantendole uno spazio d'azione malgrado la codificazione dei principi. Un compito che dovrebbe suggerirle un uso molto – più del recente passato – parsimonioso delle sentenze monito.

Indubbiamente, come tutte le altre forme comunicative, anche la nuova formulazione linguistica della regola chiude, infine, di nuovo in modo statico (*omnis definitio periculosa est*) le nostre dinamiche valutative, tanto da trasformarle spesso agli occhi di chi legge il risultato linguistico finale (la decisione) in regole prescrittive di condotta ovvero di diritto vivente. Il momento dinamico del giudizio si chiude con una stasi che sarà poi rianimata da un nuovo momento valutativo, in un continuo *stop and go* giurisprudenziale.

E', comunque sia, prima della formulazione linguistica della regola di giudizio, durante l'individuazione della fattispecie (concreta), che dobbiamo essere vigili e dinamici, nel senso d'immergere il dato normativo nella realtà aprendo una fase valutativa la cui dinamica possiamo accostare a quella del gioco del *ping pong* perché, durante il suo svolgimento, le sollecitazioni innovative della vita interrogano la prescrizione che deve essere piegata con la logica, lo ripeto anche a scampo di apparire ripetitivo, dell'equivalenza tornando poi a confrontarsi con la realtà con un andirivieni continuo<sup>53</sup>. Durante questo processo circolare il giurista “deve controllare le emozioni con l'intelletto e ... muovere l'intelletto con le emozioni”<sup>54</sup>. Il grande merito di *Luigi Mengoni* sta nell'aver chiarito che nel suo percorso di avanti e indietro il ragionamento giuridico circolare deve far ricorso, contemporaneamente, ad argomenti sia giuridici che pratici<sup>55</sup>. Il ragionamento sistematico non segue quello creativo ma lo accompagna: l'interprete costruisce un sistema di schemi di pensiero (le fattispecie) ma la valutazione dei fatti può indurlo a rivedere gli schemi che ha ipotizzato ovvero a compiere riduzioni teleologiche oppure a rinunciare alla presenza di un singolo elemento perché altri giocano comunque

<sup>53</sup> “Il diritto non è, in alcun caso, completamente dato, ma neppure totalmente, ossia dal nulla, creato bensì trova continue articolazioni e ri-determinazioni in seguito a processi successivi di concretizzazioni dettati dalla ragion pratica di applicare ed insieme di utilizzare il diritto nei diversi casi di vita che si presentano” (ZACCARIA, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., p. 369).

<sup>54</sup> ZAGREBELSKY, *La lezione. Discorso*, Einaudi, 2022, p. 80.

<sup>55</sup> MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ripubblicato, in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, pp. 55 e 56; ALEXY, *Presentazione*, in ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998, p. X. Non sembra cogliere il punto ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *CI*, 2000, p. 365.

complessivamente ruoli tali da individuare la medesima funzione che era stata fissata nella mappa (o sistema) concettuale inizialmente focalizzato.

In questa prospettiva va intesa la suggestione che il problema sopravvenuto può diventare incrementativo dell'organizzazione sistematica del diritto<sup>56</sup>. In effetti, si suole ora spesso dire che il punto di partenza del giudizio non è più il testo della disposizione che prescrive la fattispecie astratta, “bensì un fatto della vita o una situazione problematici, sui quali il testo, che ha da dire qualcosa in proposito, viene interrogato”<sup>57</sup>. Ma è opportuno precisare che il giudizio deve, in realtà, avere una direzione bidirezionale che va più volte dal basso verso l'alto e viceversa e che alterna le ragioni pratiche alla coerenza deduttiva.

Arrivo così all'ultima accezione selezionata da *Velluzzi* e cioè la coerenza, sia formale (si pensi, ad esempio, alla gerarchia delle fonti o alla classificazione degli enunciati normativi costituzionali come principi o regole, etc.) che concettuale (ad esempio: la “colpa” è un concetto servente rispetto alla “responsabilità), dell'intero sistema regolativo. Soccorre al riguardo, in particolare, il concetto d'unità che deve intendersi come un insieme di tutte le regole di giudizio che sia rispettoso del criterio supremo della pari dignità delle persone così come gli altri principi costituzionali che si rivolgono all'insieme e non solo a singole regole inter-personali. Ad esempio, il temperamento tra i principi enunciati dagli artt. 4 e 41 Cost. influisce su una serie di regole: l'insindacabilità del merito della scelta imprenditoriale che sta a monte della scelta organizzativa a cui consegue il licenziamento ma anche l'ulteriore regola del ripescaggio entro i limiti delle mansioni contrattuali<sup>58</sup>. Lo stesso discorso vale a proposito degli artt. 2086 e 2103 cod. civ. Quest'ultima pone un limite al potere d'adibizione delle mansioni, che invero è insensato continuare a chiamare *jus variandi*, ma per converso l'art. 2086 cod. civ. non attribuisce al singolo lavoratore una pretesa a far sindacare

<sup>56</sup> BARCELLONA M., *Diritto, sistema e senso*, Giappichelli, 1996, p. 174 in nota.

<sup>57</sup> MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1996, p. 10.

<sup>58</sup> Sia consentito rimandare a NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2014, I, p. 115 ss. per illustrazione di come la regola del ripescaggio risponda alla logica dell'interpretazione del disposto legislativo alla luce dei principi costituzionali, logica invece rimossa da *Mattia Persiani, Pietro Ichino e Riccardo Del Punta*.

<sup>59</sup> Così invece TULLINI, *Aspetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: una prima lettura*, in *RIDL*, 2020, I, p. 135 ss.

<sup>60</sup> V. per tutti VALLAURI, *Brevi note su poteri imprenditoriali e poteri datoriali alla luce del nuovo art. 2086 c.c.*, in *LD*, 2021, p. 471 ss.

gli interi assetti adeguati dell'intera organizzazione datoriale<sup>59</sup>, che la dottrina tende piuttosto a ricondurre ai limiti esterni del singolo contratto di lavoro<sup>60</sup>. Né convince l'analogia con il dovere di sicurezza giacché la relativa normativa prevenzionistica attribuisce al singolo lavoratore posizioni giuridicamente tutelate solo nei limiti (anche organizzativi) di ciò che riguarda la sua prestazione di lavoro.

Il giurista deve essere capace d'“intendere l'elemento singolo in funzione del tutto di cui è parte integrante”<sup>61</sup> perché il diritto contemporaneo ha la pretesa sovrana d'istituire un ordine (costituzionale) in cui, ripeto, tutti hanno pari dignità sociale e siano ragionevolmente trattati allo stesso modo.

Per tutte queste ragioni si può affermare che quello giuridico è anche un ragionamento sistematico, benché occorra riconoscere che il vocabolo “sistema” è stato forse troppo a lungo utilizzato in funzione essenzialmente descrittiva (a volte, addirittura, piegato alla realizzazione di esigenze di tipo estetico-linguistiche). Sono esigenze che dovrebbero rimanere estranee al discorso giuridico regolativo che non mette in gioco una presunta assoluta e sintetica unità preordinata ed esteriore dell'insieme di tutte le regole di giudizio, bensì piuttosto la necessità della loro composizione attuale in un insieme coerente<sup>62</sup>. Proprio per questo, anche chi partiva da premesse positivistiche, sentì la necessità di specificare che il sistema è pieghevole<sup>63</sup>.

#### 4. *La dottrina giuslavorista che professa l'ideologia rimedialista: una fuga dalla fattispecie*

Come invero era già accaduto in passato, una parte dei giuslavoristi ha intravisto nel tramonto del positivismo, solo sommariamente evocato nel

<sup>61</sup> BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *RISG*, 1948, p. 48 in critica alla posizione crociana secondo cui una proposizione avrebbe senso solo se corretta dal punto di vista “logico-grammaticale e semantico”.

<sup>62</sup> Di qui anche l'onere rafforzato che grava in capo a chi intende innovare rispetto ai precedenti: cfr. MARINELLI V., *Ermeneutica giudiziaria*, cit., p. 271 ss. Anche nel mondo di *common law* sembra che si vada in tale direzione, v. DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge University Press, 2008 che attenua la regola dello *stare decisis* a presunzione.

<sup>63</sup> WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950 (e in trad. in inglese come *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*), Wien, 2000; in senso analogo CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, D.&H., 1983. CASSESE, *Varcare le frontiere*, in *RTDP*, 2023, p. 1064 preferisce parlare di sistema aperto o poroso.

precedente paragrafo, la possibilità di imbucare una scorciatoia, anzitutto, argomentativa. Infatti, proprio nella nostra materia s'invoca l'abbandono della "logica civilistica tradizionale fattispecie-effetti" che nel campo del diritto del lavoro avrebbe "storicamente ... prodotto esclusioni irrazionali dal campo delle tutele e che oggi sembra aver esaurito definitivamente la sua funzione)". In positivo si propone, invece, di "rovesciare la logica normativa partendo dai valori e dai principi costituzionali di tutela del lavoro ... per poi sulla base dei concreti bisogni sociali (le fattispecie concrete), concepire *policies* di tutela e giungere, infine, ai diritti (gli effetti)"<sup>64</sup>. La proposta è ispirata da un evidente e rivendicato atteggiamento di tirannia del principio di tutela del lavoro (art. 35 Cost.). Evito qui di appesantire il discorso approfondendo la questione delle reali motivazioni che si nascondono dietro a questa scelta. Sospetto comunque che un qualche ruolo, sebbene inespresso (e inconsapevole?), lo giochi la teoria del valore-lavoro<sup>65</sup> la quale assolutizza il "tempo di lavoro". Ma forse le motivazioni sono più semplici e si limitano al fatto che gli autori sono fermi all'epoca precedente al riconoscimento teorico della distinzione, interna all'involucro formale, tra *principles* e *rules*. Ancora una volta troverebbe conferma allora la tesi che la costituzionalizzazione di *principi* unilaterali orientati al singolo individuo, e non alle relazioni inter-personali, riattualizza quello che *Riccardo Orestano* chiamò il "pregiudizio ontologico"<sup>66</sup>. Si perde cioè di vista il carattere strumentale dell'astrazione degli interessi (o valori) in gioco che debbono comunque contemperarsi con altri principi per raggiungere, per così dire, il livello più basso della formulazione della *regola* di giudizio la quale indica la presa di posizione giuridica rispetto alla realtà inter-personale controversa. Al giurista non spetta il compito (filosofico) di riconoscere l'essenza del reale, la presunta *substantia rei*. Né corrisponde al vero che ogni fenomeno naturale o sociale "possiede un nome intrinseco che gli è proprio" (cd. realismo nominale)<sup>67</sup>. Si tratta di fissare con una sorta di avanti e indietro, tra regola precostituita

<sup>64</sup> PERULLI, TREU, "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giapichelli, 2022, p. 64. *Contra* cfr. fin d'ora LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, 1991, I, p. 381 ss. e PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *QC*, 2001, p. 60 ss.

<sup>65</sup> Che, come ho tentato di dimostrare in *Statuto dei lavoratori e ideologia del "nuovo sindacato"*, in *Costituzionalismi.it*, n. 1/2020, p. 143 ss. si incistò nel nostro discorso giuslavoristico nel corso degli anni Settanta dello scorso secolo.

<sup>66</sup> ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, il Mulino, 1987, p. 387.

<sup>67</sup> Cfr. in senso critico ORESTANO, *op. cit.*, p. 386 nt. 3.



di condotta e casi concreti, una fattispecie e cioè di isolare il substrato fattuale che consente poi di applicare determinate conseguenze giuridiche.

Comunque sia e quali che siano le fonti d'ispirazione del *revival* decisionista<sup>68</sup>, almeno alla luce della grammatica del discorso giuridico contemporaneo (positivo), tale modo di teorizzare è fallace perché omette di confutare la tesi che la subordinazione, anche nella sua funzione di giustificazione dei trattamenti (discipline), risponde, in realtà, alla logica del bilanciamento tra principi costituzionali: da un lato, la libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e, dall'altra, l'art. 3, co. 2 e la tutela del lavoro (art. 35 Cost.)<sup>69</sup>. Un quadro che si può complicare in molte ulteriori direzioni delle quali mi limito qui a ricordare solo quella in cui viene in gioco l'art. 38 Cost. al quale la giurisprudenza costituzionale attribuisce la prevalenza nelle ipotesi in cui l'attività professionale viene “svolta con modalità che la rendano assoggettata all'imposta diretta sui redditi”<sup>70</sup>.

Il modo di procedere qui criticato torna, sostanzialmente, ad adottare la logica della *Drittwirkung*, definitivamente archiviata nella sua stessa patria d'origine. Questo modo (disinvolto) di procedere richiama alla mente anche il criticatissimo metodo tipologico classico, da sempre sostenuto nel noto Manuale Utet<sup>71</sup>. Questa dottrina fa bensì ricorso al termine “logica rimediale”<sup>72</sup>, ma, in un'accezione innovativa rispetto al panorama giuridico contemporaneo: essa si riferisce, infatti, anche fuori dall'ambito dei discorsi *de iure condendo*, alla “funzione sostanzialmente rimediale della legge”<sup>73</sup>. Intendiamo: mi riferisco qui all'uso rimediale della legge, non solo – e fin qui

<sup>68</sup> Accosta la teoria della crisi della fattispecie al pensiero di Carl Schmitt, G. ZACCARIA, *Introduzione. Crisi della fattispecie, crucialità del caso, concetto di legalità*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 7.

<sup>69</sup> Sulla subordinazione quale regola di contemperamento v. già NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1990, p. 189; lo spunto fu colto da FERGOLA, *Il lavoro nell'artigianato*, FrancoAngeli, 1992.

<sup>70</sup> C. Cost. 28 novembre 2022 n. 238.

<sup>71</sup> CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro - Rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2022, cap. I. Non conta ciò che afferma TREU, *Il riordino dei tipi contrattuali nel Jobs Act*, in *DLRI*, 2015, p. 173 ma come poi concretamente argomenta.

<sup>72</sup> TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, in *DLRI*, 2023, p. 344; all'ideologia rimediale sono riconducibili anche CARUSO, ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 61 in cui si invoca di “garantire forme di tutela effettiva al contraente debole, per la via giudiziale, prima ancora che per la via legislativa”.

<sup>73</sup> PERULLI, TREU, *“In tutte le sue forme e applicazioni”*, cit., p. 9. Il corsivo è mio.

siamo nell'ambito della normale dinamica politica – da parte di chi propugna una determinata riforma legislativa ma anche della giurisprudenza. Da quest'ultimo punto di vista non vedo grandi differenze tra l'uso rimediabile e quello alternativo del diritto (borghese)<sup>74</sup>.

Il significato della parola *rimedio* è con tutta evidenza molto distante da quello in uso presso i civilisti richiamati *in apicibus* a queste brevi considerazioni. Per *Mazzamuto* il rimedio si pone in linea di continuità con l'esigenza della realizzazione della posizione soggettiva maturata allorché sopraggiungono evenienze ulteriori che frustano il bisogno di tutela. *Tiziano Treu* ammette esplicitamente che il richiamo alla concezione rimediabile serve per saltare il sistema esistente delle fattispecie ed effetti-rimedi, ed aprire direttamente la strada alla soddisfazione di un qualsiasi bisogno unilaterale al di là (“a prescindere”<sup>75</sup>) della logica relazionale della pari dignità contrattuale.

Sta di fatto che malgrado formalmente lo neghino e affermino che la loro capacità di *non liquet* verso la fattispecie, *Adalberto Perulli* e *Treu* sono comunque obbligati nella loro progressione argomentativa a dare un “persistente rilievo” alla fattispecie<sup>76</sup> a partire dal modo in cui risolvono il banalissimo problema su quale sia l'ambito di applicazione dell'art. 35 Cost. Ma, più in generale, si deve osservare che quel che conta non è la loro declamazione di dribblare la fattispecie, ma quel che gli autori concretamente fanno. Assistiamo, in sostanza, in molti punti ad una fuga (meramente) verbale dalla parola “fattispecie” che sotto altre vesti è comunque presente nel discorso degli autori in cui finisce con l'assomigliare molto – richiamo un'immagine familiare ai curatori di questa rivista – al Monaciello di Napoli.

La semplificazione argomentativa fin qui criticata viene, in realtà, da lontano. S'intravede *ictu oculi* la nota e risalente impostazione di uno dei due autori secondo la quale il lavoratore agisce in giudizio “non come singolo ma come partecipe del movimento di classe”<sup>77</sup>. Al posto della “classe” su-

<sup>74</sup> Non è dunque vero – almeno tra i giuslavoristi – che l'uso alternativo del diritto, su cui cfr. BARCELONA P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Laterza, 1973, sia un orientamento appartenente ad un “passato ormai lontano” (MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 65).

<sup>75</sup> PERULLI, TREU, “*In tutte le sue forme e applicazioni*”, cit., p. 18.

<sup>76</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediabile*, cit., p. 97 nt. 15 che a p. 85 evidenzia bene ciò che logicamente compete alla fattispecie stessa.

<sup>77</sup> TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, 1974, p. 149.

<sup>78</sup> L'esistenza di “una terra di mezzo dai confini labili” viene evocata anche da Cass. 24 giugno 2020 n. 1663.

bentra al giorno d'oggi un altro soggetto sociologico che *Treu* chiama “nuovi lavori” o “lavori ibridi”<sup>78</sup>, ma la *forma mentis* seguita dallo studioso appare essere, in fondo, sempre la stessa: l'azione in giudizio del lavoratore è sempre un'azione di – in senso sociologico e, suppongo, d'ontologia materiale – classe; questo è coerente con la simpatia dell'autore, e della sua scuola, per la *strategic litigation* americana. Siccome il singolo – dice il noto autore – agisce in nome del gruppo al quale sociologicamente appartiene<sup>79</sup>, il giudice sarebbe legittimato a *rimediare* – di qui l'espressione rilevatrice: “uso rimediale della legge” – a presunte storture normative esistenti.

A costo di ripetermi tengo a sottolineare, ancora una volta, il gioco che si fa in tal modo con la categoria della “fattispecie”. Quando *Treu* afferma che la giurisprudenza italiana avrebbe “sperimentato la inadeguatezza regolativa (inclusiva) della categoria della subordinazione”<sup>80</sup>, non enuncia la conclusione di una ricerca giurisprudenziale. L'autore segue ancora una volta un percorso narrativo che gira intorno ad una nozione (o meglio: definizione) restrittiva di subordinazione che egli assume come postulato riduzionista (dei “presupposti applicativi”: ma perché rinunciare alla parola “fattispecie”?) di base. Questa scelta conservatrice apre poi la strada all'autore per proporsi in modo declamatorio come progressista ovvero costruttivista sociale che rimedia a ciò che prima ha buttato a mare. Nell'economia del suo discorso l'equiparazione riduttiva – una decapitazione aprioristica – della subordinazione alla sottoposizione continua alle direttive tecniche del datore di lavoro – ecco che torna il Monaciello! – rappresenta un assioma indimostrato. Così come è un mero espediente retorico il restringere le vie possibili all'alternativa tra rimuovere la subordinazione o ritornare alla lotta di classe<sup>81</sup>: si dimentica in tal modo proprio la prospettiva post-positivistica per cui le categorie devono essere adeguate allo sviluppo sociale (v. *retro* § 2). Ma davvero si pensa che in tema di subordinazione siamo ancora fermi a *Barassi* o che la categoria della subordinazione sia atemporale come un tempo si diceva

<sup>79</sup> Scrisse *Gino Giugni* nel 1969 nel suo manuale di *Diritto sindacale*, Cacucci (che già conteneva in appendice la proposta di legge sullo Statuto): i “soggetti dell'autonomia collettiva sono gli individui (*Rosario Flammia*). La titolarità dell'autonomia collettiva, sebbene a una prima analisi possa ritenersi imputabile al gruppo che tutela un tipico interesse collettivo, appartiene in realtà ai singoli lavoratori o datori di lavoro: l'aspetto collettivo di questa forma di autonomia si specifica nel momento dell'esercizio. Può perciò parlarsi di titolarità individuale, in quanto potere attribuito all'individuo, con esercizio in forma collettiva”.

<sup>80</sup> TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, cit., p. 347.

<sup>81</sup> PERULLI, TREU, “*In tutte le sue forme e applicazioni*”, cit., p. 24.

dei concetti filosofici? Non v'è certo ragione di contestare che l'una o l'altra forma di tutela, specie se previdenziale, debba essere estesa anche oltre la subordinazione e trovo esemplare, ad esempio, Corte cost. n. 361 del 2000 (rel. Contri). Condivido anche la sezione penale della Cassazione quando estende la fattispecie della retribuzione di cui al primo comma dell'art. 36 Cost. oltre la subordinazione<sup>82</sup>. Quello che suscita invece le mie riserve è la pretesa di sottrarre – con l'adozione di una nozione restrittiva di subordinazione, molte altre a chi subisce un rapporto di lavoro autonomo mascherato. Né è vero che la subordinazione faccia scattare in blocco tutti gli effetti essendo in molte ipotesi necessaria la presenza d'ulteriori presupposti fattuali.

Si è detto che anche Cass. n. 1663 del 2020 avrebbe adottato la logica cd. rimediabile<sup>83</sup>. In effetti, la sentenza parla del “rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato” tuttavia ciò avviene all'interno della impostazione civilistica testé rammentata: non a caso la sentenza si dilunga nella qualificazione del rapporto che viene operata ricostruendo la fattispecie di riferimento (art. 2, d. lgs. 81/2015) e sposa poi la teoria del carattere sanzionatorio dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ad un rapporto che, sempre secondo la sentenza commentata, non avrebbe tutte le caratteristiche proprie della fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ. Questa impostazione ricorda quella che *Matteo Dell'Olio* sosteneva in relazione alla disposizione abrogata sul lavoro a progetto.

A chi suggerisce di spostare l'accento dalla preminenza gius-positivistica della fattispecie (§ 1) a quella della disciplina, coloro che guardano al diritto (anche come) come giudizio non possono che contro-suggerire l'adozione di dosi più consistenti di nominalismo. *Treu* provi ad approcciare la categoria della “subordinazione” come fece *Focault* con quella del “potere” che, diceva il filosofo francese, “come tale non esiste”. Forse in tal modo egli può liberarsi dell'ossessione essenzialistica che traspare dai suoi scritti e dopo di ciò ritrovare più spesso la subordinazione collocata storicamente anche nel presente, magari mascherata da “autonomia”<sup>84</sup>.

La criticata ideologia rimedialista per di più non coglie il processo di avvicinamento tra le due tradizioni di *common* e *civil law*. Ricerca della *ratio decidendi* e degli *obiter dicta*, *distinguishing* e, più in generale, tutto ciò che attiene all'analisi

<sup>82</sup> Cass. pen. 22 gennaio 2024.

<sup>83</sup> FRANZA, *Tutela del credito e insolvenza*, in *IP*, 2022, p. 9.

<sup>84</sup> Sempre utile è in tal senso rileggere ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, in *QSoc.*, 2008, p. 71 ss.

del precedente è ormai parte integrante anche del nostro operare giuridico. Ed è un'analisi che ancora una volta richiede di maneggiare l'attrezzo concettuale della fattispecie, come s'è d'altra parte visto considerando Cass. n. 1663 del 2020.

In linea con queste considerazioni critiche, il recente studio di *Antonello Zoppoli* sulla prospettiva rimediale, confrontando la visuale civilistica con quella lavoristica, giunge, con la sua consueta pacatezza e forza di penetrazione, alla conclusione che la seconda lascia “sullo sfondo” la questione che è centrale per la prima e cioè “la logica su cui si fonda la fattispecie”: dall'analisi emerge “la sovrapposizione tra la fattispecie della subordinazione, quale referente unitario e attrattivo di tutele, e la fattispecie quale imprescindibile snodo normativo per la produzione di effetti giuridici. Se la prima è dichiaratamente superata, della seconda, quale schema tipico della norma, si fa fatica a rintracciare la presenza; per dirla tutta, la prima sembra trascinarsi con sé anche la seconda”<sup>85</sup>. In conclusione, rivolgo ancora una volta alla dottrina giuslavoristica testé considerata il rilievo critico formulato proprio da uno dei massimi sostenitori della prospettiva rimediale: “se tutto diviene pensabile in termini di rimedio, quasi come la panacea per ogni male che affligge il processo di realizzazione degli interessi giuridici, allora il rischio è che niente e nulla sia più rimedio”<sup>86</sup>.

##### 5. *La dottrina giuslavorista che professa l'ideologia legalista: una fuga dal giudizio*

Trovo esemplificativo del ventennio 1970-1990, il fatto che in una delle monografie più impegnate ed impegnative di quel appassionante periodo dottrinale, l'autore precisasse *in apicibus* di essere interessato più alla dottrina che alla giurisprudenza<sup>87</sup>. Non saprei dire quanto abbia pesato su questa impostazione il fatto che dinnanzi al giudice del lavoro si andasse spesso in vista di un giudizio sommario, possibilmente ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori. L'azione tende ad ottenere un provvedimento sommario ma non cautelare. L'obiettivo rimedialista non consiste nell'accertamento di un diritto (soggettivo) bensì nel riconoscimento di un nuovo, e più avanzato, bilanciamento degli interessi ca-

<sup>85</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale*, cit., pp. 50 e 51.

<sup>86</sup> SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., p. 1051.

<sup>87</sup> PEDRAZZOLI *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, 1985, p. VIII.

tegoriali in gioco; sostanzialmente una mediazione. Le radici più lontane di questo atteggiamento vanno ricercate nella teoria dell'ordinamento intersindacale e nella tutela garantita dall'esistenza del contro-potere collettivo sancito proprio dallo Statuto dei lavoratori che però ha dato la stura ad un ulteriore ed inintenzionale – nella visione di *Gino Giugni* – contro-potere giudiziale<sup>88</sup>.

Orbene, proprio in risposta all'estremo opposto, che trova esemplificazione nella impostazione sulla quale mi sono soffermato nel paragrafo precedente, un'altra parte della dottrina giuslavoristica teme da sempre le valutazioni giudiziali. Proprio per questo la sua concezione del diritto resta aggrappata al positivismo legalista.

D'altra parte, fu proprio nel decennio 1970–1980 che divenne maggioritaria l'impostazione che coltivò più intensamente l'illusione che il diritto del lavoro costituisse un sistema disciplinare autosufficiente. Storicamente possiamo ormai dare per acquisito che tale propensione non è riuscita ad imporre uno statuto scientifico autonomo alla materia. Tuttavia, quell'impostazione ha, indubbiamente, generato nei decenni successivi – con una coda che perdurerà ancora per qualche anno – quello che gli economisti chiamano una situazione di *path dependence*; espressione con la quale si indicano le dinamiche in cui eventi ed atteggiamenti passati, anche se non più rilevanti, generano conseguenze significative in tempi successivi, creando così equilibri solo subottimali. Consideriamo, infatti, che con il nuovo secolo sono assurti a protagonisti della materia una generazione di giuslavoristi che ha subito una “dipendenza dal percorso” formativo ovvero l'essere cresciuti come giuslavoristi nei decenni dell'apogeo dell'assolutismo giuslavoristico. Si sosteneva allora una presunta singolarità metodologica per la quale per lo più, siccome “la Repubblica è fondata sul lavoro”, il diritto del lavoro sarebbe al centro del sapere giuridico ed avrebbe, per così dire, la precedenza rispetto agli altri ambiti disciplinari. nel momento in cui questi ultimi debbono comporsi in unità (sistema: v. *retro* § 3) giacché “il diritto, in quanto fattore primario dell'ordine sociale, deve avere una così alta dotazione ordinativa che soltanto la sistematicità può assicurarli”<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> Giugni, che ancora credeva nella possibilità che si sviluppasse un ordinamento intersindacale, non aveva messo in calcolo la prassi di utilizzare l'art. 28 St. lav. “come un vero e proprio strumento di lotta sindacale” (*La memoria di un riformista*, curato da A. Ricciardi, il Mulino, 2007, p. 82). Di doppio contropotere, sindacale e giudiziario, parla DE LUCA TAMAJO, *Spunti per un bilancio senza retorica o enfasi da “reduci”*, in *LDE*, n. 2/2020, p. 5.

<sup>89</sup> FALZEA, *Unità del diritto?*, in *RDC*, 2005, p. 222.

Perché è necessario soffermarsi sull'equilibrio sub-ottimale? La ragione risiede nel fatto che, al più tardi a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, il diritto del lavoro si trovò a fare i conti anche con le esigenze del datore di lavoro il quale, in un mondo globalizzato, opera per definizione in concorrenza con gli altri produttori dei suoi stessi beni o servizi<sup>90</sup>. A questo appuntamento il diritto del lavoro italiano arrivò notoriamente in forte ritardo. Sta di fatto che l'accennata *path-dependence* orientò la nostra risposta regolativa nella direzione di una sempre più estesa e disordinata iper-leggificazione della materia.

S'imporrebbe, invero, una riflessione, anzitutto, sociologica sul modo spesso 'avvocatesco' in cui la dottrina giuslavoristica ha contribuito alle 'lenzuolate' di disposizioni che compongono le riforme legislative giuslavoristiche a partire dal d. lgs. n. 276 del 2003. Prima o poi occorrerà sviscerare il perché di questa brama di resettare di continuo il sistema normativo giuslavoristico. Ma non è questo l'oggetto del dibattito organizzato dalla rivista. Non ci è stato chiesto di mettere a nudo le retrovie di vent'anni di legislazione giuslavoristica, bensì piuttosto di riflettere sulle sue conseguenze teoriche.

Per addentrarmi in quest'ultima prospettiva una via immediata d'ingresso è rappresentata dalla disciplina sui licenziamenti ingiustificati. Lungi dall'accogliere esplicitamente la prospettiva rimediale<sup>91</sup>, quest'ultima continua a muoversi interamente all'interno della logica positivista delle fattispecie astratte. Assistiamo, piuttosto, alla moltiplicazione – oltre ogni ragionevole misura – delle fattispecie astratte in ragione di un anacronistico (v. *retro* § 2) pregiudizio negativo sulla giurisprudenza<sup>92</sup>, che era già stato manifestato fin

<sup>90</sup> Sulla scoperta del datore di lavoro quale portatore di valori mi sono, tra l'altro, soffermato in NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, in *ADL*, 2016, I, p. 52 ss. a cui rinvio, al fine di non appesantire la nota, per ulteriori riferimenti dottrinali.

<sup>91</sup> Come diffusamente si crede: v., anche per ulteriori riferimenti, PISANI C., *La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediale per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie*, in *DML*, 2023, p. 255 ss. Invero il linguaggio dei rimedi viene spesso utilizzato per corroborare l'obiettivo di ridurre ad un ruolo meramente residuale il risarcimento in natura che nei sistemi di *civil law* ha, invece, tradizionalmente la primizia su quello per equivalente (SMORTO, *Il significato di "rimedi"*, cit., p. 190 ss.).

<sup>92</sup> V. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 461 in cui l'autore abbandonò il suo tradizionale *aplomb*. Più equilibrate sono le condivisibili conclusioni di D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, cit., p. 49.

dai tempi della l. 14 febbraio 2003, n. 30 (certificazione). Mentre la concezione rimediale nasce dalla presa d'atto dello spazio valutativo del giudice, in materia di licenziamenti, fin dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, il legislatore ha perseguito l'obiettivo opposto, di predeterminare il più possibile le regole applicative, rispolverando posture positivistiche che vengono incontro all'istinto, insito in una certa parte del pensiero giuslavoristico, di guardare – come fanno gli analitici – al profilo prescrittivo e coattivo (sanzionatorio) dell'enunciato normativo, piuttosto che alla costruzione della regola di giudizio. Non a caso nella generazione dei giuslavoristi che convivevano con un diritto privato ancora concepito a misura dei soli interessi patrimoniali<sup>93</sup>, si guardava con simpatia proprio all'*habitus* mentale del penalista<sup>94</sup> e alla teoria di Bobbio del diritto uguale sanzione.

Come sempre i caratteri del sistema, che Sacco amava aggettivare come “municipale” (*parochial*), emergono poi in modo ancor più nitido quando esso è fatto oggetto di comparazione. Nel nostro caso è sufficiente prendere come base di confronto il sistema tedesco che, in aderenza alla normativa OIL, ha tripartito le fattispecie giustificative del licenziamento lasciando poi espressamente al giudice lo spazio valutativo della forma di rimedio – invalidante o risarcitorio – a seconda dell'esigibilità o della continuazione del rapporto di lavoro (fattispecie)<sup>95</sup>. Benché fossimo nel 2012, il nostro legislatore ha, invece, coltivato l'illusione di poter normare in via legislativa la totalità delle questioni della materia e, addirittura, di poter far conseguire *ex lege* una differente tutela a seconda dell'insussistenza dell'una o dell'altra tipologia di giustificazione. La realtà ha dimostrato quanto sia stata illusoria tale pretesa di completezza. Ad esempio, è apparso decisamente come libresco l'aver pensato che possano esserci casi di semplice assenza del giustificato motivo oggettivo. Il più delle volte dietro all'assenza si nasconde un'operazione<sup>96</sup> di

<sup>93</sup> Che è quello che ha in mente Treu quando parla di “automatizzazione” del diritto del lavoro dal diritto civile (*Trasformazione o fine delle categorie*, cit., p. 340).

<sup>94</sup> Per una biografia scientifica esemplarmente connotata da tale *habitus* mentale cfr. NOGLER, *Un liber amicorum per Marcello Pedrazzoli*, in CORAZZA, NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2013, p. 17 ss.

<sup>95</sup> In generale sull'adottabilità legislativa della prospettiva rimediale v. SMORTO, *Sul significato di “fattispecie”*, cit., p. 186 ss.

<sup>96</sup> Sul concetto denotato dal termine operazione, che consente di superare il soggettivismo insito nel termine intenzione, cfr. GABRIELLI, “Operazione economica” e teoria del contratto, Giuffrè, 2013 e D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Giappichelli, 1992.



aggiramento dell'obbligo di contestare la mancanza soggettiva che comporta la richiesta del rimedio della reintegrazione. Non sarebbe stato più semplice adottare una soluzione effettivamente rimediale in cui il giudice accerta l'esigibilità o meno (fattispecie) della tutela in forma specifica?

Da parte sua anche la Corte costituzionale rischia a volte di contribuire, e non poco, ad accrescere ulteriormente l'entropia. Si prenda, ad esempio la recente sentenza n. 22 del 22 gennaio 2024 (rel. Amoroso) la quale – ma posso sbagliare – suscita l'impressione di buttare a mare il vincolo del diritto vivente. Se prima la giurisprudenza costituzionale sulla disciplina dei licenziamenti abbondava nei riferimenti alla giurisprudenza di Cassazione, ora il giudice delle leggi dà, per così dire, per assodato che il legislatore del 2012 sia riuscito a “riservare la tutela della reintegrazione ai licenziamenti la cui illegittimità è conseguenza di una violazione, in senso lato, “più grave”, prevedendo per gli altri una compensazione indennitaria” e che quello del 2015 abbia del tutto eliminato la tutela reintegratoria “in ipotesi di licenziamento “economico”, ossia per giustificato motivo oggettivo o collettivo (ancora sentenza n. 7 del 2024)”. Si torna così alla verità cognitiva dell'enunciato normativo, un postulato tipico del giuspositivismo (v. *retro* § 1).

Vero è che, sostenere che tra l'assenza delle ragioni soggettive e, invece, di quelle oggettive sussista una differenza “ontologica”<sup>97</sup> costituisce, come è reso palese dall'aggettivo che pure dovrebbe essere bandito in qualsiasi discorso giuridico, una mera petizione di principio. Il punto è che non esistono argomenti a priori che dimostrano l'esistenza di un licenziamento per ragioni oggettive a partire dallo stesso concetto di licenziamento per ragioni oggettive. È necessaria, invece, la sussistenza di ben precisi presupposti fattuali. Il medesimo ragionamento vale poi per il licenziamento per inadempimento. Dietro alla pretesa di attribuire al datore di lavoro un potere qualificatorio del licenziamento pulsa un malcelato afflato neo-liberista di ritorno alla visione einaudiana che bollava le categorie giuridiche di qualificazione del licenziamento come “mere enunciazioni verbali”<sup>98</sup>. Come ho tentato di argomentare *funditus* altrove, quel che cambia nelle due ipotesi è che, quando

<sup>97</sup> PISANI C., *La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediale per il licenziamento ingiustificato*, cit., p. 259; nello stesso errore incorre GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in RIDL, 2022, I, p. 5 ss.

<sup>98</sup> EINAUDI, *Postilla al discorso dei georgofoli*, in EINAUDI, *Prediche inutili*, Einaudi, 1956, IV, p. 259.

è in gioco il giustificato motivo soggettivo o la giusta causa, oltre al comune vizio dell'assenza delle ragioni giustificatrici che tocca il principio costituzionale della stabilità dell'occupazione disciplinato dal co. 1 dell'art. 4 Cost.<sup>99</sup>, sussiste *anche* una questione di protezione della personalità del lavoratore (art. 41, co. 2). La pretesa di far valere l'inadempimento (almeno notevole) tocca la personalità del lavoratore e impone, pertanto, che il licenziamento sia motivato e l'inadempimento sia previamente contestato al lavoratore<sup>100</sup>.

Per quanto sia incorso in un eccesso legalista, il legislatore del 2012 non è riuscito ovviamente a prescrivere tutto e tanto meno a sottrarsi a quella dinamica del giudizio che ho cercato di riassumere nel secondo paragrafo. Mi limito a fare un esempio fra i tanti possibili. Si è recentemente costruita la regola di giudizio per la quale “la violazione del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva, è idonea a integrare una violazione della procedura di cui all'art. 7 St. lav., tale da rendere operativa – ove la sanzione sia costituita da un licenziamento disciplinare – la tutela prevista dall'art. 18, co. 6, dello stesso *Statuto*, come modificato dalla l. n. 92/2012, a meno che il ritardo nella comunicazione del predetto licenziamento non risulti, con accertamento in fatto riservato al giudice di merito, notevole e ingiustificato, tale da ledere, in senso non solo formale ma anche sostanziale, il principio di tempestività, per l'affidamento in tal modo creato nel lavoratore sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto e per la contrarietà del ritardo datoriale agli obblighi di correttezza e buona fede, con conseguente accertamento circa la radicale insussistenza dei fatti posti a base del licenziamento in luogo del mero vizio procedurale che attiva la sanzione di cui al co. 6 dell'art. 18”<sup>101</sup>. La Cassazione opera una condivisibile riduzione teleologica dell'ambito di applicazione – ecco la fattispecie! – dell'art. 18 co. 6. Non siamo sul piano della fattispecie che legittima il ricorso al rimedio bensì sul piano della ma-

<sup>99</sup> E non il co. 2 dell'art. 41 Cost.: v. C. Cost. n. 194 del 2018 la quale conferma l'assunto per il quale “i principi di tutela del lavoro che non vengono richiamati dal co. 2 dell'art. 41 Cost. si bilanciano direttamente con la libertà d'impresa contemplata dal co. 1 dell'art. 41 stesso senza che la Costituzione indichi criteri prestabiliti di bilanciamento”. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 600.

<sup>100</sup> Così ancora in NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento*, cit., p. 604.

<sup>101</sup> Cass. 29 dicembre 2023 n. 36427.

turazione della posizione soggettiva del datore di lavoro e, più precisamente, del suo potere di far cessare il rapporto.

Intendiamoci: che nell'era del declino del sindacalismo sarebbe sopraggiunta una fase di spostamento dell'asse regolativo verso la legificazione lo aveva anticipato il rimpianto *Spiros Simitis* sulle pagine del *Giornale*. La specificità del nostro paese consiste nel fatto che tale fase storica abbia incrociato una dottrina che già di suo era carica di un'aspettativa d'autosufficienza regolativa che istintivamente spostò – siamo più o meno agli inizi del secolo – in capo al formante legislativo ora sovraccaricato di costrutti legislativi di sempre più difficile comprensione, ai quali un'altra parte della dottrina ha facile gioco ribattere che lo scrivente di turno non padroneggia le categorie che richiama nei suoi costrutti linguistici. Si coglie, addirittura, un sovrappiù di partigianeria nel modo in cui taluni esprimono giudizi epocali del tipo che viviamo nel tempo della “rozzezza tecnica”<sup>102</sup>. Il “prescrittore” di turno dovrebbe sempre chiedersi prima se realmente possiede il necessario *physique du rôle* per permettersi toni così ultimativi<sup>103</sup>. Quasi sempre si tratta, d'altronde, di giudizi sommari (politici) che nascono da analisi che scontano l'adozione dell'ideale illuministico del primato della legge<sup>104</sup> e che, invero, proprio da un punto di vista tecnico, sono vistosamente lacunose perché anch'esse obliterano che accanto al diritto prescritto va considerato anche quello vivente grazie al quale la giurisprudenza, *noles volens*, fa quadrare la funzione regolativa della disposizione e, quindi, scioglie i dubbi che emergono a livello interpretativo-applicativo<sup>105</sup>. Con ciò torniamo al punto cruciale del modo di concepire il ruolo della dottrina giuslavoristica: assistere e lottare per *ponere legem* o essere anche d'ausilio al *dicere ius*?

Un sicuro passo nella direzione di rendere possibile l'inveramento della logica rimediale fu, conclusivamente, compiuto dalla sentenza della C. Cost. n. 194 del 2018 con la quale fu dichiarata “l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, co. 1” della l. 9 agosto 2018, n. 96 “limitatamente

<sup>102</sup> PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in RIDL, 2019, I, p. 276 ss.

<sup>103</sup> GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020.

<sup>104</sup> Con dosi invidiabili di auto-ironia SCARPELLI U., *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in DE LUCA (a cura di), *Nomografia, linguaggio e redazione delle leggi*, Giuffrè, 1995, p. 27 parlò di “cavalieri del Settecento”.

<sup>105</sup> Chiude, ad esempio, il cerchio di una delle diatribe più aspre in ordine alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti, Cass. 24 febbraio 2020 n. 4879.

alle parole ‘di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio’”. Nessuno ha, peraltro, notato che anche l’autore alla cui memoria dedico queste mie estemporanee riflessioni, accolse con favore tale sentenza<sup>106</sup>. Riccardo ha, infine, dimostrato di possedere anche la dote molto rara dell’autocritica.

<sup>106</sup> DEL PUNTA, *A proposito di E. Mongione (a cura di), Lavoro: la grande trasformazione*, Feltrinelli, 2020, in *DLRI*, 2021, p. 512.

## **Abstract**

Dopo aver distinto tra concezione rimediale del diritto e ideologia rimedialista, l'autore critica quella parte della dottrina giuslavoristica che ha recentemente sostenuto che l'analisi giuslavoristica dovrebbe mettere tra parentesi la messa a fuoco delle fattispecie e concentrarsi solo sulla disciplina. Questa impostazione si risolve nella tirannia del principio di tutela del lavoro (art. 35 Cost.) e suscita una reazione di positivismo legalista che imprigiona il discorso giuslavoristico entro un binario morto.

After distinguishing between the remedial conception of law and remedialist ideology, the author criticises that part of employment law doctrine that has recently argued that employment law analysis should put the focus on facts in brackets and concentrate only on discipline. This approach results in the tyranny of the principle of employment protection (Article 35 of the Italian Constitution) and provokes a reaction of legalistic positivism that imprisons the Italian employment law discourse within a dead-end track.

## **Keywords**

Rimedi, Definizioni, Diritto giurisprudenziale, Subordinazione, Principio di protezione del lavoro.

Remedies, Definitions, Case law, Subordination, Principle of Employment Protection.



## Orsola Razzolini

### Diritto del lavoro, logica rimediabile e crisi della fattispecie. Brevi note

**Sommario:** **1.** Il dibattito su fattispecie e rimedi in epoca recente: premessa. **2.** Rimedi e principio di effettività. **3.** Rimedi, crisi della fattispecie e nuovi bisogni di tutela. **4.** La crisi della fattispecie nel diritto del lavoro: la giurisprudenza sulle collaborazioni organizzate dal committente. **5.** Alla ricerca della fattispecie: distinguere tra eterodirezione ed etero-organizzazione è davvero utile e necessario?

#### 1. *Il dibattito su fattispecie e rimedi in epoca recente: premessa*

In un prezioso e recente libro<sup>1</sup>, Antonello Zoppoli ha chiarito come, rispetto al dibattito civilistico, in quello giuslavoristico la prospettiva rimediabile abbia assunto significati progressivamente diversi.

Nel dibattito civilistico<sup>2</sup> i rimedi sono gli strumenti di tutela di interessi giuridicamente rilevanti<sup>3</sup> preordinati alla realizzazione secondaria, anche ed eventualmente giudiziaria, di diritti soggettivi che siano stati oggetto di violazione<sup>4</sup>. La chiave di lettura rimediabile guarda ai diritti dal punto di vista

<sup>1</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediabile, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale scientifica, 2022.

<sup>2</sup> Alcune delle principali tappe del dibattito possono ravvisarsi nel convegno di Foggia del 14-15 novembre 2003 i cui atti sono raccolti in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LIUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004; MATTEI, *I rimedi*, in ALPA (a cura di), *La parte generale del diritto civile. Vol. 2: Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 105 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2003; DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *EDP*, 2015, p. 703 ss.; MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, 2012; SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *EDP*, 2014, p. 159 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *EDP*, 2015, p. 583 ss.; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045 ss.

<sup>3</sup> Così DI MAJO, *op. cit.*, p. 703.

<sup>4</sup> In questo senso SCALISI, *op. cit.*, p. 1046 ss.

della loro attuazione e, in questo senso, è strettamente intrecciata al tema della effettività e della tutela effettiva che si sviluppa sul piano sia sostanziale sia giurisdizionale. Il rimedio va, in definitiva, di pari passo con il concetto di effettività di cui si parla quando dal diritto ci si cala nel mondo dei fatti<sup>5</sup>, ma non prescinde in alcun modo dalla fattispecie<sup>6</sup>.

In una diversa visuale, la prospettiva rimediale si propone invece di andare oltre la fattispecie, di affermarsi al di là di essa al fine di rispondere ad un bisogno di tutela non adeguatamente rappresentato sul piano normativo<sup>7</sup>. In quest'ottica, il dibattito sui rimedi si collega a quello sulla crisi della fattispecie che, come è stato sottolineato da Irti, si consuma in almeno due momenti: a) quando il giudice sposta i criteri della decisione dalle leggi, che operano mediante fattispecie, alla Costituzione, che enuncia principi che a loro volta racchiudono valori<sup>8</sup>; b) quando il processo finisce per svilupparsi non intorno ad un caso da ricondurre ad una fattispecie, attraverso il giudizio di sussunzione, bensì ad un bisogno di tutela<sup>9</sup>.

Queste due chiavi di lettura hanno influenzato il dibattito giuslavoristico degli ultimi anni, a partire da un volume di *Lavoro e diritto* del 2017 dedicato al tema *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*<sup>10</sup> e, in particolare, dal saggio di Tiziano Treu *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*<sup>11</sup> in esso contenuto. Una parte della riflessione, che si può collocare per sommi capi nella prima delle due prospettive (rimedio come tutela effettiva), si è concentrata sulle tecniche di tutela risarcitorie e sulla loro polifunzionalità<sup>12</sup>, sulle sanzioni e sul sottile confine che le separa dal risarcimento<sup>13</sup>,

<sup>5</sup> IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Editoriale scientifica, 2009, p. 9.

<sup>6</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 19 ss.

<sup>7</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>8</sup> IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, p. 41; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *RDC*, 2015, p. II ss.

<sup>9</sup> IRTI, *La crisi della fattispecie*, *cit.*, p. 43.

<sup>10</sup> DE SIMONE, NOVELLA, RAZZOLINI (a cura di), *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*, in *LD*, 2017, p. 353 ss.

<sup>11</sup> TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, p. 367 ss. Da ultimo, TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, in *DLRI*, 2023, p. 339 ss.

<sup>12</sup> BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Giuffrè, 2022.

<sup>13</sup> NOVELLA, *La tutela amministrativa e penale del lavoro tra punizione e riparazione*, in *LD*, 2017, p. 589 ss.; FRATINI, *Indennità, risarcimento e danni punitivi nel diritto del lavoro*, in *LPO*, 2022, p. 744 ss.



sul problema della tutela giurisdizionale effettiva e dell'effettivo accesso alla giustizia<sup>14</sup>.

Come spiega Antonello Zoppoli, è tuttavia la seconda prospettiva, che vede nel rimedio una risposta ai nuovi bisogni di tutela che le fattispecie legali non riescono più a rappresentare sul piano normativo, ad aver avuto particolare successo nel dibattito giuslavoristico. A partire dal saggio di Tiziano Treu, la riflessione si è concentrata sulla crisi delle categorie giuslavoristiche e, in particolare, sulla crisi della dicotomia lavoro autonomo/lavoro subordinato che ha trovato nella *gig economy* un terreno di particolare elezione<sup>15</sup>. Basti pensare all'importante sentenza della Corte di cassazione n. 1663 del 2020 sul tema della qualificazione dei rapporti di lavoro dei *riders* di *Foodora*, che, con riferimento all'interpretazione delle collaborazioni organizzate dal committente introdotte dall'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, ha parlato di "norma di disciplina"<sup>16</sup> e di ottica "rimediale"<sup>17</sup> ispirata dall'intento del legislatore di rispondere ai nuovi bisogni di protezione di quei lavoratori che si collocano in una zona grigia, a cavallo tra autonomia e subordinazione<sup>18</sup>.

## 2. Rimedi e principio di effettività

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, guardare ai rimedi significa guardare agli strumenti o alle tecniche predisposte per dare ai diritti effettiva attuazione. Sotto questo profilo, la dottrina civilista e successivamente anche quella giuslavorista si sono concentrate sul principio di effettiva tutela giu-

<sup>14</sup> Sia consentito il rinvio a RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, FrancoAngeli, 2018.

<sup>15</sup> Da ultimo, per tutti, si veda PERULLI, TREU, "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per uno Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022; PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

<sup>16</sup> L'espressione venne coniata per la prima volta da Riccardo Del Punta, nella relazione svolta al convegno nazionale A.g.i. di Milano il 19 giugno 2015.

<sup>17</sup> La Cassazione si ispirò probabilmente, nella scelta del termine, ad un saggio di un altro importante magistrato di Cassazione, VIDIRI, *La "gig economy" e le nuove forme di tutela del lavoro tra autonomia e subordinazione*, in *ADL*, 2019, I, p. 707 ss., che, a sua volta, prendeva spunto dal dibattito dottrinale inaugurato dal saggio di Tiziano Treu.

<sup>18</sup> Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663. Su questo punto si tornerà *infra* § 5.

risdizionale e sulla responsabilità civile, definite veri e propri “incubatori dei rimedi”<sup>19</sup>.

La tutela risarcitoria ha assunto negli anni un inedito protagonismo nel diritto del lavoro, affiancandosi e in alcuni casi sostituendosi progressivamente a quella reintegratoria<sup>20</sup>. Significative in proposito l’evoluzione della giurisprudenza sui danni alla persona del lavoratore e la riforma della disciplina del licenziamento illegittimo culminata nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 di cui le pronunce di incostituzionalità che si sono susseguite hanno comunque salvaguardato l’impianto originario, teso a relegare la tutela reintegratoria ad un ruolo marginale e ad elevare la tutela indennitaria a rimedio generale<sup>21</sup>. Il risarcimento svolge una funzione compensativa e riparatoria ma anche sanzionatoria, se non tecnicamente punitiva<sup>22</sup>, con la conseguenza che è sempre più difficile distinguere tra sanzione e risarcimento come pure tra tutela indennitaria e tutela risarcitoria<sup>23</sup>.

La polifunzionalità del risarcimento emerge particolarmente nelle pro-

<sup>19</sup> Così NIVARRA, *op. cit.*, p. 610; DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 715 ss.

<sup>20</sup> V. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Il danno alla persona del lavoratore. Atti del Convegno Nazionale (Napoli, 31 marzo-1° aprile 2006)*, Giuffrè, 2007, p. 19 ss.; NOGLER, *La “deriva” risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *QDLRI*, 2006, p. 63 ss.

<sup>21</sup> Tra queste la più nota è C. Cost. 26 settembre 2018 n. 194 su cui, con posizioni diverse, v. GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, I, p. 3 ss.; ZOPPOLI L., *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2022, I, p. 333 ss.; SPEZIALE, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2020, I, p. 733; ZOPPOLI L., *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta*, in *DRI*, 2019, p. 277 ss.; i contributi di MAGNANI, TOPO, TOSI, DAGNINO, in *DRI*, 2019, p. 612 ss.; BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 243 ss.; PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *RIDL*, 2019, I, p. 353 ss.; PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: “parturiunt montes”*, in *ADL*, 2019, I, p. 125 ss.; PERULLI, *Una questione di “valore”: il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *DRI*, 2017, p. 1059 ss.

<sup>22</sup> Per queste distinzioni v. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno*, cit., p. 95 ss., che esamina anche il significato e le ricadute per il nostro ordinamento di Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017 n. 16601, in *FI*, 2017, I, c. 2613, con note di Palmieri, Pardolesi, Monateri, che si pronuncia sulla compatibilità dei danni puntivi statunitensi con l’ordinamento giuridico italiano.

<sup>23</sup> Sul punto si rinvia alla relazione AIDLASS di PISANI, *Le tecniche di tutela nell’età della giurisprudizione*, Relazione presentata alle giornate di studio AIDLASS di Torino, 16-17 giugno 2022, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, p. 70 ss., nonché allo studio monografico di BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno*, cit., spec. p. 68 ss.

nunche della Corte di giustizia in materia di sanzioni per abuso dei contratti a termine e per discriminazioni. Così, ad esempio, nelle sentenze *Marshall* e *Arjona Camacho* la Corte di giustizia riconosce l'equivalenza del risarcimento economico alla reintegrazione quale sanzione effettiva del licenziamento discriminatorio, affermando che gli Stati membri sono liberi di scegliere fra la "riassunzione del soggetto discriminato, o, alternativamente, un risarcimento in denaro per il danno subito" purché il risarcimento o la riparazione rispondano ai principi di equivalenza e di effettività, sanciti dall'art. 18 della dir. 2006/54/CE del 5 luglio 2006<sup>24</sup>. Con l'ulteriore precisazione per cui qualora lo stato membro opti per il risarcimento in denaro, "esso deve essere adeguato, nel senso che deve consentire un'integrale riparazione del danno effettivamente subito a seguito del licenziamento discriminatorio"<sup>25</sup> mentre non può certamente essere imposto, ma neppure vietato o precluso, il versamento di danni punitivi che si collocano oltre tale soglia.

Anche in materia di lavoro a termine, la Corte ha chiarito che rientra nella discrezionalità degli Stati membri la scelta tra trasformazione del rapporto o corresponsione di un'"indennità" così sancendo la sostanziale equivalenza tra i due rimedi; in tale ultimo caso, precisa, le previsioni di tetti massimi rientra nella discrezionalità degli stati membri<sup>26</sup> – fermi restando i criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività – mentre il principio del risarcimento integrale funge da limite oltrepassato il quale si ricadrebbe nei danni punitivi<sup>27</sup>.

La commistione tra risarcimento e sanzione, particolarmente evidente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, consente di mettere in luce il significato in parte diverso che i concetti di rimedio e di effettività assumono nell'ordinamento dell'Unione europea. In questo contesto l'effettività non è funzionale alla massima realizzazione possibile dell'interesse tutelato ma alla garanzia del primato del diritto UE<sup>28</sup>. La tutela della *primauté* ha consentito alla Corte di giustizia di spostare progressivamente il baricentro del

<sup>24</sup> V. C. Giust. 17 dicembre 2015, C-407/14, *Arjona Camacho*, punti 32-45; 2 agosto 1993, C-271/91, *Marshall*, punti 31-32.

<sup>25</sup> V. C. Giust. C-407/14, punti 33-34; n. 271/91, punto 26.

<sup>26</sup> In questo senso chiaramente le conclusioni dell'avv. gen. Nils Wahls, 26 settembre 2013, C-361/12, *Carrati*.

<sup>27</sup> Da ultimo C. Giust. 8 maggio 2019, C-494/17, *Miur c. F. Rossato*, punti 40 ss.

<sup>28</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a RAZZOLINI, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 2017, p. 456 ss.

proprio scrutinio dai diritti ai rimedi sostanziali e processuali introdotti dagli Stati membri per presidiare l'*effet utile* del diritto unionale<sup>29</sup>. Tuttavia, la Corte non si è spinta, come visto, ad accordare alla tutela in forma specifica una posizione di privilegio rispetto a quella risarcitoria<sup>30</sup> e ha riconosciuto la discrezionalità degli Stati membri di prevedere tetti massimi alle indennità introdotte per sanzionare un abuso o la violazione di un precetto<sup>31</sup>.

Un ruolo centrale viene svolto in proposito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato in lingua inglese *Right to an effective remedy* e in lingua italiana *Diritto a un ricorso effettivo*. La diversa rubrica dell'art. 47 è stata considerata sintomatica della diversa impostazione dei sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law* analizzata negli studi comparatistici alla luce del celebre brocardo latino *ubi ius, ibi remedium* che negli ordinamenti di *common law* verrebbe rovesciato in *ubi remedium, ibi ius*. In questi ultimi il rimedio precede e anzi contribuisce per certi versi alla nascita del diritto soggettivo laddove, viceversa, negli ordinamenti di *civil law*, il diritto soggettivo precede il rimedio.

Si tratta di una distinzione che è stata, giustamente, ridimensionata dai comparatisti<sup>32</sup> ma che, da un punto di vista conoscitivo, consente di ben mettere in luce come nei paesi di *common law* il rimedio, più che prioritario, appaia “predisposto ad accogliere e a dar corpo a istanze sostanziali di tutela radicate in un comune sentire, in quanto tali già socialmente manifestatesi benché non compiutamente definite”<sup>33</sup>. Il perseguimento di istanze di giu-

<sup>29</sup> V. specialmente TROCKER, *Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di giustizia della Comunità europea*, in TARUFFO, VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Giappichelli, 2002, p. 247; ID., “Civil law” e “Common Law” nella formazione del diritto processuale europeo, in RTDPC, 2007, p. 421 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in RTDPC, 2002, p. 1171.

<sup>30</sup> V., ad esempio, C. Giust. C-407/14, punti 32-45.

<sup>31</sup> V. ancora le conclusioni dell'avv. gen. Nils Wahls, 26 settembre 2013, C-361/12. Per contro, il principio del risarcimento integrale è stato (discutibilmente) richiamato dal Comitato sociale europeo per dichiarare incompatibili con la Carta sociale europea i tetti massimi alle indennità previste da alcuni Stati (Italia e Finlandia) in caso di licenziamento illegittimo. V. CEDS, 31 gennaio 2017, *Finnish Society of Social Rights v. Finlande*; 11 settembre 2019, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*. Sul punto v. BIASI, *op. cit.*, p. 85 ss. Ciò deriva, una volta ancora, dalla confusione tra indennità e risarcimento ingenerata in parte anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: sul punto molto chiaramente PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento*, cit.; ID., *Le tecniche di tutela*, cit.

<sup>32</sup> Per tutti MATTEI, *op. cit.*

<sup>33</sup> Così ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 33.

stizia sociale impone di scavare nelle pieghe del caso concreto a discapito della certezza e della “calcolabilità” del diritto, ideale della codificazione e della legislazione per fattispecie<sup>34</sup>, sino ad individuare nel giudice, anziché nel legislatore, il soggetto al quale è attribuito il giudizio di rilevanza del bisogno di cui si invoca protezione.

Ne deriva che il processo è, nei sistemi di *common law*, un luogo che a tutti gli effetti contribuisce alla formazione e all’espansione dei diritti<sup>35</sup>. Basti pensare che non vale in tali paesi il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e che la disciplina della *discovery* e della *pre-trial discovery* consentono alle parti di accedere a tutte le informazioni utili per “costruire” i propri diritti direttamente nel processo laddove nel nostro ordinamento vale la regola per cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve allegare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (art. 2697, co. 1, cod. civ.).

Va da sé che giudizi assiomatici o apodittici sarebbero in questa materia fuori luogo e che le differenze vanno nel tempo assottigliandosi. Basti pensare alla crescente tendenza dei nostri ordinamenti, sulla spinta dell’Unione europea, a prevedere il potere del giudice di ordinare al convenuto la *disclosure* degli elementi e delle informazioni importanti che ricadano sotto la sua sfera di controllo in alcuni settori nevralgici come quello della discriminazione retributiva di genere o della gestione algoritmica dei rapporti di lavori<sup>36</sup>.

### 3. Rimedi, crisi della fattispecie e nuovi bisogni di tutela

L’impostazione dei sistemi di *common law* è alla base delle riflessioni recenti che hanno condotto Tiziano Treu, in alcuni importanti lavori, ad affermare l’inadeguatezza dello schema della fattispecie e la necessità di ripartire dai principi costituzionali per poi adattare le scelte delle tutele e la configurazione dei diritti sulla base dei concreti bisogni sociali<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Sul punto, oltre ai contributi di IRTI sopra richiamati, si veda MERRYMAN, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, 2007, p. 27 ss.

<sup>35</sup> V. FRIEDMANN, *Rights and Remedies*, Hart Publishing, 2005, p. 3 ss.

<sup>36</sup> Si pensi all’art. 20 della Direttiva 2023/970 del 10 maggio 2023 in materia di trasparenza salariale o all’art. 21 della Direttiva UE relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali, il cui testo è stato definitivamente approvato il 16 aprile 2024.

<sup>37</sup> Da ultimo, TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, cit., p. 345.

Quest'operazione, che si iscrive in una "logica rimediale", sarebbe necessaria specialmente dinanzi alle trasformazioni economiche e alle nuove forme di lavoro digitale con riferimento alle quali né la fattispecie della subordinazione né la dicotomia lavoro autonomo/lavoro subordinato sarebbero più in grado di svolgere un'adeguata funzione selettiva delle proiezioni<sup>38</sup>.

Nel paragrafo 5 si proverà a calare questa prospettiva interpretativa nel dibattito sulle collaborazioni organizzate dal committente al fine di verificare se sia del tutto vero che, come sostenuto dall'illustre A., la giurisprudenza sull'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 confermerebbe l'avvenuto superamento dello schema della fattispecie. Per l'intanto preme rilevare come nella proposta di Tiziano Treu il rimedio divenga uno specifico strumento di tutela applicato in una logica selettiva (o rimediale) dal giudice che compie al posto del legislatore il giudizio di rilevanza sull'interesse da tutelare così "superando le colonne d'Ercole"<sup>39</sup>.

Quando l'individuazione delle situazioni da tutelare viene compiuta non a monte dal legislatore ma a valle dal giudice si consuma inevitabilmente il superamento della fattispecie<sup>40</sup>. L'analisi processuale si sposta dal "caso" da sussumere nella fattispecie astratta al bisogno di tutela in esso espresso; il passaggio successivo è lo spostamento dei criteri di decisione giudiziaria dalla legge ai principi costituzionali<sup>41</sup>.

Tale passaggio si compie, ad esempio, quando il giudice invoca l'interpretazione costituzionalmente orientata il ricorso alla quale può rendere il confine tra interpretazione e integrazione della legge a tratti evanescente<sup>42</sup>. Il giudice si trova a svolgere un'attività di creazione anche quando si sia in presenza di clausole generali o di principi e concetti indeterminati che lasciano all'interprete il compito "di individuare la regola in relazione alle cir-

<sup>38</sup> Diffusamente PERULLI, TREU, *op. cit.*

<sup>39</sup> In questi termini ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 45.

<sup>40</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 45 ss.

<sup>41</sup> V. ancora IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 41. Si iscrive nella prospettiva rimediale, seppur parzialmente, anche la riflessione di SANTORO-PASSARELLI G., *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, p. 437, per il quale "la fattispecie è utile quando il caso è perfettamente riconducibile ad essa"; tuttavia, se ciò non avviene, come nel caso delle nuove forme di lavoro della *gig economy*, "bisogna avere riguardo alle norme della Costituzione che non indicano fattispecie ma principi e valori".

<sup>42</sup> V. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *GC*, 2019, p. 31 ss. Doveroso è il rinvio a MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCD*, 1986, p. 10 ss.

costanze che accompagnano il caso concreto da decidere”<sup>43</sup>. Nel caso delle clausole generali, la determinazione della regola “costituisce effettivamente il risultato di un *concorso* dell’attività del legislatore ... e dell’attività del giudice”<sup>44</sup>.

A risultati simili si approda attraverso l’impiego della figura dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione che pure trova un limite nel divieto di interpretazione *contra legem*. In virtù del principio del primato, i giudici nazionali sono obbligati ad interpretare la legge in modo conforme al diritto dell’Unione, facendo riferimento anche al contenuto delle direttive, nei limiti in cui ciò non conduca ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale<sup>45</sup>. Anche in tale ipotesi il confine tra interpretazione e integrazione della legge può diventare evanescente.

Certamente, il richiamo ai principi costituzionali e al diritto unionale è fondamentale per dare all’ordinamento la “spinta dinamica” e l’“apertura cognitiva”<sup>46</sup> ma, come ben sottolinea Antonello Zoppoli, ciò non significa che il giudice possa sostituirsi al legislatore e alla fattispecie nel giudizio di selezione e di rilevanza degli interessi da tutelare<sup>47</sup>. Del pari, appare forse troppo radicale, la conclusione di un’autorevole dottrina secondo la quale il sistema del diritto civile, attraverso l’interpretazione conforme e la *Drittwerking* dei diritti e delle libertà fondamentali, si muoverebbe ormai nell’ambito “di un agire per valori”<sup>48</sup>. L’apertura ai principi e ai valori – certamente fondamentale – non può giustificare operazioni di superamento delle norme e delle fattispecie pena la trasformazione del giudice ordinario in giudice delle leggi.

<sup>43</sup> D’AMICO, *op. cit.*, p. 40.

<sup>44</sup> D’AMICO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>45</sup> Tra le tante, C. Giust. 4 maggio 2023, C- 40/21, *T.a.c.*, punto 71; 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, punto 26; 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominiguez*, punto 25.

<sup>46</sup> In questi termini ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>47</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 85; concorda con questa prospettiva BALLESTRERO, *La disciplina dei licenziamenti. Quale tecnica giuridica per quale disegno politico*, in *Labor*, n. 6/2023, p. 569, per la quale, assegnando al giudice il compito di individuare l’interesse da tutelare e le tutele da applicare si “apre la strada ad una discrezionalità che ... appare in ogni caso incompatibile con il potere che il nostro ordinamento costituzionale conferisce al giudice”.

<sup>48</sup> Così PERULLI, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in *RGL*, 2018, I, p. 688.

#### 4. *La crisi della fattispecie nel diritto del lavoro: la giurisprudenza sulle collaborazioni organizzate dal committente*

La sentenza in cui, più che in ogni altra, la dottrina ha ravvisato l'uso della logica rimediale è senza dubbio Cass. n. 1663/2020, che ha ricondotto all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 i rapporti di lavoro dei *riders* di una piattaforma di *food delivery*<sup>49</sup>. La Corte sottolinea il fatto che, con l'art. 2, il legislatore “si è limitato a valorizzare taluni indici fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione) e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, esonerando da ogni ulteriore indagine il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta e senza che questi possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento nel giudizio qualificatorio di sintesi”<sup>50</sup>. “In una prospettiva così delimitata” prosegue la Suprema Corte “non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nell'ambito della subordinazione o della autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro su-

<sup>49</sup> Cass. n. 1663/2020, su cui CARINCI F., *Il percorso giurisprudenziale sui “rider”*. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020, in *ADL*, 2021, I, p. 1 ss.; MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclo-fattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, n. 1/2020, p. 5; MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia: tra ambiguità normativa e operazioni creative della giurisprudenza*, in *DRI*, 2020, p. 105 ss.; MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eteroorganizzate*, in *RIDL*, 2020, I, p. 73 ss.; D'ASCOLA, *La collaborazione organizzata cinque anni dopo*, in *LD*, 2020, p. 3 ss.; VIDIRI, *I nuovi rapporti di lavoro tra leggi oscure e soggettivismo giudiziario*, in *ADL*, 2020, I, p. 100 ss.; GIUBBONI, *Le nuove frontiere di diritto del lavoro nella recente legislazione protettiva*, in *VTDL*, 2020, p. 243 ss.; PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, in *DRI*, 2020, p. 267 ss.; CARINCI M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema di contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *DRI*, 2020, p. 488 ss.; PROIA, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, p. 499 ss.; SANTORO-PASSARELLI G., *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *DRI*, 2020, p. 512 ss.; PERSIANI, *Ancora sul concetto di coordinamento*, in *RIDL*, 2020, I, p. 337 ss.; FERRARO G., *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, 2020, I, p. 349 ss.; MARTELLONI, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *RIDL*, 2020, I, p. 399 ss. Con riferimento ai lavori monografici, v. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi di tutela*, Giappichelli, 2017.

<sup>50</sup> Cass. n. 1663/2020.



bordinato, disegnando una norma di disciplina. Tanto si spiega in una ottica sia di prevenzione sia “rimediale”<sup>51</sup>.

Secondo la proposta ricostruttiva di Tiziano Treu, la sentenza confermerebbe l’inadeguatezza regolativa della subordinazione e il ricorso “alle nuove indicazioni della legislazione recente, per esercitare una modulazione delle tutele applicabili”<sup>52</sup>. In particolare, la Cassazione riconosce che il legislatore, con l’art. 2, ha delineato la fattispecie in modo evanescente, senza indicare con precisione un tipo legale, con la conseguenza di ritenere sufficiente, ai fini del riconoscimento delle garanzie lavoristiche, la verifica della sussistenza di alcuni elementi fattuali e delle modalità di svolgimento della prestazione<sup>53</sup>.

È senz’altro vero che la giurisprudenza oggi utilizza l’art. 2 proprio con riferimento alle forme di lavoro nuove, nate dalla *gig economy*, anche per cercare di rimodulare i criteri selettivi e le tutele. Ma il ragionamento rimane ancorato ad una fattispecie, nella sua forma più tradizionale<sup>54</sup>. Una fattispecie che non appare delineata in modo evanescente, ma che ricalca, nella sua definizione, la tecnica legislativa già sperimentata dall’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. che prescinde da un contratto di partenza per concentrarsi sui tratti distintivi di un rapporto di carattere trasversale<sup>55</sup>. Nella sent. n. 1663/2020 la Suprema Corte non scavalca affatto la fattispecie; al contrario, ne ricerca nel caso concreto tutti i tratti costitutivi. Dalla riconduzione del caso alla fattispecie astratta scaturisce il “rimedio”, vale a dire l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato nella sua interezza, fatte salve quelle tutele che risultino “ontologicamente incompatibili”, espressione giustamente criticata dalla dottrina per l’ambiguità e per le incertezze applicative a cui dà luogo.

In questa prospettiva si pone anche la recente e interessante sentenza del Tribunale di Milano sul caso *Deliveroo*<sup>56</sup>. Il Giudice riconosce che, anche aderendo alla soluzione per cui l’art. 2 configurerebbe una “norma di disciplina”, resta comunque che “gli effetti previsti dalla stessa conseguono al ve-

<sup>51</sup> Cass. n. 1663/2020.

<sup>52</sup> Così TREU, *Trasformazione o fine delle categorie?*, cit., p. 347.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> V. chiaramente ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 91 ss.

<sup>55</sup> Con riferimento all’art. 409, n. 3, cod. proc. civ., parla di fattispecie a-negoziale o a-causale PEDRAZZOLI, *Il mondo variopinto delle collaborazioni coordinate e continuative*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, 2004, p. 670; v. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2020, p. 4.

<sup>56</sup> Trib. Milano 19 ottobre 2023.

rificarsi dei suoi presupposti che, dunque, debbono essere individuati nella presente motivazione”. E tali presupposti sono personalità almeno prevalente della prestazione, continuità ed etero-organizzazione.

Emerge chiaramente la differenza tra il metodo qualificatorio impiegato dalla Suprema Corte, che prende le mosse da una fattispecie, e quello ad esempio impiegato dal Pretore Ianniello nella celebre vicenda dei *pony express*. Al culmine del dibattito dottrinale tra metodo tipologico e metodo sussuntivo nel giudizio di qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>57</sup>, il Pretore Ianniello invocò in quel caso il superamento della fattispecie (l’art. 2094 cod. civ.) e l’utilizzo di “canoni di valutazione sociale” ispirati ai nuovi bisogni sociali di protezione emersi nella realtà<sup>58</sup>. Analogamente, un recente decreto del Tribunale di Milano sul caso *Uber Eats*, nel ricondurre i rapporti di lavoro dei *riders* all’art. 2094 cod. civ. ha, discutibilmente, richiamato l’opportunità di “abbandonare criteri formali come il potere di coordinamento e ancor più il potere organizzativo che difficilmente, almeno nel concreto svolgimento del rapporto di lavoro, si distinguono dal potere direttivo ed optare per l’adozione di criteri ermeneutici come la debolezza contrattuale o la dipendenza economica del collaboratore”<sup>59</sup>.

Per contro, nella sentenza n. 1663/2020 della Corte di cassazione, si assiste al superamento *non* della fattispecie (l’art. 2) ma della necessità di un giudizio di qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo<sup>60</sup>; affinché si produca l’effetto è sufficiente infatti il riscontro della sussistenza degli elementi della continuità, personalità, etero-organizzazione.

In definitiva, per la giurisprudenza, “norma di disciplina” non significa affatto che nell’art. 2 una fattispecie non vi sia, ma piuttosto che non è così essenziale indagarne la natura. Con essa il legislatore ha inteso circoscrivere una serie di rapporti in cui l’autonomia è significativamente ridotta tanto da risultare funzionalmente equivalenti al tipo della subordinazione e meritare la riconduzione nell’area di applicazione della disciplina del lavoro subordinato di cui l’etero-organizzazione costituisce oggi il limite più esterno.

<sup>57</sup> Per tutti MENGONI, *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, in *RIDL*, 1986, I, p. 5 (con riferimento all’approccio adottato dai due principali manuali allora in circolazione: Ghezzi-Romagnoli e Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu).

<sup>58</sup> Pret. Milano 20 giugno 1986.

<sup>59</sup> Trib. Milano 28 settembre 2023.

<sup>60</sup> V. sul punto anche le considerazioni di BALLESTRERO, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 571; EAD., *La dicotomia autonomia/subordinazione*, cit.

5. *Alla ricerca della fattispecie: distinguere tra eterodirezione ed etero-organizzazione è davvero utile e necessario?*

Quando l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 venne formulato il legislatore non aveva probabilmente ancora in mente i fenomeni del lavoro tramite piattaforme digitali e della *gig economy* che sarebbero esplosi l'anno successivo. Per contro, è in questi contesti che la norma ha mostrato le sue maggiori potenzialità.

Le modalità di svolgimento della prestazione del *rider* o del *driver* presentano una caratteristica che ha messo in crisi pressoché tutti gli ordinamenti giuridici, dagli Stati Uniti all'Italia: la libertà del lavoratore di scegliere se e quando lavorare; per gli inglesi, l'assenza di *mutuality of obligation*, vale a dire l'assenza dell'obbligo del "datore di lavoro" di dare lavoro al lavoratore e dell'obbligo di quest'ultimo di lavorare quando gli viene chiesto<sup>61</sup>. Rovesciando il paradigma coasiano<sup>62</sup>, l'evoluzione tecnologica rende non più necessario alle piattaforme l'acquisizione preventiva della disponibilità continuativa del lavoratore, attraverso la previsione per contratto di un obbligo di lavorare. L'imprenditore "scommette" che qualcuno accetterà di rendere la prestazione in una determinata fascia oraria. Vengono a tale fine utilizzati anche meccanismi contrattuali di incentivo/disincentivo volti a premiare la disponibilità del lavoratore, specialmente in determinate fasce orarie (serali e festive), che la giurisprudenza non ha esitato a dichiarare discriminatori<sup>63</sup>.

È senz'altro vero che, in alcune ipotesi, tali meccanismi possono venire congegnati in modo tale da ricreare nei fatti una disponibilità continuativa e permanente al lavoro così che sarebbe più che giustificata la riconduzione del caso concreto alla fattispecie della subordinazione di cui sussistono tutti i tratti costitutivi<sup>64</sup>. Così come è altrettanto plausibile che, pur in assenza di

<sup>61</sup> V. ROSIN, *The right of a platform worker to decide whether and when to work*, in *ELLJ*, 2022, p. 530 ss.

<sup>62</sup> V. In questi termini ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella "gig economy"*, in *RIDL*, 2018, II, p. 294 ss.; ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, I, p. 526 ss.

<sup>63</sup> Da ultimo Trib. Palermo 17 novembre 2023, in *RIDL*, 2023, II, nt. Nuzzo, p. 763 ss.

<sup>64</sup> V. Trib. Palermo 20 ottobre 2016. V. BELLAVISTA, *Riders e subordinazione: a proposito di una recente sentenza*, in *LDE*, n. 2/2022, p. 7 ss. Non per caso la Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali del 9 dicembre 2021, nella versione originaria precedente a quella definitivamente approvata il 16 aprile

un disponibilità continuativa, la facoltà teorica del lavoratore di rifiutare la prestazione non sia incompatibile con lo schema del lavoro subordinato intermittente<sup>65</sup>. Tuttavia, il risultato cui giunge l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, dopo le modifiche apportate dalla l. 2 novembre 2019 n. 128, è ben più ambizioso, applicando nella sua interezza le tutele lavoristiche “a rapporti di lavoro connotati da un maggior grado di libertà, sia in termini di disponibilità a rendere la prestazione lavorativa sia in ordine alle concrete modalità con cui essa viene effettuata”<sup>66</sup>.

Non importa l'assenza di un obbligo di lavorare; dalla sussistenza nel caso concreto dei requisiti della continuità, della personalità almeno prevalente e dell'etero-organizzazione scaturirà comunque il diritto al rimedio, vale a dire l'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato. È questo l'elemento che viene sottolineato anche nella recente pronuncia del Tribunale di Milano laddove si distingue tra “fase genetica” del rapporto, in cui il lavoratore mantiene la propria libertà, e “fase esecutiva” in cui viceversa egli è sottoposto all'etero-organizzazione anche dei tempi e dei luoghi di lavoro<sup>67</sup>.

Questa distinzione è certamente scivolosa e non va enfatizzata laddove rischia di favorire letture volte a negare la natura contrattualmente unitaria del fenomeno che verrebbe frammentato in una pluralità di contratti di lavoro che sorgerebbero ogni qualvolta il lavoratore aderisca alla proposta del

2024, considerava la “effettiva limitazione, anche mediante sanzioni, della libertà di organizzare il proprio lavoro, in particolare della facoltà di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare o rifiutare incarichi o di ricorrere a subappaltatori o sostituti” come un indice denotativo della natura subordinata del rapporto di lavoro.

<sup>65</sup> V. BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 5 ss.; BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, p. 4 ss.; DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, I, p. 3 ss., spec. p. 13. V. tuttavia le considerazioni di DE MARCO, GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 435/2021, p. 14, per i quali il lavoro intermittente, per la sua particolarità, non può essere espressivo di una nozione generale di subordinazione capace di prescindere dalla continuità e disponibilità nel tempo della prestazione di lavoro.

<sup>66</sup> Così MARTELLONI, *Collaborazioni etero-organizzate e libertà nel lavoro. Le implicazioni della distinzione tra fase genetica e fase esecutiva del rapporto in una recente pronuncia di merito*, in *DLRI*, 2023, p. 654. V. già le considerazioni di NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *ADL*, 2014, I, p. 884 ss., qui spec. p. 897, che sottolinea le inedite combinazioni tra etero-organizzazione e maggiore autonomia del lavoratore che si riappropria della sua attività e la adatta alle esigenze delle organizzazioni post-fordiste.

<sup>67</sup> Trib. Milano 19 ottobre 2023. Per un commento v. MARTELLONI, *Collaborazioni etero-organizzate e libertà nel lavoro*, cit.

committente assumendo l'impegno a rendere la prestazione<sup>68</sup>. Contro questa lettura sono state tuttavia formulate svariate critiche tese a sottolineare come, al pari dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., l'art. 2 non definisca un tipo contrattuale ma un rapporto<sup>69</sup> e come l'unitarietà del fenomeno possa comunque venire ricostruita a partire dall'elemento della durata che non si atteggia a connotato intrinseco della prestazione, frammentata e intermittente, ma fa riferimento al fatto che le prestazioni sono nel loro complesso destinate alla soddisfazione continuativa dell'interesse del creditore al quale si indirizzano<sup>70</sup>. È l'interesse (durevole) del creditore ad utilizzare il contratto quale strumento di organizzazione e pianificazione della propria attività imprenditoriale che, anche in assenza di un obbligo di prestazione, consente la considerazione unitaria della fattispecie negoziale in svolgimento<sup>71</sup>.

Né l'unitarietà contrattuale del fenomeno è messa in crisi dal fatto che è necessaria una richiesta del creditore affinché la prestazione venga effettuata. Resta valido ancor oggi l'insegnamento di Oppo per il quale questa richiesta "è una manifestazione di volontà diretta alla esecuzione, non alla conclusione del contratto"<sup>72</sup>.

Secondo una recente proposta ricostruttiva, che prende le mosse dallo studio di Oppo, il contratto all'origine del rapporto avrebbe ad oggetto non l'obbligo di prestazione ma l'obbligo del lavoratore di assoggettarsi a determinate forme di potere e controllo (etero-organizzazione)<sup>73</sup> ogni qualvolta

<sup>68</sup> V. le giuste considerazioni critiche di DE MARCO, GARILLI, *op. cit.*, p. II ss.

<sup>69</sup> V. ancora BALLESTRERO, *La disciplina dei licenziamenti*, cit.; EAD., *La dicotomia autonomia/suordinazione*, cit.

<sup>70</sup> V. OPPO, *I contratti di durata. II*, in *RDCom*, 1944, I, p. 17, qui p. 21. Di recente sottolinea questo elemento MARTELLONI, *Collaborazioni etero-organizzate e libertà nel lavoro*, cit., p. 651.

<sup>71</sup> Va ricordato come secondo il neoinstituzionalismo economico e la teoria dei contratti relazionali, gerarchia e mercato siano solo gli estremi di un *continuum* e il contratto relazionale di durata ben possa essere uno strumento rivolto non al semplice scambio di beni nel mercato, ma alla creazione e pianificazione di una *private governance structure* che si colloca a cavallo dei due estremi. V. WILLIAMSON, *The Theory of the Firm as Governance Structure: from Choice to Contract*, in *JEP*, 2002, p. 171 ss.; ID., *The Institutions of Governance*, in *AEA Papers and Proceedings*, 1998, p. 75 ss.; ID., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1996; ID., *Hierarchies, Markets and Power in the Economy: an Economic Perspective*, in *ICC*, 1995, p. 21 ss.; ID., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, in *ASQ*, 1991, p. 269 ss.; ID., *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985.

<sup>72</sup> Così OPPO, *I contratti di durata. II*, cit., p. 30.

<sup>73</sup> V. FALSONE, *Lavorare tramite piattaforme digitali: durata senza continuità*, in *DLRI*, 2022, p. 264.

deciderà di rendere la prestazione, dando così vita ad un rapporto destinato a soddisfare nel tempo le esigenze organizzative durevoli della piattaforma.

D'altra parte, il dibattito civilistico sui contratti di durata si è arricchito negli ultimi anni di posizioni tese a sottolineare, per un verso, come l'interesse organizzativo del creditore non sia sempre soddisfatto dall'adempimento durevole e dall'obbligo di prestazione, ma da situazioni giuridiche diverse quali la soggezione e l'aspettativa<sup>74</sup>. Per altro verso, si è osservato come l'evoluzione tecnologica e i nuovi metodi di organizzazione imprenditoriale rendano necessario riprendere la riflessione in materia di contratti di durata<sup>75</sup> a partire dall'esatta comprensione dell'incidenza di tali mutamenti sul contratto (atto) e sulla sua disciplina<sup>76</sup>.

Nel contesto descritto, l'elemento che davvero distingue la subordinazione classica dalle collaborazioni etero-organizzate non sembra l'eterodirezione contrapposta all'etero-organizzazione<sup>77</sup>, ma la dipendenza, intesa come disponibilità continuativa del lavoratore a lavorare quando richiesto, che caratterizza la prima fattispecie ma non la seconda<sup>78</sup>. Continuare a ricercare una distinzione qualitativa tra eterodirezione ed etero-organizzazione è, a

<sup>74</sup> Si veda LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *RDC*, 2010, I, pp. 105 ss.

<sup>75</sup> FALSONE, *op. cit.*, p. 264.

<sup>76</sup> Sottolinea con forza la necessità considerare di più l'incidenza dell'impresa e della sua attività sul contratto e sulla sua disciplina MACARIO, voce *Contratti di durata*, in *ED*, 2021, p. 120. Sull'incidenza della tecnologia e delle nuove tecniche usate dall'imprenditore sull'equilibrio negoziale e sulla prestazione v. le considerazioni di ZOPPOLI L., *Lavoro digitale, libertà negoziale, responsabilità: ancora dentro il canone giuridico della subordinazione*, in questa rivista, 2022, p. 51 ss., qui spec. 57 ss.

<sup>77</sup> La tesi che ravvisa una differenza qualitativa tra eterodirezione ed etero-organizzazione è sostenuta dalla giurisprudenza e da una larga parte della dottrina. V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 105 ss.; PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 132 ss.; ID., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative*, cit., p. 267 ss.; ID., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020 pp. 13-14; TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *LDE*, n. 1/2019; PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, 2016, I, p. 71; SANTONI, *Autonomia e subordinazione nel riordino delle tipologie contrattuali del lavoro non dipendente*, in *DML*, 2016, p. 504 ss.; TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *LLI*, n. 2/2016. Critico (giustamente a parere di chi scrive) sulla distinzione qualitativa tra eterodirezione ed etero-organizzazione CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"*, in *LDE*, n. 3/2023, p. 11; da ultimo v. il lavoro monografico di FERRARO F., *Studio sulla collaborazione coordinata*, Giappichelli, 2023, p. 503 ss.

<sup>78</sup> Sia consentito, per ragioni di sintesi, il rinvio a RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione*, cit., p. 345 ss.

parere di chi scrive, non tanto impossibile sul piano teorico quanto poco utile se non addirittura controproducente sul piano pratico. Questo per diverse ragioni.

In primo luogo, dalla lettura della giurisprudenza si evince che la riconduzione dei rapporti di lavoro tramite piattaforma all'art. 2 non deriva dal riscontro nel caso concreto di etero-organizzazione in luogo di eterodirezione, ma dalla libertà "genetica" del lavoratore di scegliere se e quando rendere la prestazione. Quando tale libertà viene riconosciuta come "non autentica", meramente fittizia, il rapporto è agevolmente riconducibile all'art. 2094 cod. civ.<sup>79</sup>; viceversa, quando tale libertà sussiste ed è autentica, il rapporto viene ricondotto all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

In secondo luogo, insistere sulla distinzione qualitativa tra eterodirezione ed etero-organizzazione rischia di frenare il processo di trasformazione e "attenuazione" per via giurisprudenziale del concetto di subordinazione che, da anni, ricomprende non solo le ipotesi di eterodirezione stringente ma anche quelle di etero-organizzazione o coordinamento funzionale unilaterale (emblematico il caso dei giornalisti)<sup>80</sup>.

Infine, incentrare il dilemma qualificatorio sulla distinzione tra eterodirezione ed etero-organizzazione trova un ostacolo, sul piano sistematico, nella nuova fattispecie del lavoro agile di cui alla l. 22 maggio 2017 n. 81 in cui il lavoratore (subordinato) ha un obbligo di lavorare, è cioè sempre a disposizione del datore di lavoro, ma l'eterodirezione è attenuata per definizione, addirittura concordata *ex ante* nel suo perimetro esterno, sulla falsa riga di quanto avveniva nel lavoro a progetto. Questo al fine di consentire al lavoratore di rendere la prestazione di lavoro "senza precisi vincoli di orario", conciliando effettivamente i tempi di vita con i tempi di lavoro<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Da ultimo v. il decreto sul caso *Uber Eats* del Trib. Milano 28 settembre 2023.

<sup>80</sup> In questo senso v. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell' "autorità del punto di vista giuridico"*, in *ADL*, 2016, I, p. 47 ss., per il quale l'etero-organizzazione è un monito legislativo all'interprete di non privilegiare una concezione restrittiva di subordinazione.

<sup>81</sup> Per tutti v., da ultimo, LUDOVICO, *Lavori agili e subordinazioni*, Giuffrè, 2023, spec. p. 138 ss. L'A. ricostruisce il lavoro agile come nuova forma di subordinazione che infrange "il dogma della unitarietà della fattispecie" laddove si attribuisce all'autonomia individuale la regolazione per intero dei poteri datoriali. La proposta ricostruttiva sistematica è di grande interesse anche se non persuade del tutto ritenere che nel lavoro agile il potere datoriale scompare completamente sino a non assurgere più a tratto distintivo della fattispecie. Il lavoratore agile è infatti pur sempre etero-organizzato; solo le forme di esercizio dell'etero-direzione ed etero-organizzazione sono concordate *ex ante* per consentire al lavoratore l'effettiva conciliazione vita-lavoro.

Anche nel lavoro a domicilio, sviluppatosi prima che l'evoluzione tecnologica consentisse l'esercizio del potere direttivo al di fuori delle coordinate spazio-temporali del lavoro nell'impresa, la subordinazione si manifesta non tanto nell'eterodirezione<sup>82</sup>, fortemente attenuata, ma nella "dipendenza", intesa come "sicura disponibilità del prestatore di lavoro ad eseguire i compiti affidatigli e a soddisfare le esigenze e finalità programmate dall'impresa" ed "esistenza di un ineludibile obbligo di lavorare"<sup>83</sup> che esclude la libertà di accettare o rifiutare le commesse: caratteristica che viceversa è del tutto compatibile con le collaborazioni etero-organizzate.

La sentenza del Tribunale di Milano sul caso *Deliveroo* ben coglie questo aspetto. Al di là dell'omaggio formale alla tesi della distinzione qualitativa tra eterodirezione ed etero-organizzazione, la ragione della rimodulazione di alcune tutele e dell'esclusione di altre perché incompatibili viene ravvisata nel concetto di "prestazione di lavoro effettiva". "Nel caso in questione" afferma il Giudice "appare corretto misurare il tempo della prestazione, da retribuirsi secondo i parametri della subordinazione, dall'accensione da parte del collaboratore della piattaforma (*login*), in modo da rendersi disponibile a ricevere gli incarichi dalla parte di *Deliveroo*, sino allo spegnimento della stessa (*logout*)"<sup>84</sup>. L'attività consiste nella scelta (non nell'obbligo) "del lavoratore di rendersi disponibile a ricevere ordini da parte della opponente e a cui deve applicarsi la disciplina del lavoro subordinato"<sup>85</sup>.

L'argomentazione del Giudice non poggia sulla diversa natura del potere direttivo/organizzativo ma sull'assenza di una condizione di dipendenza, cioè una disponibilità effettiva permanente obbligatoria del lavoratore. Certo, ha ragione Antonello Zoppoli quando osserva che sulle collaborazioni organizzate la "subordinazione incombe"<sup>86</sup>. È una norma dal "fiato corto" ma

<sup>82</sup> V. tuttavia MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Interventi normativi e strategie sindacali*, Franco-Angeli, 1979, ora in BALANDI, TINTI (a cura di), *Scritti di diritto del lavoro*, il Mulino, vol. II, 2023, p. 71, che parla di potere direttivo "pregnante" nel lavoro a domicilio.

<sup>83</sup> Cass. 14 marzo 2007 n. 5913; 16 ottobre 2006 n. 22129. In dottrina v. NOGLER, *Lavoro a domicilio*. Art. 2128 c.c., Giuffrè, 2000, p. 180 ss., che parla espressamente di etero-organizzazione nel lavoro a domicilio.

<sup>84</sup> Trib. Milano 19 ottobre 2023.

<sup>85</sup> Trib. Milano 19 ottobre 2023. Di qui deriva, secondo il Giudice, l'impossibilità di applicare l'art. 10 co. 1 del d.lgs. n. 81/2015 per cui in difetto di prova della stipulazione di un contratto di lavoro a tempo parziale, il rapporto si considera a tempo pieno, disposizione strutturalmente incompatibile con le collaborazioni organizzate in cui il lavoratore mantiene un'ampia autonomia nella fase genetica, "potendo scegliere se lavorare o meno e in quali periodi".

<sup>86</sup> V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. III ss.



che sottende una novità di non poco conto: riconoscere l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato, che possono essere oggetto di rimodulazione, anche laddove il lavoratore non sia più assoggettato ad un ineludibile obbligo di lavorare, ma conservi la libertà di decidere il se e il quando della prestazione: libertà che, se appare poco credibile nel caso dei *riders* del *food delivery*, contraddistinguerà forse le forme di lavoro che si svilupperanno nel prossimo futuro. Recuperando un'intuizione di Massimo Roccella, sembra giunto il momento di scomporre l'analisi dell'elemento dell'eterodirezione, da sempre sovraenfattizzato, da quello della dipendenza, da sempre sottovalutato<sup>87</sup>.

<sup>87</sup> ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 46.

## Abstract

Nel saggio viene brevemente ripercorso il dibattito sulla c.d. “prospettiva rimediale” evidenziandone i diversi significati assunti nel diritto civile e nel diritto del lavoro. Nel diritto del lavoro, il dibattito sui rimedi è stato sviluppato al fine di sottolineare la crisi delle fattispecie che si verificherebbe in particolare nel contesto della qualificazione dei rapporti di lavoro come subordinati o autonomi. Rispetto a questa prospettiva teorica l’a. formula alcune considerazioni critiche che prendono le mosse dall’analisi della nuova fattispecie delle collaborazioni organizzate dal committente (art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015) e dalla lettura della giurisprudenza che ha applicato tale disposizione ai nuovi lavori della *gig economy*.

The article briefly reviews the debate on the increasing role played by the logic of remedies, highlighting its different meanings in civil and labour law. In labour law, the debate on remedies has been developed to highlight the crisis of legal categories that would arise in particular in the context of the classification of labour relations in terms of employment or self-employment. In relation to this theoretical perspective, the author formulates some critical considerations that start from the analysis of the new legal category of collaborations organised by the principal (Article 2, Legislative Decree no. 81 of 2015) and from the interpretation of the judgments that has applied this provision to the new *gig economy* jobs.

## Keywords

Fattispecie e rimedi, Prospettiva rimediale, Crisi della fattispecie, Collaborazioni organizzate dal committente, *Gig economy*.

Legal categories and remedies, Remedies system, Crisis of legal categories, Collaborations organized by the principal, *Gig economy*.

## Roberto Romei

### Tecnica rimediale e diritto del lavoro

**Sommario:** **1.** I rimedi ed il diritto del lavoro. **2.** La tecnica rimediale tra funzione descrittiva e funzione precettiva. **3.** Il ruolo dei principi costituzionali. **4.** *Segue.* L'argomentazione basata sui principi. **5.** *Segue.* L'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali. **6.** Il principio di effettività.

#### 1. *I rimedi ed il diritto del lavoro*

Il bel libro di Antonello Zoppoli offre anche l'occasione per svolgere qualche riflessione su temi non consueti nella nostra materia<sup>1</sup>.

E qui cade subito una prima considerazione.

Il libro, come si è appena detto, affronta temi non usuali nel diritto del lavoro, e questo è un primo aspetto da sottolineare. Il diritto del lavoro, e non da oggi per il vero, ma ormai da diversi anni, ha reciso ogni legame con il diritto civile.

Nato come una costola di quest'ultimo, di cui almeno fino alla fine degli anni '60 dello scorso secolo, ha utilizzato gli snodi concettuali e le categorie giuridiche, si è poi progressivamente allontanato dalla matrice originaria, per chiudersi, ed il fenomeno si è accentuato con il nuovo secolo, all'interno di un circuito sempre più provinciale ed avulso dal dibattito che si è sviluppato in altri campi del diritto, ed in particolare nel diritto civile, rinunciando a costruire se non una propria dogmatica<sup>2</sup>, almeno delle categorie ordinanti,

<sup>1</sup> ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2022, p. I ss.

<sup>2</sup> Lo notava già MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, 1990, p. 5 ss. (ora in CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*,

ed orientandosi invece in favore di dibattiti sulla rilevanza della dimensione 'valoriale' originaria della materia.

Il risultato non è dei più esaltanti: un dibattito che non riesce ad emanciparsi dalla attualità e che ha ormai da tempo rinunciato ad elaborare se non una costruzione dogmatica della materia, almeno una accettabile sistemazione delle categorie che dovrebbero governarla.

Fortunatamente vi sono delle eccezioni e tra queste il libro di Antonello Zoppoli che riprende il filo di un dibattito, ormai da anni vivace nel diritto civile, sulla tecnica remediale<sup>3</sup>, dal punto di vista però, e non poteva essere altrimenti, del diritto del lavoro<sup>4</sup>.

Inevitabile però che in questa prospettiva si affrontino anche temi di maggior respiro, che alla tecnica remediale sono inestricabilmente collegati, primo fra tutti quello della "crisi della fattispecie"<sup>5</sup>, che a sua volta rinvia, essendone secondo alcuni la conseguenza, al tema della crisi in cui ormai da anni versa il positivismo giuridico<sup>6</sup> – o almeno, e meglio, una versione del positivismo – in favore invece di una prospettiva che si vuole influenzata dall'ermeneutica giuridica che pone al centro dell'esperienza giuridica il singolo caso<sup>7</sup>.

Di qui non solo il riconoscimento della natura creativa dell'attività interpretativa, il che è ormai scontato; ma soprattutto un atteggiamento men-

Giuffrè, 2011, p. 307 ss.); PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, p. I ss. Non mancano peraltro voci anche molto critiche nei confronti degli studi di diritto civile, per tutti CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.

<sup>3</sup> Tra i tanti che si sono occupati della materia spicca certamente il nome di Di Majo, particolarmente attivo nel sostenere la tecnica rimediale. V., da ultimo, DI MAJO, *Diritti e rimedi*, Giappichelli, 2023; ma anche DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, in *ED*, Giuffrè, 2020, p. 1031 ss.

<sup>4</sup> Va qui ricordato il fascicolo monografico curato da DE SIMONE, RAZZOLINI, NOVELLA, *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*, in *LD*, 2017, 3-4, dedicato all'applicazione della tecnica remediale nel diritto del lavoro.

<sup>5</sup> Mi approprio qui del titolo di un saggio di IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, p. 37 ss., poi ripreso dal fascicolo monografico della Rivista *Ars Interpretandi* del 2019 dedicato appunto alla crisi della fattispecie.

<sup>6</sup> V., a titolo indicativo all'interno di una letteratura enorme, le due prospettive antitetiche da cui muovono, rispettivamente, GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, in *QF*, 2021, e IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.

<sup>7</sup> Ad es., DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *EDP*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Rimedi contrattuali*, cit., p. 1032; SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045 ss.; sulla stessa lunghezza d'onda ma in termini molto più radicali BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 185 ss.

tale per cui ciò che rileva è il ‘fatto’, che è di per sé portatore di un interesse e di una sua normatività che reclama protezione, tanto che secondo alcuni, ove la norma opponesse una resistenza alla tutela dell’interesse ritenuto meritevole di tutela, l’interprete dovrebbe disapplicare la norma ritenuta ingiusta<sup>8</sup>.

Questa è una prospettiva non certo ignota al diritto del lavoro, ed anzi, largamente applicata, sia pur con raffinatezza giuridica ed argomentativa ben minori, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina.

Gli esempi non mancano di certo.

Un primo caso può essere rappresentato dalla vicenda del trasferimento di azienda, o meglio, del ramo di azienda, vicenda come è noto assai complicata<sup>9</sup>, ma che bene esemplifica quanto si è appena detto.

È infatti possibile tracciare una netta cesura nella evoluzione della giurisprudenza, caratterizzata dapprima e per molti anni da una tendenza favorevole ad una dilatazione del campo di applicazione dell’art. 2112 cod. civ. anche oltre i confini consentiti dalla formulazione letterale della disposizione. L’obiettivo, palese, era quello di ampliare gli spazi di tutela del lavoratore pressoché in ogni caso in cui si verificasse un mutamento nella persona del datore di lavoro. Dal momento in cui invece, e cioè da circa la metà degli anni ’90 dello scorso secolo, iniziarono a moltiplicarsi le operazioni di *outsourcing*, la giurisprudenza ha mutato bruscamente di segno, consolidando un secondo filone imperniato su una nozione restrittiva di trasferimento di azienda. Tale indirizzo però non soppianta il primo, ma convive con esso, cosicché la fattispecie presa in considerazione dall’art. 2112 cod. civ. si dilata o si restringe a seconda degli interessi che sono in campo: è ampia, in continuità con l’indirizzo tradizionale, ove sia il lavoratore a far valere un interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario. Assai più ristretta, invece, ove siano i lavoratori ad agire in giudizio al fine di far accertare la illegittimità della cessione, in particolare del ramo, cui sono addetti<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> SCALISI, *Il diritto naturale e l’eterno problema del diritto “giusto”*, in *EDP*, 2010, p. 449 ss.

<sup>9</sup> Su cui sia consentito rinviare a ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, in BUSNELLI, PONZANELLI (diretto da), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, 2021.

<sup>10</sup> V., ad es., Cass. 12 aprile 2016 n. 7121, secondo la quale sussiste un trasferimento d’azienda nel caso della cessione di una organizzazione di persone anche se non caratterizzata da particolari elementi patrimoniali, laddove invece, in situazioni opposte, si esclude la sussistenza di una fattispecie traslativa a motivo della esiguità dei mezzi patrimoniali o del loro scarso valore

Questo secondo filone si caratterizza per una evidente opzione di politica del diritto finalizzata a marginalizzare le operazioni di cessione di ramo di azienda ritenute pregiudizialmente fonte di possibili svantaggi per i lavoratori coinvolti.

La evidente irrazionalità di questo orientamento<sup>11</sup> viene però stemperata, fino ad annullarla, ipostatizzando la coesistenza all'interno della stessa disposizione di due diversi interessi del lavoratore: l'uno, alla continuazione del rapporto di lavoro con il soggetto subentrante; l'altro, a “rimanere legato al soggetto economicamente più solido”<sup>12</sup>.

In disparte ogni altra considerazione, mentre il primo interesse connota da sempre la disciplina contenuta nell'art. 2112 cod. civ., e rinvia in esso dei robusti agganci normativi, del secondo non è dato rinvenire traccia nell'ordinamento italiano né in quello europeo, essendo piuttosto il frutto di una operazione additiva della legge. In entrambi, infatti, la disciplina positiva impone la continuazione del contratto di lavoro con il soggetto acquirente, ma non tutela anche l'interesse del singolo a rimanere in forza al soggetto economicamente più forte. La fattispecie – intesa come fatto che condiziona la produzione di determinati effetti giuridici – presa in considerazione dall'art. 2112 cod. civ., è sempre la stessa, ed è unica, e non può quindi essere dilatata o ristretta a seconda del tipo di interesse che il singolo fa valere in giudizio. Il punto, infatti, non è se un siffatto interesse esista o non<sup>13</sup>, ma se esso oltrepassi la soglia del mero interesse di fatto e sia preso in considerazione dal diritto.

Un altro esempio può essere tratto dalla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

economico. Nei medesimi termini: Cass. 15 marzo 2017 n. 6770, in *FI*, 2017, I, c. 1595; 19 maggio 2017 n. 12720, in *Rep. FI*, 2017, voce *Lavoro (rapporto)*; Trib. Trento 5 febbraio 2019, in *RGL*, 2019, II, p. 462.

<sup>11</sup> Per cui le stesse espressioni letterali danno vita a due fattispecie diverse a seconda del tipo di interessi fatti valere.

<sup>12</sup> Così SPINELLI, *Azienda e ramo d'azienda nell'art. 2112 c.c.: le (apparenti) contraddizioni della lettura garantistica*, in *RIDL*, 2017, II, p. 621; Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711, in *FI*, 2013, I, c. 904, che fa riferimento all'interesse dei lavoratori a permanere presso il cedente in quanto soggetto sul quale è possibile riporre un maggiore affidamento “sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva”; Cass. 26 gennaio 2012 n. 1085, in *OGL*, 2012, I, p. 69.

<sup>13</sup> È del tutto evidente che il singolo lavoratore, per intuibili ragioni, può avere interesse a mantenere l'originario legame contrattuale con il cedente; ma tale interesse esiste solo in via di fatto, non trovando alcuna cittadinanza nell'ordinamento.

La legge tipizza, all'art. 3 della l. 15 luglio 1966, n. 604, le ragioni del licenziamento, operando essa stessa un bilanciamento tra i contrapposti interessi, ed individuando quindi la fattispecie giustificato motivo di licenziamento, sulla quale dunque non dovrebbe essere consentito intervenire<sup>14</sup>.

Nondimeno, fino al 2016 quando la Corte di Cassazione disse una parola definitiva sull'argomento, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo era, da una parte cospicua della giurisprudenza, considerato alla stregua di una *extrema ratio*, e cioè era consentito solo ove esso fosse frutto non di una valutazione economica e soggettiva dell'imprenditore, bensì di una situazione di crisi o fosse imposto da stringenti ragioni di mercato.

Non solo, ma la legge si limita a fare riferimento a ragioni oggettive senza null'altro aggiungere. È noto invece che la giurisprudenza ha sempre integrato la fattispecie di legge, richiedendo non solo la ricorrenza delle ragioni previste dall'art. 3, ma anche la dimostrazione della impossibilità di reimpiegare il lavoratore su altre mansioni. La fattispecie legale ne esce così indubbiamente integrata ed arricchita. Impostazione questa mantenuta inalterata anche quando, a seguito della riforma del 2012, l'art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300 prevede ora la reintegrazione solo nel caso in cui non siano sussistenti le ragioni poste alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; mentre commina una sanzione indennitaria "nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo". In giurisprudenza invece è pacifico che la mancata prova della impossibilità di reimpiegare il lavoratore determini l'applicazione della sanzione della reintegrazione, il che si traduce in una vera e propria disapplicazione del precetto legislativo.

## 2. *La tecnica rimediale tra funzione descrittiva e funzione precettiva*

Molto spesso per non dire sempre, onde giustificare le operazioni interpretative si mobilitano le disposizioni costituzionali, ovvero ci si rallaccia alla narrazione per cui il diritto del lavoro avrebbe una vocazione originaria, ma soprattutto immutabile ed immodificabile: quella cioè di essere un diritto

<sup>14</sup> Da ultimo DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento "creativo"*, in *RIDL*, 2024, I, p. 485 ss.

il cui unico fine sarebbe quello della protezione del lavoratore – assunto anch'esso come figura sociale unitaria a dispetto delle varietà di rapporto di lavoro esistenti – alla quale non potrebbe mai abdicare; narrazione in realtà frutto di un pregiudizio anti mercato che connota larga parte della dottrina e della giurisprudenza della materia<sup>15</sup>.

Sul punto si ritornerà tra breve.

Per l'istante preme chiarire un altro aspetto: occorre, cioè, chiarire, quando si parla di prospettiva remediale, da che punto di vista ci si ponga, se da quello descrittivo o da quello precettivo. Non sempre, infatti, le due prospettive sono adeguatamente distinte. Un conto infatti è prendere atto di ciò che accade nella realtà effettuale della applicazione concreta delle norme di legge; altro conto è supportare o consentire con una certa prassi o con una certa impostazione, ed anzi ritenerla necessaria.

Nel primo caso, per fare un esempio, si intende fare riferimento a delle indubbie novità che emergono nella legislazione più recente rispetto alla tradizione, come avviene ad esempio nel caso in cui l'ordinamento imponga al venditore oltre ad un obbligo di dare, anche un obbligo di fare e cioè di consegnare all'acquirente un bene conforme al contratto, l'inosservanza del quale obbligo, ove rivesta i caratteri della essenzialità, fa sorgere nell'acquirente il diritto al “rimpiazzo integrale” o alla “correzione del difetto”<sup>16</sup>. Si può certamente rilevare come in tal caso il diritto dell'UE faccia emergere un obbligo, quello di fare, in un contratto, quello di compravendita, che tradizionalmente invece appare centrato sull'obbligo di dare<sup>17</sup>. E si può allora anche osservare come l'obbligo sancito dal diritto UE faccia emergere tutta la complessità di alcuni tipi di compravendita, oltre a garantire meglio l'interesse dell'acquirente che aveva dinanzi a sé solo la possibilità della risoluzione per inadempimento.

In questa ipotesi, ma altre se ne potrebbero fare, ci si continua a porre nel solco della tradizione: il rafforzamento della posizione dell'acquirente /consumatore è in definitiva funzionale ad un interesse tipizzato che è ap-

<sup>15</sup> V. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in CARUSO, DEL PUNTA, TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, il Mulino, 2019.

<sup>16</sup> Cfr. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *EDP*, 2015, p. 586, a proposito della disciplina della vendita internazionale, esempio portato anche da altri Autori in una prospettiva però diversa, ed anzi opposta.

<sup>17</sup> Così DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, cit., p. 1038.



punto quello dell'acquirente<sup>18</sup>, ed alla conservazione del contratto, come avviene in altri contratti di mercato o in raffronto ad altri istituti come ad es. lo *ius variandi* di c.d. *long term contract*<sup>19</sup>.

Il discorso si pone su un piano diverso ove esso assuma una portata prelettiva: il termine "rimedio" assume infatti la veste di una sintesi verbale per significare qualcosa di molto diverso, e cioè un atteggiamento interpretativo secondo il quale può ed anzi deve prescindersi dalla ricorrenza di una fattispecie intesa come schema giuridico tipico che rappresenta un fatto astratto, e che, al tempo stesso, e non potrebbe che essere così, è anche indicativa degli interessi cui il legislatore intende dare (o non dare) protezione.

O per meglio dire, in questa prospettiva, il termine indica la preferibilità per un sistema che assegni al giudice, o comunque all'interprete, la scelta degli interessi da tutelare, anche ed indipendentemente dalla valutazione operata dalla legge<sup>20</sup>. Si perde allora la distinzione tra interpretazione ed integrazione della legge, confine, come è stato condivisibilmente osservato<sup>21</sup>, assai labile, o solo a volte labile, ma che non può essere oltrepassato impunemente, dato che minerebbe non solo la già periclitante certezza degli ordinamenti giuridici, ma si risolverebbe, in definitiva, in una pratica eversiva del principio di separazione dei poteri, e nella instaurazione di un sistema di giudizio di costituzionalità diffuso<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> NIVARRA, *op. cit.*, p. 587 ss.

<sup>19</sup> Le ipotesi, in via legale o pattizia, di attribuzione ad una delle parti del potere di introdurre delle modificazioni al contratto son ormai diverse, cui si aggiungono i casi di potere-dovere di una delle parti di provvedere alla modifica del regolamento contrattuale onde salvaguardare la sussistenza del vincolo medesimo, specie nei contratti di durata, ove gli interessi e le esigenze delle parti, o di una di esse, possono modificarsi nel corso dello svolgimento. Invece di affidare la soluzione alla rinegoziazione dei termini contrattuali, la legge, o le stesse parti, preferiscono concedere ad una di esse la facoltà di modificare unilateralmente il regolamento contrattuale onde adattarlo alle nuove esigenze. Cfr. GITTI, VILLA, *Il terzo contratto*, il Mulino, 2008; CAPURRO, *Clausole di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *CI*, 2013, p. 1341 ss.

<sup>20</sup> Significativo è il caso dei *riders*, il cui rapporto di lavoro viene ricondotto dalla giurisprudenza allo schema del rapporto di lavoro subordinato, ad onta di una regolamentazione specifica, contenuta negli artt. dal 47-bis al 47-octies del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che viene però costantemente ignorata.

<sup>21</sup> D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Ars Interpretandi*, 2019, p. 60.

<sup>22</sup> Ed infatti, normalmente queste posizioni si saldano con la constatazione della avvenuta costituzionalizzazione del diritto privato (o con l'auspicio che essa avvenga): tra gli altri LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017. In senso critico verso queste posizioni, D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *GC*, 2016, p. 443 ss.

Non si vuole con ciò sostenere che l'attribuzione di un significato alle parole utilizzate dal legislatore, e cioè appunto l'interpretazione, sia una attività meramente ricognitiva di un senso già dato una volta per tutte, negando essa sia connotata anche da un profilo creativo. Né sminuire il ruolo che nella interpretazione della legge può avere il singolo caso concreto: come già osservava Mengoni, è spesso in relazione al caso singolo che la norma assume il proprio significato<sup>23</sup>.

Ma non è vero il contrario: non è vero, cioè, che solo in relazione al singolo caso si può intercettare il significato della norma. La fattispecie, infatti, è comunque uno schema normativo concepito a misura di un fatto e dunque è una norma che ha un campo di applicazione in qualche misura certo.

Esistono però anche quelli che Dworkin chiamava gli *hard cases* rispetto ai quali ci si può domandare se effettivamente essi ricadano all'interno del campo di applicazione di una determinata fattispecie. In questa ipotesi, ci si può interrogare se un determinato caso concreto rientri o non nella fattispecie astratta, sulla base innanzitutto della formulazione letterale della disposizione, ovvero, come spesso accade nel diritto del lavoro, in base agli interessi che vengono in considerazione nel caso concreto ritenuti meritevoli di una tutela o di una certa tutela o anche di una tutela talvolta più intensa di quella che è stata approntata dal legislatore, come avviene appunto nel caso dei *riders*.

### 3. *Il ruolo dei principi costituzionali*

Nel diritto del lavoro, questa operazione viene solitamente attuata ricorrendo al supporto delle norme costituzionali, o meglio, ai valori che esse incarnano, o si ritiene che incarnino, e che fungono al tempo stesso da fondamento valoriale dell'operazione interpretativa e da giustificazione della stessa dal punto di vista tecnico-giuridico.

Ma le disposizioni costituzionali rappresentano una merce da maneggiare con cura.

Le disposizioni costituzionali appartengono certamente al genere norma

<sup>23</sup> MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 37 ss.

giuridica<sup>24</sup>, non fosse altro perché la stessa Costituzione è una legge, ma si tratta di norme giuridiche di natura particolare.

Come è noto, le Costituzioni moderne hanno introiettato determinati principi morali o etici al loro interno: di qui una certa tendenza al superamento della distinzione, di matrice positivista, tra diritto e morale; di qui anche (ma è conseguenza niente affatto necessitata) la affermata superiorità – desunta dallo stesso rapporto gerarchico che esiste tra Costituzione e legge ordinaria – dei diritti (e valori) della persona su quelli di matrice o di impostazione economica<sup>25</sup>.

Prescindendo dalla pluralità delle condizioni di uso del termine ‘principio’, o da quelle opinioni che mettono in dubbio che esista in termini netti una distinzione tra principi e regole<sup>26</sup>, muovendo invece dall’ipotesi che questa distinzione vi sia – aspetto questo peraltro non particolarmente, per non dire, affatto, sviluppato da chi utilizza tecniche argomentative basate su principi –, in un ordinamento come il nostro, i principi non possono che essere considerati alla stregua di norme giuridiche e come tali vanno considerate. Non si tratta cioè di valori desunti dalla coscienza sociale o dal convincimento soggettivo dell’interprete, ma di valori positivizzati in norme giuridiche. I principi hanno dunque, come è stato bene osservato, una dimensione del dover essere, e cioè una dimensione deontica, aperta<sup>27</sup>, che si determina solo al momento della applicazione del principio ad un caso concreto: ad essi, secondo alcune impostazioni almeno, si addice la tecnica del bilanciamento con altri principi ed interessi con cui possono interrelarsi. I principi, dunque, ammettono una realizzazione graduale o parziale per effetto del bi-

<sup>24</sup> CAMARDI, *Brevi riflessioni sulla argomentazione per principi nel diritto privato*, in *RDC*, 2017, p. 1133.

<sup>25</sup> L’affermazione secondo cui le Costituzioni moderne hanno assorbito al loro interno determinati valori, si accompagna spesso con altre due (che chi scrive non condivide): che esse avrebbero altresì realizzato il superamento tra diritto e morale; e che esse sarebbero articolate su una serie di ‘principi’, dal contenuto aperto e che spetterebbe al giudice concretizzare.

<sup>26</sup> Come è noto, le definizioni del termine ‘principio’ sono molteplici e discusse, così come è discussa la distinzione o la distinguibilità del principio dalla regola. Molto nota la versione di DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 1982, secondo il quale alle regole si addice la forma del “tutto o niente”, mentre i principi sono caratterizzati dalla dimensione del “peso”, che spetterà al giudice valutare di volta in volta in base alle circostanze del caso concreto. Altrettanto nota è quella di Alexy, cui si farà più avanti riferimento nel testo.

<sup>27</sup> D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *GC*, 2015, p. 256; MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *AA.VV.*, *I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, p. 327.

lanciamento con altri principi e dunque ammettono che la loro concretizzazione avvenga non attraverso una sola regola, ricavabile in via necessitata e cioè in via di induzione logica dal principio, ma consentono che il principio sia realizzato attraverso una pluralità di regole purché ragionevolmente riconducibili al principio.

La Costituzione, come si è detto, istituzionalizza determinati valori trasformandoli in enunciati normativi espressi in forma di principio strutturato o come un diritto soggettivo: è il caso, ad esempio, dei diritti sanciti dagli articoli 13, 14, 15, 18, 21 Cost., ovvero come clausola generale come avviene ad esempio per il principio di uguaglianza o per quello di solidarietà sociale.

Il processo interpretativo però segue canoni diversi dall'ordinario: il vincolo del testo è meno forte dal momento che gli enunciati linguistici sono espressi in forme più vaghe ed ammettono quindi molteplici varianti di senso.

Per contro, nelle motivazioni delle sentenze o nelle argomentazioni della dottrina, il termine è spesso utilizzato con grande leggerezza, senza prima specificare a quale dei possibili significati che esso può assumere si faccia riferimento.

Per fare un esempio: a quale categoria appartiene l'art. 4 della Costituzione, ed il "diritto al lavoro" che esso sancisce, norma tra le più richiamate, insieme all'art. 35<sup>28</sup>?

Pur senza voler approfondire particolarmente il tema, può certo dirsi, con una certa dose di sicurezza che il "diritto al lavoro" non possa essere assimilato ad altri diritti costituzionalmente garantiti come ad esempio il diritto alla libertà personale, che lo stesso art. 13, Cost., definisce come "inviolabile". Diritti cioè che non ammettono bilanciamento alcuno, ma solo delle eccezioni nei casi tassativamente previsti dalla legge. E forse nemmeno alla categoria cui appartiene la libertà di associazione (art. 18 Cost.) o la libertà di espressione (art. 21 Cost.): tutti diritti soggetti a bilanciamento con altri principi costituzionali.

Il "diritto al lavoro" di cui parla l'art. 4 Cost., insomma non sembra essere un diritto nello stesso senso in cui si parla di diritto di associazione, non appartiene, cioè, alla categoria dei diritti soggettivi del singolo.

<sup>28</sup> È sufficiente qui rinviare al ruolo assolto da entrambe le norme nella giustificazione delle sentenze della Corte Costituzionale che, tra il 2018 ed il 2022, sono intervenute sulle riforme della disciplina dei licenziamenti.

A ben guardare, lo stesso termine “lavoro” assume significati diversi a seconda della disposizione all’interno della quale è inserito.

L’art. 1 stabilisce come lo Stato italiano sia fondato sull’attivo contributo – e dunque, sull’attiva partecipazione – di tutti i cittadini; nell’art. 35, co. 1, si esprime la volontà di proteggere tutte le forme di lavoro e non solo quello subordinato per quanto riguarda la salute, la sicurezza, il lavoro dei minori.

Nel caso dell’art. 4, la Costituzione sancisce la libertà di ognuno di scegliere il proprio lavoro e un obbligo dello Stato di garantire la possibilità che tutti abbiano un lavoro. In questa ipotesi, l’art. 4 enuncia quella che è stata definita una direttiva di ottimizzazione<sup>29</sup> per lo Stato, impegnandolo a realizzare il diritto al lavoro nella misura massima possibile. È evidente, ove si accolga questa impostazione, che “il diritto al lavoro” possa con difficoltà essere assimilato ad altre disposizioni costituzionali, come quelle citate appena sopra, che sanciscono diritti soggettivi; e con difficoltà forse maggiore può essere calato nella relazione contrattuale tra datore e prestatore di lavoro come criterio per la fissazione della misura del risarcimento e della indennità in caso di licenziamento o in generale essere utilizzato come premessa maggiore di un ragionamento deduttivo<sup>30</sup>.

#### 4. Segue. *L’argomentazione basata sui principi*

Un altro aspetto, connesso ai temi che si sono appena accennati, riguarda il tipo di argomentazione utilizzato, sia in giurisprudenza che in molti contributi dottrinali, e cioè a dire, l’argomentazione basata su principi.

Soprattutto in dottrina, ma anche in giurisprudenza, è molto diffusa l’argomentazione che si basa sul richiamo ai valori, in particolare quelli incarnati dalla Costituzione, di cui sarebbe portatore il diritto del lavoro<sup>31</sup>. Talvolta, come accade in alcuni recenti contributi, il valore è provvisto esso stesso di una sua portata giuridica. Più spesso, il valore reagisce sul piano giuridico per il tramite di un principio costituzionale, come il diritto al lavoro, il principio di dignità, di uguaglianza, di ragionevolezza, di solidarietà.

<sup>29</sup> Secondo la nota impostazione di ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Feltrinelli, 2012, che parla in realtà di “precetti di ottimizzazione dei valori”.

<sup>30</sup> D’AMICO, *Applicazione diretta*, cit., p. 247 ss.; CAMARDI, *Brevi riflessioni*, cit., p. 1134 ss.

<sup>31</sup> Un esempio si può vedere nella impostazione seguita dagli Autori di un recente contributo; si intende fare riferimento a PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022.

Sul ruolo dei principi già ci si è soffermati in precedenza, allorché ci si è intrattenuti sulla portata di alcuni principi accolti dalla Costituzione e si è tracciato uno dei possibili criteri di distinzione dalle regole.

Qui i principi vengono ancora in considerazione per il ruolo da essi svolto nel processo interpretativo: ed infatti non è infrequente imbattersi in argomentazioni che fanno leva sui principi della materia per solito di origine costituzionale.

Il nodo è estremamente complesso e non è affrontabile in questa sede se non per brevi e superficiali accenni.

Occorre dunque ed in primo luogo chiedersi se il principio sia applicabile al caso concreto, se cioè abbia una struttura logica interna che lo consenta. Non tutti i principi, come si è visto, lo consentono: il principio di solidarietà, ad esempio, non lo consentirebbe, essendo rivolto direttamente allo Stato.

E dunque, anche a voler ritenere che l'art. 4 e l'art. 35 Cost., contengano un principio che sia invocabile ed utilizzabile dall'interprete, si dovrà convenire che si tratta di norme che differiscono profondamente da quelle che sanciscono diritti definiti inviolabili o attribuiscono un diritto ai singoli. In quest'ultimo caso si è dinanzi a norme sì di principio, ma la cui struttura logica le avvicina, sia pur senza assimilarle, alle norme-regola.

La tutela del lavoro è espressa da principi che non vincolano il giudice in maniera stringente ed il loro modo di applicazione è rappresentato dalla tecnica del bilanciamento: al più, e come si è detto, impartiscono una direttiva di ottimizzazione all'interprete che è vincolato ad applicarli osservando però gli ordinari vincoli giuridici, innanzitutto quello rappresentato dal tenore testuale della norma da interpretare; poi dall'onere di giustificazione della decisione alla luce degli altri interessi eventualmente confliggenti nonché facendo uso degli ordinari strumenti ermeneutici di elaborazione del problema e del controllo dell'argomentazione a supporto della decisione.

### 5. Segue. *L'applicazione diretta delle disposizioni costituzionali*

L'argomentazione basata su principi si salda spesso all'applicazione diretta dei principi costituzionali.

È questo un problema molto complesso, studiato in particolare dalla dottrina tedesca che si è occupata in più ed in più occasioni della c.d. *Dritt-wirkung* dei principi costituzionali<sup>32</sup>. Anche in questo caso occorre operare delle distinzioni, verificando innanzitutto a quali soggetti siano rivolte le disposizioni costituzionali (come nel caso che si è fatto appena sopra, dell'art. 4 Cost.). E successivamente, se la struttura della disposizione costituzionale necessiti o meno della legge o dell'intervento di un altro soggetto per essere inverteata o se invece ne possa fare a meno. Ed ancora, se la norma costituzionale possa assolvere solo una funzione argomentativa di un processo interpretativo di natura evolutiva o adeguatrice, o se essa legittimi l'interprete, e segnatamente il giudice, ad applicare in luogo di una norma di legge esistente una norma diversa direttamente derivata dai principi costituzionali<sup>33</sup>.

Si faccia il caso dell'art. 36 Cost.

Non è dubbio che nella sua seconda parte la disposizione costituzionale stabilisca precetti precisi, rinviando alla legge la determinazione della durata massima della giornata lavorativa e stabilendo il diritto al riposo settimanale ed a ferie retribuite. Si è dinanzi a precetti costituzionali costruiti nella forma della regola, più che del principio.

Completamente diverso è il primo comma dell'art. 36, che contiene il 'principio' della retribuzione sufficiente e proporzionata, criteri che trovano la loro concretizzazione in una norma diversa, e cioè l'art. 39 Cost., e dunque nel contratto collettivo<sup>34</sup>.

Allorché si decide della conformità di un livello di retribuzione al criterio della proporzionalità e della sufficienza, si decide in realtà sulla conformità di una clausola del contratto individuale il cui oggetto è determinato tramite rinvio al contratto collettivo. Occorre dunque chiedersi se i principi costituzionali possano fungere da criteri per sindacare la legittimità della

<sup>32</sup> NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *RDC*, 2001, p. 779 ss.

<sup>33</sup> Posizione questa cui talvolta si associa il convincimento che i principi siano norme prive di fattispecie.

<sup>34</sup> Per tutti si rinvia a PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro*, oggi, FrancoAngeli, 2018.

clausola contrattuale. Ed, eventualmente, quali siano i criteri attraverso i quali il giudice può determinare la giusta retribuzione. Fino a che si faceva riferimento ai livelli retributivi stabiliti dal contratto collettivo, quest'ultimo fungeva da parametro per concretizzare il principio costituzionale.

Allorché però, per ragioni che qui non interessa indagare, quest'ultima fonte non sia più ritenuta affidabile, spetterà al giudice determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente, in assenza di un intervento del legislatore, attraverso una molteplicità di parametri<sup>35</sup>. Ove però una legge sul c.d. salario minimo intervenga, oppure ove sia lo stesso legislatore a individuare nel contratto collettivo la 'fonte' di determinazione della retribuzione ritenuta equa, non dovrebbe essere consentito al giudice sindacare la scelta operata dal legislatore.

In presenza, infatti, di una norma di legge ordinaria che abbia un certo significato, ci si può interrogare se esso sia coerente o quanto meno non contrario alla Costituzione e in caso di risposta negativa sollevare una questione incidentale di costituzionalità. Ma non si può invece, se è possibile dare alla disposizione un significato che sia compatibile con la Costituzione, e cioè non in contrasto con essa, disapplicare la norma di legge ordinaria per sostituire ad essa una regola ricavata dall'interprete sulla base della sua personale concretizzazione del principio costituzionale o della sua precomprensione soggettiva. Non lo consente infatti il nostro sistema accentrato di controllo di costituzionalità.

Come è stato di recente osservato<sup>36</sup> i principi costituzionali non servono solo ad ampliare le tutele, ma esigono il rispetto dei doveri e la ricerca di rimedi adeguati e coerenti con il sistema; il che vuol dire che l'interprete non può disapplicare la norma di legge ordinaria in base al solo convincimento che il principio non abbia ricevuto dal legislatore ordinario la massima concretizzazione possibile imponendosi anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore.

Si potrebbe obiettare che i principi costituzionali sono parte integrante dell'ordinamento e dunque non possono essere ignorati allorché si proceda alla applicazione della norma, convertendo il problema della applicazione diretta dei principi costituzionali in un problema interpre-

<sup>35</sup> E così infatti è avvenuto: Cass. 2 ottobre 2023 n. 27711 e n. 27769; Trib. Milano 11 dicembre 2023.

<sup>36</sup> D'AMICO, *Problemi (e limiti)*, cit.



tativo, e precisamente nel problema della interpretazione costituzionalmente orientata, strumento di cui si fa molto uso, ed abuso, nel diritto del lavoro.

Ma ove ad essa non voglia darsi il significato elementare e banale, secondo il quale tra due possibili interpretazioni, l'una conforme a Costituzione e l'altra no, debba scegliersi la prima, l'interpretazione costituzionalmente orientata sconta un vizio di fondo. E cioè che essa trascura che la norma costituzionale non è un criterio interpretativo, ma è un enunciato che a sua volta necessita di essere interpretato. Allorché si parla di interpretazione costituzionalmente orientata si suppone che le disposizioni costituzionali abbiano sempre e solo un unico significato che è anche il criterio alla luce del quale si procede alla interpretazione della disposizione di legge ordinaria. Tra le possibili varianti di senso ammesse dal tenore letterale della disposizione costituzionale se ne estrae una in particolare alla luce della quale viene attribuito un senso alla disposizione di legge ordinaria, o meglio, viene attribuito a quest'ultima il senso che l'interprete ritiene essere conforme ad un determinato assetto di interessi, finendosi così con invertire il processo interpretativo, perché si attribuisce alla norma costituzionale un significato tale da giustificare la interpretazione della disposizione di legge ordinaria.

Delle diverse possibilità di lettura delle disposizioni costituzionali costituisce un chiaro esempio la clausola della utilità sociale posta a limite della iniziativa economica privata<sup>37</sup> e suscettibile di interpretazioni e letture di sapore vagamente marxista e certamente ideologico, che la costruiscono come limite diretto alla iniziativa imprenditoriale (secondo la lettura di Ugo Natoli, ad esempio<sup>38</sup>), ma anche di letture di stampo completamente diverso e di impronta ordoliberal, più orientata al mercato, consapevole della funzione ordinatrice del diritto, e che ha identificato la tutela della concorrenza con l'utilità sociale<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Su cui, NIRO, *Art. 41*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, p. 849.

<sup>38</sup> Ma non solo, si veda ad esempio LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, 1983; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *ED*, Giuffrè, 1971.

<sup>39</sup> Al contributo di Niro, citato sopra alla nota n. 37, può aggiungersi anche quello di LIBERTINI, *Concorrenza*, in *ED*, Giuffrè, 2010, p. 216.

## 6. Il principio di effettività

Un secondo canone interpretativo è quello rappresentato dal principio di effettività<sup>40</sup>, termine soggetto peraltro a condizioni di uso diverse.

In un primo senso esso è utilizzato in diretta relazione con l'art. 24 Cost., e dunque non solo come garanzia della possibilità di ogni cittadino di adire l'autorità giudiziaria, bensì anche come individuazione delle misure, appunto i rimedi, in grado di garantire la massima soddisfazione ad un determinato interesse<sup>41</sup>.

In altri casi, specie nella giurisprudenza del lavoro, il termine viene utilizzato come mezzo per garantire che le sentenze, siano esse di accertamento o costitutive, siano poi effettivamente eseguite da chi è risultato soccombente<sup>42</sup>.

In altri casi ancora il termine viene utilizzato per evidenziare lo scollamento esistente tra realtà normativa e realtà effettuale, come avviene nel caso della subordinazione.

Ma anche in questo caso non sembra che si sia realizzato un superamento dello schema della fattispecie.

È affermazione assai comune e che risponde ad un diffuso convincimento quella secondo la quale la fattispecie della subordinazione sarebbe sfuggente e meritevole di essere superata, dal momento che non sarebbe più in grado di dare conto delle molteplici forme di prestazione di una attività lavorativa<sup>43</sup>.

Ma occorre distinguere almeno due piani, e cioè quello di un possibile futuro intervento del legislatore, e quello riferito alla attuale situazione. Dal primo punto di vista è probabilmente auspicabile un intervento che si allontani dal rigido schematico del Codice del 1942 e che sdrammatizzi la distinzione tra autonomia e subordinazione, soprattutto prevedendo delle tutele per i c.d. nuovi lavori.

<sup>40</sup> RAZZOLINI, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e diritto interno*, in *LD*, 2017, p. 447 ss.

<sup>41</sup> DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *EDP*, 2015, p. 706.

<sup>42</sup> In questo senso si veda ad esempio tutto il filone giurisprudenziale sulle cc.dd. "doppie retribuzioni" in caso di mancata ottemperanza alla sentenza che ha accertato la illegittimità della cessione di ramo di azienda.

<sup>43</sup> Si tratta come è noto di un tema ricorrente nel dibattito lavorista, su cui da ultimo TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, p. 367 ss.; PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, 2021.

Dal punto di vista invece del diritto attuale, va osservato che la fattispecie lavoro subordinato è sfuggente innanzitutto perché non esiste: non esiste, come è noto, una definizione della subordinazione o del contratto di lavoro subordinato, bensì solo una definizione di lavoratore subordinato. Così come è ampiamente noto come la fattispecie della subordinazione sia stata estratta dall'art. 2094 cod. civ. isolando alcuni indici desumibili dalla disposizione del codice civile combinandoli con il tipo sociale lavoratore subordinato<sup>44</sup>. Di qui la caratteristica della subordinazione come soggezione anche solo potenziale al potere direttivo del datore di lavoro.

Ma, si osserva, l'ordinamento conosce anche altre figure, quella ad esempio del collaboratore coordinato e continuativo presa in considerazione dall'art. 409 cod. proc. civ., e quella disciplinata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, del collaboratore c.d. "eterodiretto"; e si aggiunge che tale scelta sarebbe espressiva di un atteggiamento direttamente orientato all'effettività e cioè alla applicabilità di una certa disciplina al ricorrere di determinati elementi della fattispecie concreta.

Diversamente da quanto ritiene la Cassazione<sup>45</sup>, nel caso dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, non si è dinanzi ad una prospettiva rimediatale, ma solo ad una fattispecie diversa.

Se si ritiene che la subordinazione sia integrata dal fatto che la prestazione è unilateralmente organizzata dal datore di lavoro e se si ritiene che l'art. 2 faccia riferimento proprio a questo elemento allora dovrà concludersi o nel senso che la fattispecie introdotta dal legislatore nel 2015 coincide con quella dell'art. 2094 cod. civ., ed allora è nel giusto chi, come Paolo Tosi, ritiene che si sia dinanzi ad una norma apparente.

Oppure, come sembra preferibile, si deve prendere atto che in ogni caso l'art. 2 fa riferimento ad una fattispecie – o meglio ad un tipo contrattuale, che è quello del lavoro autonomo – e se essa appare essere dotata di caratteristiche che tracciano un confine labile con la fattispecie presa in considerazione dall'art. 2094 cod. civ., ciò è dovuto alla finalità antifrodatoria ed all'atteggiamento pragmatico del legislatore, che fa sì che ove le caratteristiche fattuali di un certo rapporto di lavoro si avvicinino (troppo) alla subordinazione, il legislatore, onde evitare possibili abusi, dispone direttamente l'applicazione della disciplina legale del lavoro subordinato.

<sup>44</sup> Ancora attuali le osservazioni di MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1966.

<sup>45</sup> Cass. 24 gennaio 2020 n. 1663.

Poi ci si può interrogare sul se gli indici identificativi della fattispecie lavoro subordinato mutino e se alle parole che compongono l'endiadi base della subordinazione "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore" debba attribuirsi sempre il medesimo significato.

Ma la subordinazione non può diventare un concetto ombrello, invertendo i termini del ragionamento ed ampliando l'ambito di applicazione dello statuto protettivo tipico del lavoratore subordinato a lavori la cui natura subordinata sia dubbia, per giungere poi alla conclusione che la fattispecie della subordinazione si sta modificando. La vicenda dei *riders* è emblematica da questo punto di vista: si ritiene che alcuni lavoratori necessitino di una protezione e si ritiene che questa protezione debba essere individuata sotto l'ombrello della subordinazione: tipico esempio di cattivo uso della prospettiva remediale da cui occorre guardarsi.

### **Abstract**

Muovendo dal libro di A. Zoppoli, l'A. sviluppa alcune brevi considerazioni sulla funzione svolta dai principi costituzionali nelle argomentazioni della dottrina del diritto del lavoro, con particolare riferimento alla applicazione diretta dei principi costituzionali ed alla perdurante importanza della tecnica interpretativa basata sulla centralità della fattispecie.

Starting from A. Zoppoli's book, the Author develops some brief remarks about the role played by constitutional principles in the arguments of labor law scholars, with particular reference to the direct application of constitutional principles and the continuing importance of the interpretative technique based on the centrality of the legal case.

### **Keywords**

Fattispecie, Tecnica rimediale, Principi costituzionali, Applicazione diretta della Costituzione, Effettività.

Legal case, Remedial technique, Constitutional principles, Direct application of the Constitution, Effectiveness.



**Corte di Cassazione 11 gennaio 2024 n. 1132 (ord.) – Pres. Leone, Rel. Boghetich**

**Retribuzione – Ccnl – Mensilizzazione – Modalità di calcolo della paga oraria – Orario di lavoro inferiore per i turnisti – Divisore uguale agli altri lavoratori o rapportato al minore orario di lavoro – Interpretazione del contratto collettivo.**

*Gli artt. 63 e 66 del ccnl per gli addetti all'industria delle piastrelle di ceramica e dei materiali refrattari del 28 luglio 2014, i quali stabiliscono il criterio della mensilizzazione della retribuzione e individuano un divisore di 173 per il calcolo della paga oraria, vanno interpretati nel senso che quest'ultimo parametro convenzionale deve essere impiegato per tutti i lavoratori, senza che occorra procedere a un suo riproporzionamento per quei dipendenti (come i turnisti) che osservano un orario di lavoro inferiore alle 40 ore settimanali e alle 173 ore mensili. (Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza impugnata, che aveva riconosciuto al lavoratore le differenze retributive asseritamente spettanti sulla base del ccnl citato, escludendo che la retribuzione oraria da detrarre da quella mensile per ogni ora di Cig dovesse essere calcolata applicando il divisore di 144, risultante dal riproporzionamento di quello di 173 all'orario di lavoro inferiore previsto per i turnisti come il ricorrente).*

★ ★ ★

## Giovanni Calvellini

### Orario, retribuzione e contratto collettivo: appunti a margine d'una recente pronuncia della Cassazione

**Sommario:** 1. Note su tempo e retribuzione oggi. 2. Una disciplina contrattuale bifronte. 3. Divisore orario e salario minimo. 4. Spinte verso la riduzione dell'orario di lavoro.

#### 1. Note su tempo e retribuzione oggi

Le trasformazioni socio-economiche in atto non smettono di generare tensioni nel binomio 'orario di lavoro-retribuzione'. Le dinamiche relazionali tra questi due elementi sono forse l'oggetto più classico degli studi sul lavoro nelle società industriali e post-industriali. Da Marx<sup>1</sup> in avanti non si è smesso di analizzare e mettere in discussione l'assetto che quel binomio andava via via assumendo sulla base dei rapporti di forza esistenti tra le parti in causa, poi canalizzatisi nelle relazioni tra attori collettivi e quindi nell'autonomia collettiva.

Ecco, il contratto collettivo: autorità salariale e fonte di riferimento della disciplina dell'orario di lavoro, da cui emerge la strettissima connessione tra i due elementi e la loro conseguente interdipendenza sul piano regolativo. Connessione che, beninteso, non implica imprescindibilità dogmatica del binomio, come dimostra la crescente attenzione verso forme di superamento – in tutto o in parte – dell'uso del tempo quale parametro per la valutazione dell'adempimento del lavoratore e per la misurazione del valore economico di scambio del lavoro<sup>2</sup>; ma connessione che, comunque la si pensi sul futuro

<sup>1</sup> MARX, *Il capitale*, Editori Riuniti, 1964, Libro Primo (ed. or. *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Dietz, 1867).

<sup>2</sup> Cfr. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra innovazioni tecnologiche e dinamiche sociali. Contributo e limiti del punto di vista giuridico*, in SANTAGATA DE CASTRO, MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, in *Quad. DLM*, 2022, n. 13, p. 87 ss.; ID., *Tra due crisi: tendenze di un decennio di contrattazione*, in *DRI*, 2021, p. 143 ss.; TURSÌ, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *DRI*, 2022, p. 464 ss.; BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori: il rapporto individuale di lavoro*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Campobasso, versione provvisoria, 2023, p. 68 ss., ed ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Campobasso, versione provvi-



del ruolo dei profili temporali nel lavoro, continua a essere senza dubbio la cifra caratterizzante dell'organizzazione e della remunerazione della manodopera nell'assoluta maggioranza degli scenari produttivi.

Proprio in quest'ultimo tipo di contesto si colloca la fattispecie da cui è scaturita la controversia decisa dall'ordinanza che si annota. Retribuzione mensilizzata, orario di lavoro fisso o articolato su turni<sup>3</sup>, salario orario: sono le parole-chiave di un contenzioso che non ha niente di quella tendenza al superamento del binomio classico e che avrebbe potuto presentarsi con le medesime caratteristiche anche trent'anni fa. Segnalando questo aspetto si vuole in particolare evidenziare come l'interessante e doveroso dibattito sul rinnovamento dei meccanismi retributivi<sup>4</sup>, così come la comprensibile tendenza di molti dei rinnovi contrattuali degli ultimi anni a destinare una fetta sempre più consistente delle risorse disponibili alla valorizzazione della produttività e al *welfare* aziendale, non debbano eclissare lo studio dei problemi e dei margini di miglioramento del sistema salariale tradizionale incentrato sul fattore-tempo, tutt'altro che superato sul piano pratico e solo apoditticamente nemico senza distinzioni della modernità.

soria, 2023, p. 42 ss. V. anche BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, sulla crisi del tempo-lavoro come oggetto di scambio contrattuale.

<sup>3</sup> Sull'organizzazione dell'orario di lavoro nella normativa italiana vigente v. *ex multis* RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005, p. 306 ss.; PUTATURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, 2005; LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT*, 2006, n. 40, p. 19 ss.; ALLAMPRESE, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, 2007, p. 341 ss.; FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008; BAVARO, VENEZIANI (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009; ICHINO, VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, Giuffrè, 2012, p. 38 ss.; FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 33 ss.; DELFINO, *Il lavoro notturno e a turni fra problemi teorici e questioni applicative*, in *ADL*, 2014, p. 50 ss., e SIOTTO, *L'organizzazione del lavoro in turni tra libertà e autorità*, in CALVELLINI, LOFFREDO (a cura di), *Il tempo di lavoro tra scelta e imposizione*, Editoriale Scientifica, 2023, p. 147 ss.

<sup>4</sup> Dibattito che deve comunque mantenere come punti fermi i vincoli di sistema che operano in materia. Si allude soprattutto (ma naturalmente non solo) all'art. 36 Cost., alla dir. 2022/2041 UE del 19 ottobre 2022 e alla dir. 2003/88 CE del 4 novembre 2003. Su quest'ultima v. in particolare C. Giust. 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones obreras c. Deutsche Bank SAE*, C-55/18, in questa rivista, 2019, p. 607, con nota di GENTILE, *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, p. 608 ss., la quale, sebbene si muova nella prospettiva della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, può avere implicazioni indirette anche sugli aspetti retributivi.

Dunque, riflettere sul tema della riduzione dell'orario di lavoro a parità di retribuzione o su quello del giusto salario minimo orario non significa riportare indietro il confronto tra le parti sociali e il dibattito scientifico. La pronuncia in commento, espressione – come detto – del ricorso a dinamiche retributive classiche e tuttora dominanti, invita a simili riflessioni. Dello stato dell'arte su questi punti occorrerà pertanto dar conto nelle pagine che seguono, non prima, però, di aver descritto e analizzato il contenuto della decisione che sollecita proprio una tale disamina.

## 2. *Una disciplina contrattuale bifronte*

Il caso portato all'attenzione della Cassazione riguarda dei lavoratori turnisti, dipendenti di un'azienda del distretto ceramico emiliano, a cui era applicato il ccnl per gli addetti all'industria delle piastrelle di ceramica e dei materiali refrattari sottoscritto da Confindustria Ceramica con tutte quante le sigle sindacali più rappresentative nel settore<sup>5</sup>. In esso, in particolare, la retribuzione è determinata in misura fissa mensile, secondo il criterio della c.d. mensilizzazione. A quest'ultimo si accompagna poi la previsione di un divisore di 173 per il calcolo del salario orario<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Codice alfanumerico Cnel: B122. Il ccnl è stato stipulato il 28 luglio 2014 e successivamente rinnovato con accordi del 16 novembre 2016 e 26 novembre 2020.

<sup>6</sup> Per comodità del lettore si trascrivono di seguito le due disposizioni del ccnl della cui interpretazione si discute nella controversia decisa con l'ordinanza in commento. Art. 63 ("Retribuzione oraria"): "La retribuzione oraria si ottiene dividendo la retribuzione mensile di fatto per 173". Art. 66 ("Modalità di corresponsione della retribuzione"): "1. Ai lavoratori che nel corso del mese avranno prestato la loro opera per l'intero orario contrattuale di lavoro verrà corrisposta l'intera retribuzione di fatto: questa sarà ugualmente corrisposta in caso di assenza per ... festività ..., ferie, congedo matrimoniale, permessi retribuiti compresi quelli contrattualmente previsti per lo svolgimento dell'attività sindacale. 2. Pertanto, con la retribuzione mensile si intende compensato il lavoro fino a 40 ore settimanali, nonché le festività, le ferie, il congedo matrimoniale, i permessi retribuiti con esclusione soltanto delle festività cadenti in domenica. 3. Ai lavoratori che nel corso del mese avranno prestato la loro opera per un orario inferiore alle quaranta ore settimanali, per cause diverse da quella sopraindicate, verrà detratta una quota pari ad 1/173 della retribuzione mensile per ciascuna delle ore non lavorate. 4. Per ore non lavorate si intendono quelle che si sarebbero prestate secondo l'intero orario contrattuale come se non ci fossero state festività. 5. In caso di distribuzione dell'orario di lavoro su un arco di più settimane come previsto al comma 16 dell'art. 21 (Orario di lavoro): ai lavoratori che, nel corso del mese, avranno prestato la loro opera per il particolare orario fissato in azienda o che si saranno assentati solo per cause che comportano il diritto alla retribuzione, verrà liqui-

Come noto, caratteristica della paga mensilizzata è quella di essere, da un lato, insensibile al variare da un mese all'altro del numero di ore lavorative e, dall'altro, indifferente rispetto a eventuali assenze con diritto alla retribuzione come quelle per ferie, festività, riposi giornalieri della madre o del padre, permessi sindacali. Quando invece capita che il lavoratore si assenti dal lavoro per cause che non prevedono il diritto alla retribuzione, dalla paga mensile deve essere detratto il valore contrattualmente attribuito alla singola ora di lavoro. A questo serve il divisore orario, che permette di determinare la quota di retribuzione da decurtare per ciascuna ora di assenza dovuta, ad esempio, a sciopero, congedo parentale, permessi per malattia del figlio, cassa integrazione.

Con l'ordinanza in commento la Cassazione è intervenuta proprio su un caso di prestazione parziale nel mese per effetto dell'ammissione a un periodo di Cig. Segnatamente, la controversia era nata dalla pretesa del datore di lavoro di calcolare per i lavoratori turnisti il valore orario della retribuzione da detrarre dalla paga mensile utilizzando un divisore di 144, anziché di 173; ciò sulla base di una lettura del disposto del ccnl secondo la quale si sarebbe dovuto fare applicazione del divisore più elevato in relazione ai soli lavoratori con orario contrattuale di 40 ore settimanali (cioè quelli "a giornata"), mentre per le altre tipologie di dipendenti con orario diverso e inferiore vi sarebbe stata la necessità di riproporzionamento del divisore al minor numero di ore contrattualmente stabilito. Essendo previsto per i turnisti un orario settimanale di 33,36 ore, il divisore – secondo la difesa datoriale – avrebbe pertanto dovuto essere rideterminato a 144.

L'effetto ultimo di questa ricostruzione della disciplina contrattual-collettiva è stato evidentemente quello di abbattere maggiormente la retribuzione relativa ai mesi in cui la prestazione lavorativa era stata parziale per l'intervento della Cig: d'altronde, tanto più basso è il divisore applicato, quanto più elevato è l'importo del salario orario da detrarre dalla retribuzione mensile per le ore non lavorate. Di qui la decisione del lavoratore di ricorrere alle vie legali chiedendo la condanna del datore al pagamento delle differenze retributive maturate.

data l'intera retribuzione mensile, intendendosi in tal modo compensate, oltre al lavoro prestato, anche le assenze retribuibili; ai lavoratori che, nel corso del mese, avranno prestato la loro opera per parte del particolare orario fissato in azienda o che si saranno assentati per cause che non comportano il diritto alla retribuzione, le detrazioni saranno effettuate in ragione di 1/173 della retribuzione mensile per ogni ora non lavorata o comunque non retribuibile...".

Più in generale è interessante osservare che la vicenda descritta ha innescato un contenzioso piuttosto ricco. E questo non solamente sul piano giudiziario, con diverse cause giunte fino in Cassazione<sup>7</sup>, ma anche a livello negoziale, dal momento che, “per superare i contrasti interpretativi”, con l’ultimo accordo di rinnovo depositato nell’archivio del Cnel<sup>8</sup> è stata prevista l’istituzione di una commissione tecnica paritetica con il compito di analizzare le modalità di calcolo delle detrazioni orarie in caso di assenza per cause che non comportano il diritto alla retribuzione.

Ora, tornando all’analisi del *decisum* e senza indugiare troppo nell’esame dei passaggi nei quali la Suprema Corte si confronta con l’interpretazione delle clausole del ccnl in questione, vale la pena evidenziare solo che da nessuna parte nel testo collettivo si fa esplicitamente cenno a un divisore ridotto o alla necessità di riproporzionamento di quello ordinario. Inoltre, le parti sociali avevano comunque concordato di compensare il minor orario di lavoro dei turnisti prevedendo r.o.l. e altri istituti analoghi per completare in modo figurativo l’orario (di 40 ore settimanali) dei lavoratori a giornata. La tesi del datore di lavoro si fondava quindi su fragili argomenti letterali e sugli “effetti distorti” che asseritamente avrebbe provocato l’applicazione del divisore di 173 – calibrato su un orario settimanale di 40 ore – ai lavoratori che, come i turnisti, avevano un orario di durata inferiore.

La Cassazione non ha incontrato allora particolari difficoltà nel motivare perché giudicasse priva di pregio la prospettazione datoriale, giungendo ad affermare “la valenza generalizzata del divisore 173, applicabile a tutti i rapporti indipendentemente dall’orario contrattuale osservato”. A puntellare gli argomenti letterali nell’ordinanza è poi ricostruita la *ratio* ispiratrice della previsione di un medesimo divisore a fronte di una durata dell’orario di lavoro diversificata tra categorie di lavoratori. In tale disciplina negoziale “più favorevole” per i turnisti viene infatti identificata dalla Cassazione una via che le parti firmatarie hanno voluto concordemente percorrere per “compensare ... la maggiore gravosità e penosità del lavoro a turni notoriamente implicante una maggiore incidenza sulla vita del soggetto ed una continua variabilità di orario”. Un vantaggio che, come anticipato, si tradurrebbe con-

<sup>7</sup> Oltre all’ordinanza in epigrafe, ci sono, in senso conforme e con motivazioni del tutto sovrapponibili, Cass. 20 dicembre 2023, nn. 35573 e 35607 (ord.) e Cass. 10 gennaio 2024, n. 965 (ord.), tutte quante in *DeJure*.

<sup>8</sup> Accordo di rinnovo del 26 novembre 2020.

cretamente nella detrazione dal salario mensile di una somma inferiore per ogni ora di assenza non retribuita dal servizio.

Si tratta di una lettura con la quale, se ci si limita a prendere in considerazione la *causa petendi* nel caso di specie, si deve certamente concordare. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che esiste il rovescio della medaglia, poiché la disciplina contrattuale di favore per i turnisti diviene per gli stessi penalizzante se si cambia prospettiva; se cioè si guarda al calcolo della paga dovuta per le ore di lavoro aggiuntivo (straordinario, supplementare e incrementi orari per effetto del ricorso alle clausole elastiche) e al computo delle maggiorazioni retributive spettanti nei medesimi casi di lavoro extra, oltre che per lavoro festivo e notturno e in tutte le altre ipotesi previste dalla normativa legale e contrattuale applicabile.

Quella di determinare la quota di retribuzione *da detrarre* per le assenze è infatti solo una delle funzioni che è chiamato ad assolvere il divisore; accanto ad essa vi è anche quella di individuare l'importo del salario orario da utilizzare come base di calcolo di voci retributive *da attribuire* al lavoratore. Ed è chiaro che, in questo secondo caso, la previsione di un divisore più elevato (nella specie, 173 anziché 144) implica per il lavoratore il riconoscimento di un trattamento salariale di importo inferiore. Addirittura, applicando un simile meccanismo, potrebbe configurarsi il rischio paradossale che un'ora di lavoro normale effettivamente dovuto sia di fatto retribuita meglio di un'ora di straordinario, maggiorazione inclusa<sup>9</sup>. Il che, se anche non è necessariamente fonte di criticità in punto di rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione<sup>10</sup>, di certo è incoerente con la detta *ratio* che, secondo la Cassazione, giustifica la previsione anche per i turnisti del divisore di 173 pur a fronte di un orario di lavoro più contenuto.

Particolarmente delicata è poi l'applicazione del sistema retributivo *de quo* al *part-time*. Occorre in proposito premettere che, nonostante anche per questo sotto-tipo contrattuale il lavoro a turni sia sempre stato ammesso espressamente alle condizioni ed entro i limiti stabiliti per quelle che oggi si

<sup>9</sup> Ipotizzando uno stipendio mensile di € 1.500, una maggiorazione per straordinario del 15% e orari di lavoro e divisori come quelli del caso *de quo*, si otterrebbero i seguenti valori orari:

- retribuzione per ora di lavoro normale:  $\text{€ } 1.500/144 = \text{€ } 10,41$ ;
- retribuzione per ora di lavoro straordinario:  $(\text{€ } 1.500/173) + 15\% = \text{€ } 9,97$ .

<sup>10</sup> Cfr. C. Cost. 22 novembre 2002 n. 470, in *RIDL*, 2003, II, p. 475 ss., con nota di MARINELLI, *Lavoro ferroviario, blocco dello straordinario e art. 36 Cost.*, p. 475 ss.

chiamano clausole elastiche, l'ultima riforma in materia, recependo un orientamento manifestatosi in giurisprudenza nel vigore del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, ha disposto che l'indicazione di durata e collocazione temporale della prestazione – la quale, come regola generale, dovrebbe essere “puntuale” già nel contratto – possa avvenire anche *per relationem*, e cioè “mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite” (art. 5, co. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81)<sup>11</sup>.

Ebbene, chiarito quindi che senza dubbio può presentarsi la fattispecie del turnista a tempo parziale, al fine di evitare il configurarsi di una discriminazione ai danni di questo lavoratore, è necessario che siano lui riconosciute le r.o.l. che spettano al turnista a tempo pieno, ancorché, naturalmente, riproporzionandone l'ammontare alla minor durata dell'orario di lavoro. Cosicché, il *part-timer* turnista dovrà essere assunto per un certo quantitativo di ore (in relazione al quale verrà riproporzionata la retribuzione mensile), ma prevedendo una inferiore durata effettiva della prestazione, compensata appunto dalle r.o.l. per completare l'orario contrattualmente previsto. Infatti, in caso contrario, cioè qualora il turnista a tempo parziale lavorasse esattamente le ore previste dal contratto di lavoro, si incorrerebbe in una discriminazione dello stesso, dal momento che la paga per ogni sua ora di lavoro effettivo sarebbe inferiore a quella riconosciuta al *full-timer* comparabile (ovvero quello con orario a turni).

Per chiarire questo punto, bisogna partire dal rilievo che, in base alla Parte V del Capitolo I del ccnl in questione, il riproporzionamento della retribuzione alla minor durata della prestazione lavorativa del *part-timer* deve avvenire utilizzando l'orario settimanale di 40 ore e il divisore di 173, indipendentemente dalla circostanza che egli lavori a giornata o a turni<sup>12</sup>. Ciò implica che, ove il turnista a tempo parziale esegua la prestazione esattamente per la durata indicata nel contratto individuale, ogni ora da lui effettivamente lavorata sarebbe retribuita meno dell'ora lavorata del turnista a tempo pieno, il cui orario di lavoro effettivo è di 33,36 ore settimanali.

<sup>11</sup> Sul dibattito in ordine al significato da attribuire a questa previsione sia consentito richiamare CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 267 ss., a cui si rinvia anche per gli ulteriori opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>12</sup> È previsto che la retribuzione mensile spettante al *part-timer* si ottenga applicando la formula “(RO x hs) / 40”, dove “RO” è la retribuzione ordinaria prevista per il tempo pieno e “hs” è il numero di ore settimanali concordato contrattualmente. La paga oraria deve invece essere conteggiata applicando alla retribuzione mensile come sopra calcolata il divisore risultante dall'applicazione della formula “(173 x hs)/40”.

Per esemplificare si consideri un salario mensile di € 1.500 per il tempo pieno e un *part-timer* turnista con 20 ore settimanali contrattuali. La sua retribuzione mensile, stando al ccnl, andrebbe così calcolata:  $(€ 1.500 \times 20) / 40 = € 750$ . Senonché, mentre le ore di lavoro effettivo nel mese del *full-timer* turnista sono 144, quelle del nostro *part-timer* sono 86,30<sup>13</sup>, registrandosi così una sensibile sproporzione – a vantaggio del primo – tra le retribuzioni riconosciute ai due lavoratori (€ 10,41 contro € 8,67 all'ora<sup>14</sup>). Ecco perché la necessità di evitare trattamenti discriminatori nei confronti dei turnisti a tempo parziale impone di tener conto del riproporzionamento delle r.o.l. nella determinazione contrattuale della durata della prestazione. Insomma, nell'esempio fatto, il *part-timer* assunto e retribuito per 20 ore settimanali dovrebbe avere un orario di lavoro effettivo di 16,48 ore<sup>15</sup>.

La Cassazione, nella sua decisione, non ha preso in considerazione – né era tenuta a farlo – queste diverse angolazioni su di un sistema retributivo negoziale che contempla una stessa retribuzione mensile con un medesimo divisore orario in relazione a orari di lavoro differenziati. Si tratta di possibili svantaggi e di cautele necessarie che fanno di quella esaminata una disciplina bifronte, di certo non produttiva di soli benefici per i turnisti.

### 3. Divisore orario e salario minimo

Come si è anticipato, la questione trattata dalla Cassazione sollecita alcune riflessioni in tema di giusta retribuzione, inserendosi nel ricco dibattito seguito all'emanazione della dir. 2022/2041 UE<sup>16</sup>, in quello – certamente più politico che scientifico – sull'introduzione di un salario minimo legale<sup>17</sup> e nelle analisi sulla portata e le implicazioni del sestetto di sentenze di legittimità dello scorso ottobre<sup>18</sup> sul ccnl per la vigilanza privata e i servizi fidu-

<sup>13</sup>  $86,30 : 173 = 20 : 40$ .

<sup>14</sup> Questi valori sono semplicemente il risultato della divisione dell'ammontare delle due retribuzioni mensili per il numero di ore effettive: € 1.500 / 144 h e € 750 / 86,30 h.

<sup>15</sup>  $16,48 : 20 = 33,36 : 40$ .

<sup>16</sup> V. per tutti ALBI (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Giappichelli, 2023.

<sup>17</sup> Cfr. CNEL, *Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*, 2023, reperibile in [www.cnel.it](http://www.cnel.it), e ZOPPOLI L., *Il salario minimo legale: un vecchio nodo che viene al pettine nel modo sbagliato*, in *LDE*, n. 3/2023.

<sup>18</sup> Cass. 2 ottobre 2023 nn. 27711, 27713 e 27769 e Cass. 10 ottobre 2023 nn. 28320, 28321 e 28323, tutte in *RGL*, 2023, II, p. 497 ss., sulle quali v. i primi commenti di BRONZINI, *Il con-*

ciari<sup>19</sup>. Si deve d'altronde constatare come alla base di ogni ragionamento in materia non vi sia la retribuzione mensile, ovvero quella solitamente stabilita dai ccnl attraverso il metodo della mensilizzazione, bensì, naturalmente, la paga oraria.

Nell'economia di questo scritto non è possibile ricostruire neppure sommariamente i punti fermi e i profili più discussi di un dibattito, quello sulla garanzia del giusto salario *ex art. 36, co. 1, Cost.*, lungo quanto la storia della Repubblica<sup>20</sup> e oltretutto infiammatosi negli ultimi tempi anche a causa del dilagare del fenomeno del lavoro povero. Ci si limiterà quindi a rilevare che, secondo il diritto vivente, il cuore della verifica richiesta al giudice è costituito dal raffronto tra la retribuzione oraria effettivamente percepita dal lavoratore (anche in applicazione di contratti collettivi cc.dd. *leader*, come ha precisato da ultimo la giurisprudenza di legittimità) e quella minima ai sensi della Costituzione (o della legge, ove mai si decidesse di intervenire in questo senso). Fin qui nulla da dire; a determinare grande incertezza è piuttosto il passaggio logico successivo riassumibile nel seguente interrogativo: come quantificare il salario minimo costituzionale?

Su questo punto bisogna guardare alle sei pronunce autunnali della Cassazione, di cui si deve però come minimo mettere in dubbio l'efficacia nomofilattica in proposito<sup>21</sup>, non sembrando esse in grado di garantire l'uniforme interpretazione del diritto a un'equa retribuzione. Molti sono gli indici sui quali la Corte ritiene possa essere argomentata la *pars destruens* (cioè, per l'appunto, la verifica di conformità della retribuzione percepita al minimo costituzionale) del giudizio di adeguatezza. Oltre al trattamento retributivo stabilito dai ccnl di settori affini o per mansioni analoghe, a titolo puramente

*tributo della Corte di cassazione per risolvere il tema dei "salari indecenti", BARBIERI, Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza, TREU, Ancora sul salario minimo, VALENTE, Salario minimo: un conflitto istituzionale, tutti in LDE, n. 3/2023; ANDREONI, La giusta retribuzione secondo la Cassazione, in Newsletter RGL, 2023, n. 10; BAVARO, "Adeguate", "sufficiente", "povero", "basso", "dignitoso": il salario in Italia fra principi giuridici e numeri economici, in RGL, 2023, I, p. 510 ss.; LASSANDARI, La Suprema Corte e il contratto collettivo: alla ricerca dell'equa retribuzione, in RGL, 2023, I, p. 531 ss.; CARABELLI, Considerazioni sull'interpretazione dell'art. 36, c. 1, Cost., in RGL, 2023, I, p. 647 ss.; DE LUCA TAMAJO, Le retribuzioni insufficienti: l'intervento legislativo, la via giudiziale, la sede contrattuale-collettiva, in RIDL, 2023, III, p. 71 ss., e BELLOMO, Giusta retribuzione e contratto collettivo tra costituzione e diritto europeo, in AmbienteDiritto.it, 2024, n. 1.*

<sup>19</sup> Codice Cnel: HV17.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 21 febbraio 1952 n. 461, in RGL, 1952, II, p. 95 ss.

<sup>21</sup> Per delle critiche sotto vari profili v. BAVARO, "Adeguate", "sufficiente", "povero", cit., spec. p. 518 ss.



indicativo e non tassativo sono individuati la soglia di povertà assoluta calcolata dall'Istat, l'importo della Naspi o della Cig, la soglia di reddito per l'accesso alla pensione di inabilità e l'importo del reddito di cittadinanza; e ancora gli indicatori valorizzati nella dir. 2022/2041/UE per orientare la valutazione degli Stati membri circa l'adeguatezza dei salari minimi legali (60% del salario mediano e 50% del salario medio).

Ebbene, la Corte chiarisce che il livello Istat di povertà assoluta costituisce la “soglia minima invalicabile” e che esso, la Naspi, la Cig, il reddito di cittadinanza e il reddito per ottenere la pensione di inabilità – prendendo in considerazione solo i bisogni essenziali senza essere proiettati a una vita libera e dignitosa – non sono di per sé indicativi del raggiungimento del livello del salario minimo costituzionale; al di là di questo, però, lascia al giudice “una ampia discrezionalità nella determinazione della giusta retribuzione potendo [egli] discostarsi (in diminuzione ma anche in aumento) dai minimi retributivi della contrattazione collettiva e potendo servirsi di altri criteri di giudizio e parametri differenti da quelli collettivi (sia in concorso, sia in sostituzione), con l'unico obbligo di darne puntuale e adeguata motivazione rispettosa dell'art. 36 Cost.”.

Ora, anche volendo sorvolare sulle numerose criticità che solleverebbe l'utilizzo di alcuni di quei parametri<sup>22</sup>, è chiaro che essi costituiscono standard tra loro molto differenti e, dunque, che gli spazi di manovra lasciati al giudice rischiano di generare tensioni nient'affatto trascurabili con il principio della certezza del diritto, come testimoniano, peraltro, le prime decisioni di merito attuative di questo indirizzo. Abbiamo infatti il Tribunale di Bari che, oltre a verificare quanto previsto da altri contratti collettivi per mansioni analoghe, ha utilizzato la soglia Istat di povertà, l'importo del reddito di cittadinanza e quello dell'offerta di lavoro “congrua” ex d.l. 28 gennaio 2019, n. 4<sup>23</sup>; la Corte d'Appello di Firenze che si è avvalsa, invece, della sola soglia di povertà<sup>24</sup>; la

<sup>22</sup> Ad esempio, la soglia Istat di povertà – l'indice finora più utilizzato nelle decisioni di merito che hanno seguito le sentenze di ottobre – esprime un valore (netto) riferito alla famiglia ed è differenziata sulla base di diverse variabili (contesto territoriale, numero dei componenti del nucleo familiare, età degli stessi, etc.). Non c'è bisogno di specificare i motivi per cui un confronto con l'entità della retribuzione (ancorché considerata al netto delle ritenute fiscali e previdenziali) non è metodologicamente – oltre che giuridicamente – corretto.

<sup>23</sup> Trib. Bari 13 ottobre 2023, in *Newsletter Wikilabour*, 2023, n. 18.

<sup>24</sup> App. Firenze 22 dicembre 2023, inedita a quanto consta. In App. Firenze 28 marzo 2023, in *Newsletter RGL*, 2023, n. 4, precedente al sestetto della Cassazione ma in linea con quanto in esso poi affermato, si faceva uso del parametro del costo della vita.

Corte d'Appello di Milano che ha richiamato il valore del reddito che consente l'accesso al gratuito patrocinio, nonché, ancora, la soglia di povertà e l'importo del reddito di cittadinanza<sup>25</sup>.

In tutti e tre i casi, poi, la rideterminazione del salario dovuto (*pars construens* del giudizio di adeguatezza) è avvenuta applicando un diverso contratto collettivo. Ma, come si diceva, ciò che più colpisce è che la nullità della clausola retributiva di un ccnl sia stata accertata sulla base di indici piuttosto differenti (e forse anche inadatti a quel fine); circostanza che, se non presenta particolari problemi quando la retribuzione è marcatamente inadeguata, si rivela invece critica in relazione a un'eventuale zona grigia.

Ad ogni modo, un problema tecnico che si pone nel giudizio di adeguatezza per come delineato dalla Cassazione deriva dall'esigenza di calcolare il valore orario tanto della retribuzione percepita dal lavoratore quanto del parametro di volta in volta utilizzato, essendo che per entrambi il dato di partenza è rapportato al mese. A questo punto entra in gioco il divisore orario. Ma quale?

La risposta non può ovviamente essere la stessa per tutti i casi. La *summa divisio* deve essere tracciata tra gli importi dei trattamenti retributivi stabiliti da contratti collettivi e tutto il resto. Quando si tratta di valori di indicatori statistici o di prestazioni previdenziali/assistenziali, infatti, non si può che fare riferimento a un divisore puramente teorico rapportato alle 40 ore settimanali che la legge prevede come durata normale dell'orario di lavoro. Così, ad esempio, il valore orario della soglia di povertà per una famiglia di un solo componente tra i 18 e i 29 anni che vive in una grande città in una determinata regione si ottiene dividendo per 173<sup>26</sup> l'importo mensile calcolato dall'Istat per quella fattispecie<sup>27</sup>.

Per la retribuzione stabilita da un contratto collettivo, sia essa quella corrisposta al lavoratore e tacciata di inadeguatezza oppure quella determinata da altro ccnl che si vuole usare a fini parametrici, sembra invece ragionevole applicare il divisore indicato dalla stessa fonte negoziale, in quanto proporzionato all'eventuale minore orario di lavoro in essa previsto. Il caso deciso dalla pronuncia in epigrafe ci dimostra, però, che può verificarsi che il ccnl,

<sup>25</sup> App. Milano 3 gennaio 2024, in *Newsletter RGL*, 2024, n. 2.

<sup>26</sup> (40 ore settimanali x 52 settimanale all'anno) / 12 mesi.

<sup>27</sup> Nel 2022 era di € 1.175,07 in Lombardia e di € 764,37 in Calabria; € 6,79 all'ora contro € 4,42.

nonostante riduca la durata normale della prestazione, non rimoduli proporzionalmente il divisore. Viene dunque naturale chiedersi, di fronte a una simile circostanza, quale sia il divisore da usare nell'ambito di un ipotetico giudizio di adeguatezza: quello convenzionale o quello proporzionale all'orario di lavoro ridotto?

La soluzione al dilemma va trovata – secondo chi scrive – nell'approccio teleologico adottato dalla Cassazione nelle sentenze dello scorso ottobre. Se cioè “nell'ambito dell'operazione di raffronto tra il salario di fatto e quello costituzionale il giudice è tenuto a effettuare una valutazione coerente e funzionale allo scopo”, bisognerà giocoforza prediligere un'interpretazione della fattispecie concreta orientata all'effettività e, dunque, rideterminare il divisore in ragione dell'orario di lavoro inferiore (nel caso *de quo*, per i turnisti, 144, e non 173).

#### 4. *Spinte verso la riduzione dell'orario di lavoro*

Merita qualche considerazione finale anche un altro argomento che si trova sullo sfondo dell'ordinanza in commento: la riduzione dell'orario di lavoro a parità di retribuzione. Un tema, anche questo antichissimo, se si considera che i primi interventi normativi in materia rappresentano il vero “atto di fondazione del diritto del lavoro”<sup>28</sup> nell'Ottocento.

Dopo qualche decennio ai margini, soppiantata dal dibattito sulla flessibilità temporale della prestazione, la rivendicazione di un orario lavorativo più corto torna al centro del tavolo<sup>29</sup>. In Europa e nel mondo si stanno moltiplicando le esperienze di riduzione dell'orario con le quali si tenta di mettere in discussione i pregiudizi sui rischi di contrazione della produttività<sup>30</sup>.

Anche in Italia qualcosa in proposito si muove, sia a livello di autonomia

<sup>28</sup> SUPLOT, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del “tempo di lavoro”)*, in *LD*, 1997, p. 15.

<sup>29</sup> Si può individuare simbolicamente nel Protocollo Scotti del 1983, con il quale si chiede che con i rinnovi contrattuali successivi si provveda tanto a una riduzione dell'orario quanto alla determinazione dei criteri per una maggiore flessibilità temporale, il momento in cui quest'ultimo tema inizia a subentrare al primo come oggetto privilegiato del dibattito in materia.

<sup>30</sup> Ne citano alcune VARVA, ... *e se fosse “smart” lavorare soltanto quattro giorni alla settimana?*, in *LLI*, 2022, I, p. 31 ss. e ALIFANO, *Settimana lavorativa di quattro giorni: al via la sperimentazione in Belgio*, in *Boll. ADAPT*, n. 3/2024.

collettiva che nel dibattito politico-legislativo. Gli unici risultati concreti, però, per il momento, si registrano nella contrattazione aziendale, che ha già prodotto alcuni accordi sulla “settimana lavorativa corta”. Ora, va detto che con questa espressione, in verità, si fa riferimento a schemi orari molto eterogenei, che, peraltro, possono anche non prevedere una significativa riduzione dell’orario di lavoro<sup>31</sup>. Così, a fronte dei contratti integrativi di Luxottica e Lamborghini che eliminano un certo numero di giornate lavorative nell’anno (tra le 20 e le 31, a seconda dei casi) a parità di orario giornaliero e senza impatto sulla retribuzione, si ha l’accordo decentrato di Intesa Sanpaolo in base al quale ai dipendenti è offerta la possibilità di lavorare a salario invariato 9 ore su 4 giorni settimanali anziché le canoniche 7,30 ore su 5 giorni<sup>32</sup>.

È indubbio, comunque, che si abbiano sul punto segnali di vivacità della contrattazione aziendale, desiderosa di sperimentare soluzioni innovative con le quali provare a restituire tempo alla persona che lavora senza sacrificare i livelli di produttività. Di riduzione dell’orario di lavoro si inizia però a (ri)parlare anche nei negoziati per i rinnovi dei ccnl. In realtà, come dimostra il caso affrontato dall’ordinanza in epigrafe, il tema non è mai stato del tutto trascurato dalla contrattazione nazionale, ma è stato spesso trattato solo in relazione al lavoro a turni o a fattispecie analoghe. Nell’ipotesi di piattaforma presentata da Fiom, Fim e Uilm per il rinnovo del ccnl per l’industria metalmeccanica<sup>33</sup> si chiede invece di avviare una fase di sperimentazione con l’obiettivo di raggiungere progressivamente una riduzione generalizzata dell’orario di lavoro a 35 ore settimanali<sup>34</sup>. Nel testo, peraltro, si fa esplicito richiamo alle riduzioni e rimodulazioni dell’orario già realizzate dalla contrattazione di secondo livello di cui si suggerisce l’estensione e il consolidamento nel ccnl “per dare coerenza e uniformità all’industria metalmeccanica ..., anche al fine di migliorare la qualità e l’attrattività nei confronti delle giovani generazioni”. Com’è ovvio, l’eventuale intervento del contratto di categoria sarebbe in ogni caso metodologicamente e qualitativamente diverso

<sup>31</sup> V. l’elenco esemplificativo stilato da ESPOSITO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>32</sup> Cfr. PORCHEDDU, *Smart working e “settimana corta” in Intesa Sanpaolo: un esempio di “transizione digitale” negoziata*, in *DRI*, 2023, p. 852 ss.

<sup>33</sup> Codice Cnel: COII.

<sup>34</sup> Sulla vigente disciplina contrattuale v. LECCESE, *Art. 5 - Orario di lavoro. Commento*, in BAVARO, FOCARETA, LASSANDARI, SCARPELLI (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Futura, 2023, p. 434 ss.

da quelli sinora messi in atto a livello decentrato. Tuttavia, il fatto che da quest'ultimo sembri emergere l'esigenza di riprendere in mano la materia deve spingere le parti della contrattazione nazionale a valutare nei vari settori l'opportunità di intervenire con un rinvio "disciplinato" agli accordi di secondo livello oppure con una regolamentazione di base che si applichi anche laddove la contrattazione aziendale non si sviluppa.

Quel che è sicuro, in ogni caso, è che la questione è tornata centrale e che la competenza a trattarla non può che appartenere all'autonomia collettiva. In questa direzione, per l'appunto, è orientata anche una proposta di legge su "la riduzione dell'orario di lavoro mediante accordi definiti nell'ambito della contrattazione collettiva" presentata nel marzo 2023 alla Camera<sup>35</sup>. Ora, a parte il rilievo della ritrovata attenzione della politica per l'argomento, bisogna dire che sotto il profilo tecnico e contenutistico il documento non spicca. In esso troviamo un rinvio meramente formale alla contrattazione collettiva per ridurre fino a 32 ore la durata normale dell'orario<sup>36</sup> e un discutibile percorso di partecipazione diretta dei lavoratori per la regolamentazione della materia senza la mediazione sindacale<sup>37</sup>. L'unico profilo che merita di essere evidenziato è la previsione di un esonero contributivo per la quota di retribuzione corrispondente alle ore di lavoro tagliate, quale misura sperimentale finalizzata a incentivare l'adozione di un modulo orario ridotto. Una misura che potrebbe contribuire a dissolvere una parte delle persistenti resistenze alla riduzione dell'orario di lavoro a parità di salario e, pertanto, a favorire nuovi e innovativi percorsi negoziali in materia.

<sup>35</sup> Atto Camera n. 1000, primo firmatario On. Conte.

<sup>36</sup> Trattandosi di rinvio in funzione esclusivamente migliorativa della disciplina legale le parti sociali potrebbero intervenire in quel senso anche se non fossero espressamente chiamate a farlo dal legislatore.

<sup>37</sup> Almeno il 20% dei lavoratori o il datore di lavoro possono presentare una proposta di contratto per la riduzione dell'orario che viene sottoposta a referendum. All'eventuale esito positivo di questo la proposta si intende approvata, ferma restando la necessità anche dell'assenso del datore ove essa provenga dai lavoratori.

**Keywords**

Orario di lavoro, Retribuzione, Divisore orario, Contratto collettivo, Interpretazione.

Working time, Wage, Hourly divisor, Collective bargaining, Interpretation.

Tribunale di Ravenna 27 settembre 2023 (ord.) – Giud. Bernardi

**Licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo – sanzioni ex art. 3, co. 2, d.lgs. 23/15 – tutela esclusivamente indennitaria – questione di costituzionalità non manifestamente infondata.**

*Non è manifestamente infondato, ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 24, 35, 41 Cost., il sospetto di illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2 d.lgs. 23/15, nella parte in cui non prevede l'applicazione della tutela reintegratoria al licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo per insussistenza del fatto.*

★ ★ ★

## Vincenzo Luciani

### È incostituzionale la disciplina del licenziamento economico del lavoratore assunto a “tutele crescenti”?

**Sommario:** **1.** Il quadro normativo e la disposizione oggetto dell’ordinanza. **2.** Le censure del Tribunale che non convincono. **3.** Le censure condivisibili: il rischio di una qualificazione fittizia e i suoi effetti.

#### 1. *Il quadro normativo e la disposizione oggetto dell’ordinanza*

Prima di ripercorrere la ricca e articolata pronuncia del Tribunale di Ravenna è opportuno ricostruire brevemente il contesto normativo in cui è collocata la norma (art. 3, co. 2, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23) che secondo il giudice presenta gravi e molteplici profili di incostituzionalità<sup>1</sup>.

Il provvedimento stigmatizza lo “scatto liberista” realizzatosi con il d.lgs. n. 23/15, che rappresenta il salto in avanti più estremo del processo di allentamento delle tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

Nel percorso che porta alle riforme del 2012 e del 2014/2015 – la prima, attuata con la l. 28 giugno 2012 n. 92, che ha profondamente novellato l’art. 18 St. lav., la seconda invece realizzata con la l. delega 10 dicembre 2014 n. 183 e il d.lgs. n. 23/2015 – c’è una evidente reviviscenza di una visione complessiva liberista, secondo la quale le garanzie apprestate a tutela dei lavoratori, anche considerata la lunga fase di crisi, possono rappresentare un freno alle decisioni aziendali di aumentare i propri organici e quindi di creare nuova occupazione<sup>2</sup>.

La legge del 2012 e, più decisamente, l’intervento del 2015, traducono questa visione riuscendo a scalfire e poi abbattere un totem considerato fino ad allora intoccabile, l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori: entrambe le riforme ruotano intorno alla logica di fondo che non tutti i licenziamenti illegittimi

<sup>1</sup> Per un commento a Trib. Ravenna v. FERRARESI, *Licenziamento per motivo oggettivo ed esclusione della reintegrazione: il d.lgs. n. 23/2015 di nuovo alla Consulta*, in *ADL*, 2024, II, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Tra i primi ICHINO, *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, 2011; *contra* ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CDSLE “M. D’Antona”*.It, n. 377/2018; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CDSLE “M. D’Antona”*.It, n. 259/2015.



sono uguali. La tutela reintegratoria non viene eliminata, ma l'obiettivo è di farne uno strumento da utilizzare solo come *extrema ratio*, riservata alle violazioni del datore di lavoro più gravi, consentendogli negli altri casi di potere interrompere il rapporto di lavoro, previo pagamento di un costo.

Il d.lgs. n. 23/2015, che costituisce la punta più avanzata del progetto di politica del diritto inaugurato nel 2012, sottrae dal campo di applicazione della tutela reale sia i casi di condotte per le quali il contratto collettivo prevede sanzioni conservative e, soprattutto, lascia privo di tutela reintegratoria il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Questo quadro normativo viene solo marginalmente ritoccato nel 2018 dal c.d. Decreto dignità (d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018 n. 96) che, pur lasciando inalterato il campo di applicazione delle tutele, nella materia dei licenziamenti aumenta la misura dell'indennizzo spettante al lavoratore assunto dopo il 7 aprile 2015 e illegittimamente licenziato<sup>3</sup>.

Tuttavia l'intento del legislatore di relegare ad eccezione la sanzione reintegratoria è stato praticamente disinnescato dalle Corti superiori: dalla Corte di cassazione, che sia nell'area del recesso per motivi disciplinari sia nel licenziamento economico, ha fornito interpretazioni che hanno avuto l'effetto di estendere decisamente l'ambito di applicazione della tutela reale, ma soprattutto dalla Corte costituzionale, che ha frenato ancora più decisamente la fuga in avanti liberista<sup>4</sup>.

Alle decisioni della Consulta dell'8 novembre 2018, n. 194 e del 24 giugno 2020, n. 150, si deve la dichiarazione di incostituzionalità (in violazione

<sup>3</sup> Secondo l'art. 3, co. 1, d.l. n. 87/2018, che modifica l'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, in caso di licenziamento illegittimo per assenza di giusta causa e di giustificato motivo la misura dell'indennizzo spettante al lavoratore è sempre pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque "non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità" (prima della modifica i valori erano 4/24).

<sup>4</sup> Da ultimo sull'argomento NUZZO, *Il giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale*, in *DLRI*, 2023, p. 247 ss.; GHERA, *la disciplina dei licenziamenti individuali all'ennesimo vaglio della Corte costituzionale (sentenze n. 125/22 e 183/22)*, in *MGL*, 2023, p. 510 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento e le Alte Corti*, in *LDE*, 2023, n. 2; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto "vivente"*, *ivi*; RAIMONDI, *I licenziamenti: il ruolo della giurisprudenza della Corte costituzionale nella cornice delle tutele*, *ivi*; SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, *ivi*; DI MEO, *La (tortuosa via della) stabilità del lavoro nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *RIDL*, 2023, I, p. 243 ss.; ZOPPOLI I., *Il recesso responsabile del creditore nei contratti di lavoro*, FrancoAngeli, 2022, p. 133.

soprattutto dell'art. 3 Cost.) di una rigida e predeterminata quantificazione dell'indennizzo e conseguente bocciatura di un meccanismo ancorato automaticamente all'anzianità di servizio.

Con riferimento all'art. 18 (come riformato dalla l. n. 92/2012) un significativo ridimensionamento, da parte del giudice costituzionale, è scaturito dalla sentenza n. 59 del 2021 che, relativamente alle sanzioni da applicare in caso di licenziamento economico, ha vanificato la scelta del legislatore del 2012 di rimettere alla discrezionalità del giudice di decidere se ricostituire il rapporto in caso di vizio conclamato: dopo l'intervento della Corte, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, se il datore di lavoro adotta un recesso sulla base di un fondamento fattuale del tutto inesistente, il giudice non può più scegliere di non applicare la tutela reale, ma "deve" disporre la reintegra nel posto di lavoro. In tale caso il giudice costituzionale si erge a "sentinella" di una protezione che considera l'unica ragionevole a tutela del lavoratore in caso di esercizio arbitrario del potere di licenziamento e nella medesima decisione, come si dirà (par. 3), si sofferma su uno dei profili analizzati nell'ordinanza in commento, offrendo una esauriente risposta ad uno dei dubbi sollevati dal Tribunale di Ravenna.

Un ulteriore argine alle ragioni economiche sottese agli interventi riformatori si deve alla sentenza n. 125 del 2022, che ha eliminato l'aggettivo "manifesto" dall'art. 18 l. n. 300/1970 nella parte in cui consente l'accesso alla reintegra solo in caso di insussistenza delle ragioni poste a base del recesso per motivi oggettivi: il termine abrogato mirava a consentirne il godimento solo innanzi a decisioni datoriali palesemente pretestuose, ma la Corte ha ritenuto l'aggettivo irrazionale ed evanescente, precisando che la sussistenza di un fatto non si presta a gradazioni in chiave di evidenza fenomenica.

L'ultimo segmento – ma probabilmente non ancora finale – di questo processo di rafforzamento della tutela reale, nell'ambito di nuovo del d.lgs. n. 23/2015, è rappresentato dalla recente sentenza n. 22 del 2024, con la quale la Consulta ha dichiarato illegittimo l'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui stabilisce che la tutela reale piena si applichi ai casi di licenziamenti illegittimi per nullità "espressamente" prevista dalla legge. Secondo il giudice delle leggi la disposizione è illegittima per eccesso di delega, in quanto l'art. 1, co. 7, della l. n. 183/2014, che sancisce il principio da applicare, si limita a prevedere che il diritto alla reintegrazione debba essere riconosciuto "ai licenziamenti nulli e discriminatori nonché a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare"; pertanto, secondo la Consulta, mancando qualsiasi

specificazione nella legge delega, è illegittima la regola attuativa che ammette la tutela reale solo per i provvedimenti illegittimi per nullità esplicitamente sancita dalla legge, in quanto la l. n. 183/2014 riconosce il diritto alla reintegrazione anche nei casi di nullità per violazione di norma imperativa, ancorché manchi la previsione ‘espresa’ di nullità.

In questo quadro che, attraverso le interpretazioni delle Corti superiori ha spostato in una direzione ben più garantistica la linea di confine tra tutela reale e tutela obbligatoria ed ha decisamente aumentato l’efficacia sanzionatoria dello strumento indennitario, quindi nel contesto di un ‘diritto vivente’ che ha praticamente rinnegato la matrice liberista, appare ancora più evidente la distonia della scelta drastica del *jobs act* di abolire il doppio regime sanzionatorio e di non offrire nessuna possibilità di tutela in forma specifica al lavoratore che venga licenziato per motivi economici.

Su questa scelta è veementemente critico il Tribunale di Ravenna che si prodiga in un vero e proprio inno alla tutela reale, da cui muove una censura serrata all’art. 3, co. 2, del d.lgs. 23/15 nella parte in cui prevede che, in caso di licenziamento economico illegittimo, la sanzione da applicare sia sempre indennitaria, a meno che l’illegittimità non derivi da motivo illecito o discriminatorio; solo in quest’ultimo caso si applica la reintegra piena (art. 3, co. 1: ripristino del rapporto e pagamento di tutte le retribuzioni perse). Tuttavia, non è superfluo ricordare che per rientrare nel campo di applicazione del primo comma gli oneri probatori si invertono, in quanto sarà il lavoratore a dovere offrire la dimostrazione (tutt’altro che agevole) che il provvedimento estintivo si basa su motivi illeciti (unici e determinanti).

Uno dei nodi della normativa in esame attiene proprio al profilo probatorio: nel quadro normativo apprestato dal legislatore del 2015, al datore di lavoro è consentito sottrarsi alla sanzione del risarcimento in forma specifica in sostanza assegnando al provvedimento estintivo una mera qualificazione in senso economico che, pur in mancanza di qualsiasi corrispondenza alla realtà, consente di sottrarsi agli oneri probatori *ex art. 5 l. 15 luglio 1966 n. 604* e permette di estinguere per sempre il rapporto, con applicazione di una sanzione meramente economica. Il giudice ravennate riporta un lungo elenco di norme costituzionali che verrebbero violate dall’art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (artt. 1, 2, 3, 4, 24, 35, 41, 117 co. 1 in relazione all’art. 24 della Carta Sociale Europea): nei paragrafi che seguono si sintetizzeranno gli argomenti, iniziando dai passaggi della decisione che, secondo chi scrive, non sono condivisibili.

## 2. *Le censure del Tribunale che non convincono*

C'è un profilo, relativo alla tecnica di redazione dell'ordinanza di remissione della questione di legittimità costituzionale, che solleva una prima perplessità: il Tribunale indirizza i propri strali nei confronti unicamente dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, senza spendere un solo passaggio sulla legge delega, cui spetta indiscutibilmente la paternità del principio stigmatizzato dal giudice. Nell'art. 1, co. 7, lett. c), si impone al Governo/legislatore delegato di escludere per "i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento".

È evidente che il tenore del principio non lasciava margini al legislatore delegato e una scelta nella direzione indicata dal Tribunale sarebbe stata agevolmente censurata per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost. La ordinanza di remissione avrebbe dovuto necessariamente includere, nell'esame della questione, la riportata disposizione della legge delega, per cui tale omissione rischia di vanificare tutti gli sforzi che il Tribunale profonde nello stigmatizzare la disposizione contenuta nel decreto legislativo<sup>5</sup>. Andando nel merito, il Tribunale, per conseguire il proprio obiettivo demolitorio, si incarica di effettuare un autentico panegirico della tutela reale, ricorrendo ad argomentazioni su cui tuttavia la Corte costituzionale si è già ampiamente spesa e dilungata, in particolare nella sentenza n. 194/2018 (sovente citata dal Tribunale), con principi poi ripresi e ribaditi con la più recente pronuncia n. 7/2024.

Il Tribunale intravede un'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che beneficiano della tutela *ex art.* 18 l. 300/70 nonché nel confronto con i contraenti di obbligazioni civili che possono far valere, come strumento generale (ed anzi privilegiato) il risarcimento in forma specifica (artt. 1453 e 2058 cod. civ.).

La tesi di fondo del Tribunale è che, pur rappresentando la tutela in-

<sup>5</sup> In senso dubitativo MUSELLA, *L'insostenibile irragionevolezza del Jobs Act*, in *Labor*, 14 Febbraio 2024, secondo cui la Consulta potrebbe ritenere che la pronuncia nel merito si estenda anche alla legge delega.

dennitaria un'opzione che il legislatore può adottare nell'attuazione delle sue scelte discrezionali, tuttavia, in più punti della decisione, aggiunge un corollario, vale a dire che è sospetto di incostituzionalità un sistema che non affianchi al rimedio indennitario anche misure restitutorie “in quanto necessario a compensare danni che il rimedio monetario – fornito di un tetto massimo – non riesce a soddisfare”. In sostanza, osserva il Tribunale, solo “il concorso sinergico dei due rimedi – unitamente ad un modello processuale estremamente rapido – permette di ‘contenere’ i danni (sia patrimoniali che non patrimoniali) e di risarcire la perdita complessiva del lavoratore in modo adeguato”.

Ebbene riteniamo che questa conclusione si ponga in contrasto con un approdo ormai consolidato nel nostro patrimonio giuridico e, tra l'altro, ripreso nella premessa principale da cui muove il Tribunale, vale a dire che la tutela reale non costituisce un diritto fondamentale di rilevanza costituzionale, né, ammette lo stesso giudice, tale esito è smentito dalle fonti internazionali. D'altra parte l'assunto è stato più volte chiarito dalla Corte secondo cui la tutela reale costituisce “solo uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro”, spettando al legislatore modulare il sistema delle tutele “nell'esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua”, in considerazione del contesto economico e sociale di riferimento<sup>6</sup>.

Sulla violazione *ex art. 3 Cost.* nel confronto con i lavoratori cui si applica una diversa disciplina, le argomentazioni del Tribunale appaiono agevolmente superabili, anche alla luce della consolidata giurisprudenza costituzionale che si è più volte pronunciata, almeno sulle principali segmentazione del quadro normativo in tema di licenziamento, in un ordinamento che ammette differenziazioni della disciplina applicabile in relazione alle dimensioni dell'azienda, alla data di assunzione, alla gravità del vizio, al settore di appartenenza (pubblico/privato), alla qualifica professionale.

Da ultimo la Consulta ha evidenziato, a proposito del dato temporale, che nel limitare l'area del regime della reintegrazione ben può il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, conservare questa tutela per i lavoratori che, in quanto in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, già ne fruivano e limitare l'innovazione normativa ai nuovi assunti, che tale

<sup>6</sup> C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194, che riprende le sentenze n. 2 del 1986, n. 46 del 2000, n. 268 del 1994 e n. 303 del 2011.

garanzia non avevano, con la finalità di incentivarne l'occupazione, soprattutto giovanile, o la fuoriuscita dal precariato<sup>7</sup>. In tale ultima decisione si ricorda che a proposito della delimitazione della sfera di applicazione *ratione temporis* di normative che si succedono nel tempo “non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche”<sup>8</sup>. Argomenti condivisibili sulla legittima assenza di una tutela reale per i dipendenti delle piccole imprese si leggono nella decisione n. 183 del 2022. La Consulta anzitutto ribadisce che “la modulazione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi è demandata all'apprezzamento discrezionale del legislatore, vincolato al rispetto del principio di eguaglianza, che vieta di omologare situazioni eterogenee e di trascurare la specificità del caso concreto”, ritenendo, alla luce di esigenze di effettività ed adeguatezza, infondati i dubbi di illegittimità sollevati sulla tutela solo indennitaria ai lavoratori delle piccole imprese, risultando decisivi la natura fiduciaria del rapporto di lavoro, l'opportunità di non gravare realtà meno estese di oneri eccessivi e le tensioni che l'ordine di reintegra potrebbe ingenerare”<sup>9</sup>.

### 3. *Le censure condivisibili: il rischio di una qualificazione fittizia e i suoi effetti*

Il giudice ravennate ha tuttavia il merito di individuare un *vulnus* nella disposizione censurata, cogliendo nel segno nella parte in cui mette a confronto i lavoratori – tutti assunti dopo il 7 marzo 2015 – licenziati per motivi disciplinari con coloro che vengono licenziati per motivi economici. Anzitutto il Tribunale individua un profilo di illegittimità sul quale la Corte ha

<sup>7</sup> V. C. Cost. 22 gennaio 2024 n. 7.

<sup>8</sup> La decisione del 2024 cita i numerosi precedenti: ordinanze n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, n. 170 del 2009, n. 212 e n. 77 del 2008, n. 254 del 2014, n. 104 del 2018, n. 273 del 2011 e n. 94 del 2009.

<sup>9</sup> La stessa Corte peraltro aggiunge un pressante invito al legislatore ad integrare il criterio numerico in quanto “in un quadro dominato dall'incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume di affari. Il criterio incentrato sul solo numero degli occupati non risponde, dunque, all'esigenza di non gravare di costi sproporzionati realtà produttive e organizzative che siano effettivamente inidonee a sostenerli”.

già dato un riscontro positivo nella sentenza n. 59 del 2021 relativa alle sanzioni disciplinari *ex art. 18* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo: nel convertire da facoltativo ad obbligatorio il potere del giudice di ordinare la reintegra in caso di fatto insussistente, la Consulta fa proprio un riferimento comparativo al licenziamento disciplinare caratterizzato da insussistenza del fatto: “in un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo al presupposto comune dell’insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l’applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici, a fronte di una inconsistenza manifesta della giustificazione addotta e del ricorrere di un vizio di più accentuata gravità rispetto all’insussistenza pura e semplice del fatto”<sup>10</sup>.

È la medesima situazione che si riproduce nell’art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, nel quale la disparità di trattamento è ancora più accentuata in quanto mentre nel licenziamento disciplinare, in caso di insussistenza del fatto contestato, viene disposta la reintegra, in caso di licenziamento economico è sempre negata.

Ciò che persuade ancor di più nelle argomentazioni del giudice ravennate è che un lavoratore assunto dopo marzo 2015 è esposto al rischio di vedersi sottratto per sempre il proprio posto di lavoro a seguito di una scelta puramente soggettiva e arbitraria del datore di lavoro. Ma il *vulnus* non è, come sostiene il Tribunale, nell’assenza di un “concorso di tutele” in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma nell’effetto che si produce di negare al lavoratore licenziato una possibile tutela (quella del co. 2 dell’art. 3, d.lgs. n. 23/2015) attraverso una opzione puramente nominalistica del datore di lavoro che, assegnando semplicemente un’etichetta al provvedimento di recesso, consegue l’effetto di far scattare una tutela indennitaria, anche se quella qualificazione non trova alcuna corrispondenza con la realtà.

Pertanto i lavoratori potenzialmente pregiudicati e vittime di una ingiusta disparità di trattamento sono sia i destinatari di un ‘vero’ licenziamento economico, seppur illegittimo per insussistenza del fatto, sia coloro che subiscono un ‘falso’ licenziamento economico, che in realtà dissimula un licenziamento disciplinare; in questo secondo caso ad essere pregiudicato è il lavoratore che pone in essere una condotta fonte di una potenziale respon-

<sup>10</sup> C. Cost. 1 aprile 2021 n. 59.

sabilità disciplinare e che a seguito di un titolo apparente, assegnato dal titolare del potere di recesso, viene privato del diritto di essere sottoposto ad una procedura disciplinare e soprattutto gli viene sottratta la possibilità di ottenere una tutela in forma specifica.

È vero che il lavoratore potrebbe intraprendere la strada di impugnare il recesso per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.<sup>11</sup>, ma con un notevole aggravio sul piano delle prove da offrire per accedere alla tutela: si determinerebbe in sostanza un'irragionevole inversione dell'onere probatorio per effetto di una scelta rimessa alla discrezionalità/arbitrio del datore di lavoro. Si evidenzia sul punto che secondo un consolidato arresto giurisprudenziale per smascherare la ragione illecita il lavoratore deve dimostrarne, anche con l'ausilio di presunzioni, il carattere unico e determinante nonché provare l'intento soggettivo del datore di lavoro<sup>12</sup>.

Il punto è che la previsione di una tutela indennitaria, di per sé, come più volte evidenziato dalla Consulta, non è illegittima, ma diviene fonte di un'irragionevole disparità nella comparazione con le sanzioni nel licenziamento disciplinare applicate allo stesso sotto insieme di lavoratori (assunti dopo il 7 marzo 2015). L'irragionevolezza deriva dall'affidare al datore di lavoro il potere di qualificare in modo arbitrario il licenziamento, rimanendo irrilevante (salvo adempimento da parte del lavoratore di un gravoso *onus probandi*), ai fini dell'applicazione della tutela reale, che il motivo addotto sia inesistente e non rispondente alla realtà.

L'effetto paradossale di quanto fin qui osservato è che il sospetto di illegittimità costituzionale scaturisce nella sostanza dal 'sussulto' di garantismo, evidentemente frutto di mediazioni e compromessi, che ha condizionato il legislatore del 2015, che ha mantenuto una residua tutela reale in caso di licenziamento disciplinare. Se la scelta fosse stata più drastica, sdoganando universalmente, per i lavoratori assunti a tutele crescenti, un modello puramente indennitario, l'opzione sarebbe stata molto meno vulnerabile<sup>13</sup>. Salvaguardate

<sup>11</sup> Secondo FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016, p. 201, il giudice avrebbe gli strumenti per smascherare il datore, per riqualificare il provvedimento in forza del motivo effettivo.

<sup>12</sup> Cass. 4 aprile 2019 n. 9468, in *De Jure*; Cass. 26 maggio 2015 n. 10834, in *ADL*, 2015, II, p. 966, con nota di GRAMANO, *Sull'accertamento della ritrosività del licenziamento*.

<sup>13</sup> FERRARESI, *Licenziamento per motivo oggettivo*, cit., p. 8, evidenzia un altro effetto paradossale: in caso di estensione della tutela reintegratoria all'esito della pronuncia della Consulta, il licenziamento economico illegittimo godrebbe di una tutela più intensa rispetto al licenzia-



in ogni caso le posizioni giuridiche dei destinatari di provvedimenti discriminatori o illeciti o comunque contrari a norme imperative, una tutela generale di tipo indennitario avrebbe trovato riparo sotto l'ombrello del principio secondo cui, in assenza di una costituzionalizzazione della tutela in forma specifica, in virtù di una discrezionalità legislativa che non può essere compressa, la regola dell'integrità della riparazione può essere surrogata da un risarcimento per equivalente<sup>14</sup>.

mento disciplinare illegittimo, per il quale, ai sensi del *jobs act*, non si applica la reintegra in caso di violazione del principio di proporzionalità.

<sup>14</sup> Principio reiteratamente affermato dalla Consulta: tra le altre, sentt. 30 giugno 1994 n. 268, 7 febbraio 2000 n. 46, 11 novembre 2011 n. 303, 26 settembre 2018 n. 194 e 22 gennaio 2024 n. 7.

### **Keywords**

Licenziamento economico, *Jobs Act*, Insussistenza del fatto, Corte Costituzionale, Dubbi di legittimità costituzionale.

Economic Dismissal, *Jobs Act*, Non-existence of the Fact, Constitutional Court, Doubts of Constitutional Legitimacy.

Tribunale di Ravenna 27 settembre 2023 (ord.) – Giud. Bernardi

**Licenziamento – Contratto a tutele crescenti – Giustificato motivo oggettivo – Illegittimità per insussistenza del fatto – Omessa previsione della reintegra – Violazione art. 3, co. 1 e 2, Cost. – Non manifesta infondatezza.**

*Ritenuta la questione rilevante e non manifestamente infondata, il Tribunale di Ravenna dispone, ai sensi dell'art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87, la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale affinché valuti se sia costituzionalmente legittimo, con riferimento all'art. 3, co. 1 e 2, Cost., l'art. 3, co. 1 e 2, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, nella parte in cui non prevede l'applicazione del co. 2 anche alle ipotesi di licenziamento determinato da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".*

★ ★ ★

**Valeria Nuzzo**

**Il contratto a tutele crescenti  
e le sanzioni per il licenziamento illegittimo:  
non tutte le bugie sono uguali**

**Sommario:** **1.** L'ordinanza del Tribunale di Ravenna e i motivi di possibile incostituzionalità dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015. **2.** L'incidenza delle sentenze della Corte costituzionale nn. 59/2021 e 125/2022 sulla valutazione di irrazionalità della disciplina del contratto a tutele crescenti. **3.** Quali possibili scenari?

*1. L'ordinanza del Tribunale di Ravenna e i motivi di possibile incostituzionalità dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015*

Con l'ordinanza del 27 settembre 2023 viene (finalmente) sottoposta al vaglio della Corte costituzionale l'esclusione della tutela reintegratoria per le ipotesi di insussistenza del fatto posto dal datore di lavoro a fondamento di un gmo nel contratto a tutele crescenti. Il Tribunale di Ravenna, chiamato a decidere sul licenziamento di un lavoratore assunto da una Agenzia di somministrazione e licenziato per mancanza di occasioni di lavoro, ritiene che la mera tutela indennitaria non sia adeguata a fronte dell'accertamento della palese insussistenza del fatto (oggettivo) invocato dal datore di lavoro, soprattutto considerando che, se l'impresa avesse addotto a giustificazione del suo provvedimento un (ugualmente insussistente) motivo soggettivo, il giudice avrebbe ben potuto ripristinare il rapporto illegittimamente interrotto. Del resto, ove il motivo posto a fondamento del provvedimento espulsivo non sussista – perché inesistente o pretestuoso – la sua riconducibilità a un fatto disciplinarmente rilevante o, per converso, ad uno oggettivo finisce per risolversi nel mero comportamento opportunistico del datore di lavoro il quale, dovendo addurre una scusa o un pretesto astrattamente idoneo a legittimare il licenziamento, imbroccherà la via meno rischiosa, ossia quella che consente la perdurante efficacia del recesso, una volta smascherata la bugia.

E così il giudice ravennate ha giustamente pensato di interrogare su tale paradosso il Giudice delle leggi, sollevando questione di legittimità dell'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015 che differenzia il trattamento sanzionatorio del licenziamento ingiustificato, riconoscendo l'applicazione della tutela reintegratoria “*esclusivamente* nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo

soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore"<sup>1</sup>.

In primo luogo una simile divaricazione di tutele nell'ambito di una fattispecie unitaria (il recesso datoriale privo della sussistenza di una causale giustificativa) appare in contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost., avendo come *tertium comparationis* il comma 2 dell'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, perché opera una distinzione di disciplina tra il licenziamento per motivo soggettivo e quello per motivo oggettivo in relazione alla stessa ipotesi, quella "*in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto*". Secondo il giudice remittente "a parità di gravità del vizio deve necessariamente corrispondere un uguale trattamento sanzionatorio. E questo vieppiù in presenza di una identità di vizi, che corrisponde all'ipotesi in cui il giudice accerti che il fatto (soggettivo o oggettivo) posto alla base del recesso non esiste". Nonostante il legislatore utilizzi nella disciplina sanzionatoria del gmo la stessa formula impiegata, nel secondo comma dell'art. 3, per il licenziamento disciplinare, limita poi (irrazionalmente) la possibilità di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato per un fatto rivelatosi insussistente alla sola ipotesi in cui il recesso abbia una ragione soggettiva, escludendola nell'ipotesi in cui la motivazione (parimenti inesistente) concerni l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro o il suo regolare funzionamento.

Ancora, il giudice ritiene che il contrasto con l'art. 3, primo comma, Cost., sussista anche assumendo come *tertium comparationis* l'art. 18, settimo comma, St. lav., che, riletto dopo l'intervento della Corte Costituzionale, prevede una disciplina unitaria per il recesso datoriale privo di giustificazione<sup>2</sup>, punito con la sanzione reintegratoria nei casi più gravi di illegittimità.

Ma non c'è solo la violazione del principio di uguaglianza: la disciplina del licenziamento nel contratto a tutele crescenti è tacciata di incostituzionalità anche per l'errato bilanciamento dei valori costituzionali sottesi agli

<sup>1</sup> Sia questa che le successive citazioni, quando non diversamente indicato, sono tratte dall'ordinanza del Tribunale di Ravenna del 27 settembre 2023. Il corsivo è di chi scrive.

<sup>2</sup> La Corte costituzionale è intervenuta sulla disciplina del gmo prevista dalla citata disposizione statutaria con le sentenze 1 aprile 2021 n. 59 e 19 maggio 2022 n. 125, eliminando sia la discrezionalità del giudice nel poter scegliere tra la tutela indennitaria e quella reintegratoria, sia la limitazione di quest'ultima ai casi di "manifesta" insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, così cancellando ogni divaricazione del sistema rimediabile legata alla pretesa motivazione oggettiva o soggettiva dell'atto datoriale.

artt. 1, 2, 3, 4, co. 1, 35, co. 1, e 41, commi 1 e 2, Cost. Se è vero, infatti, che la Corte costituzionale ha escluso che la reintegrazione sia un rimedio costituzionalmente vincolato, ciò non può significare, secondo il giudice di Ravenna, che qualora “*non vi siano interessi dell’impresa meritevoli di essere tutelati ... (fatto inesistente, ossia dolo, imprese di maggiori dimensioni)*”, sia costituzionalmente corretto non affiancare ad un rimedio indennitario anche il rimedio restitutorio, in quanto necessario a compensare danni che il rimedio monetario – fornito di un tetto massimo – non riesce a soddisfare”. Peraltro, proprio guardando all’incapacità satisfattiva del risarcimento previsto dalla norma, il contrasto con la Costituzione è proposto con riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, in relazione all’art. 24 della Carta sociale europea, ai sensi del quale una effettiva tutela in caso di licenziamento, è assicurata dal riconoscimento “a) [del] diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio; b)[del] diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”. Ebbene, il giudice di Ravenna dubita della idoneità compensativa e dissuasiva della sanzione indennitaria prevista nell’ipotesi di totale insussistenza del fatto posto a fondamento del gmo, anche sulla base delle valutazioni del Comitato sociale europeo, che considera adeguato un sistema di compensazione in presenza di due elementi: “il rimborso delle perdite patrimoniali subite tra la data del licenziamento e la decisione dell’organo di ricorso; la possibilità di reintegrazione e/o compenso ad un livello sufficientemente alto da dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal lavoratore”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ceds 31 gennaio 2017, ric. n. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finland*. Le valutazioni sono confermate nella decisione dell’11 febbraio 2020 con cui il Comitato ha accolto un reclamo presentato dalla CGIL e ha ritenuto violato l’art. 24 della Carta sociale europea ad opera proprio del d.lgs. n. 23/2015, affermando testualmente che “la via legale non presenta, pertanto, un vero carattere dissuasivo del licenziamento illegittimo nella misura in cui, da un lato, l’importo netto dell’indennizzo per i danni materiali non è significativamente superiore a quello previsto in sede di conciliazione e, d’altra parte, la durata della procedura avvantaggia il datore di lavoro, dato che l’indennizzo in questione non può superare gli importi prestabiliti (limitati da un plafond di 12, 24 o 36 mensilità, a seconda dei casi, di 6 mensilità per le piccole imprese) e il risarcimento diventa nel tempo inadeguato rispetto al danno subito”. Cfr. PER-RONE, *La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell’11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in *LDE*, n. 1/2020.

Infine il giudice ritiene che la disciplina dell'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015 sia incostituzionale per l'ingiustificato trattamento deteriore del creditore-lavoratore licenziato rispetto alla situazione giuridica del creditore in generale, tutelata dagli artt. 1453 e 2058 cod. civ. Quest'ultimo, in particolare, prevede la possibilità per il danneggiato di chiedere "la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile", ammettendo il risarcimento per equivalente solo "se la reintegrazione in forma specifica risult[i] eccessivamente onerosa per il debitore". Dunque l'esclusione della reintegrazione nel gmo sembrerebbe irrazionale non soltanto rispetto al sistema proprio del diritto del lavoro, ma anche guardando in generale al diritto dei contratti.

2. *L'incidenza delle sentenze della Corte costituzionale nn. 59/2021 e 125/2022 sulla valutazione di irrazionalità della disciplina del contratto a tutele crescenti*

La lunga e ricca ordinanza del tribunale di Ravenna si muove sulla strada tracciata dalla Corte costituzionale con le note sentenze nn. 59/2021 e 125/2022, con cui i Giudici delle leggi, pronunciandosi sull'irrazionalità dell'art. 18 St. lav. proprio con riferimento all'ingiustificata differenza di trattamento che accordava alle due fattispecie di cui si compone il licenziamento, hanno prima eliminato la facoltà per il giudice di scegliere tra la tutela indennitaria e quella ripristinatoria, imponendo la reintegrazione in tutti i casi di insussistenza del fatto posto a base del recesso datoriale, e poi cancellato dalla disposizione il riferimento al carattere manifesto del vizio, così evitando l'incertezza legata alla gradazione della sussistenza/insussistenza del fatto oggettivo. La discrezionalità riconosciuta al giudice nell'applicazione della sanzione reintegratoria nell'ipotesi di accertamento della insussistenza del gmo è 'caduta' nel giudizio di ragionevolezza condotto sulla base dell'art. 3 Cost., ove il *tertium comparationis* era offerto dal quarto comma dell'art. 18 St. lav. che lega all'insussistenza semplice (e non manifesta) del fatto l'obbligo del giudice (e non la possibilità) di reintegrare il lavoratore. A parere della Corte, nel sistema delineato dalla l. n. 92/2012, la reintegrazione, tanto per i licenziamenti disciplinari quanto per quelli economici, "si incardina sulla nozione di insussistenza del fatto, che chiama in causa l'aspetto qualificante dei presupposti di legittimità del licenzia-

mento<sup>74</sup> e in entrambi i casi l'esercizio palesemente arbitrario del potere di licenziamento, fondato cioè su un fatto inesistente, "lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica che vede direttamente implicata la persona del lavoratore"<sup>75</sup>.

All'indomani della pronuncia non era difficile pronosticare come la simmetria di tutele richiesta dalla Consulta per il licenziamento ingiustificato avrebbe potuto incidere anche sulla legittimità costituzionale della disciplina del contratto a tutele crescenti, ove è riproposta un'analoga incongruenza<sup>6</sup>.

Invero, nel contratto a tutele crescenti quella divergenza si determina in maniera ancora più acuta: in caso di insussistenza del fatto posto alla base del recesso datoriale, le tutele applicabili sono differenti a seconda che si tratti di un licenziamento per gmo o di un licenziamento per gms. L'assenza del

<sup>4</sup> C. Cost. n. 125/2022, pt. 8 *Considerato in diritto*.

<sup>5</sup> C. Cost. n. 59/2021, pt. 9 *Considerato in diritto*. Per l'ampio dibattito che è seguito alle sentenze della C. Cost. v. DI MEO, *La (tortuosa via della) stabilità del lavoro nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità*, in *RIDL*, 2023, I, p. 243 ss.; ARMONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2022, I, p. 411 ss.; CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: road map per una riforma?*, in *DLRI*, 2021, p. 289 ss.; CARUSO, *Il rimedio della reintegrazione come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 2022, I, p. 301 ss.; CESTER, *Ancora un intervento demolitorio della Corte costituzionale sul novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LG*, 2022, p. 813 ss.; FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2021, p. 509 ss.; GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, I, p. 3 ss.; MARESCA, *Il giustificato motivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in *MGL*, 2022, p. 553; NATULLO, *La "manifesta" incostituzionalità dell'art. 18, co. 7, dello Statuto dei lavoratori*, in questa rivista, 2022, p. 384; PERRONE, *L'espansione del principio lavorista nelle sentenze costituzionali n. 59/2021 e n. 125/2022 sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2022, I, p. 395 ss.; SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza "manifesta" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *RGL*, 2022, II, p. 369. Si veda anche il ricco confronto in *Labor*, 31 maggio 2022, con commenti di BOLEGO, *L'insussistenza del "fatto giuridicamente rilevante in senso stretto" quale chiave di accesso alla tutela reale attenuata*; CESTER, *Una pronuncia scontata. La riforma dell'articolo 18 dello Statuto perde un altro pezzo*; FABOZZI, *Ancora sulla legittimità costituzionale dell'articolo 18, l.n. 300/1970*; GRAGNOLI, *L'opportuno superamento del concetto di "manifesta insussistenza" del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; MAZZOTTA, *La Corte costituzionale e la "manifesta" insussistenza; cronaca di una sentenza annunciata*; PESSI, *Manifesta insussistenza e insussistenza: il venire meno delle "diverse gradazioni" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*; ROMEI, *Davvero i giudici sono soggetti soltanto alla legge?*; ZOPPOLI L., *Corte Cost. 125/22: una sentenza nell'aria che sintonizza legge e giustizia*.

<sup>6</sup> Sia consentito sul punto rinviare a NUZZO, *Il giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte Costituzionale*, in *DLRI*, 2023, p. 247, in part. par. 5.



fatto posto a fondamento del licenziamento rende in ogni caso ingiustificato il provvedimento espulsivo, ma mentre nell'ipotesi di licenziamento illegittimo per motivi soggettivi il legislatore distingue i rimedi applicabili sulla base della sussistenza o meno del fatto contestato al dipendente, sanzionando in modo più vigoroso il licenziamento intimato per motivi insussistenti, nel gmo non c'è analogia distinzione: la tutela è sempre meramente indennitaria, sia che la ragione organizzativa invocata a fondamento del recesso risulti insussistente, sia che i profili d'illegittimità del recesso siano legati alla sola violazione dei criteri di scelta dei lavoratori adibiti a posizioni fungibili.

Anche qui, come nell'impianto dell'art. 18 St. lav. già censurato dalla Corte costituzionale, le peculiarità delle due fattispecie di licenziamento non legittimano una diversificazione delle sanzioni applicabili qualora manchi del tutto il presupposto giustificativo dell'atto datoriale.

La tutela prevista nell'ipotesi di gmo insussistente nel contratto a tutele crescenti appare dunque doppiamente eccentrica: essa è incoerente tanto internamente, rispetto alle altre disposizioni del d.lgs. n. 23/2015, quanto sistematicamente, con riferimento alla complessiva disciplina del recesso datoriale. Sul piano sistematico, infatti, è palese come sopravviva un solo caso in cui l'insussistenza del fatto contestato (e cioè la totale inesistenza delle ragioni giustificatrici dell'atto) non produca il ripristino del rapporto illecitamente interrotto: quello del licenziamento per motivi oggettivi diretto a lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015<sup>7</sup>.

È pertanto difficile non convenire con il giudice remittente. La disarmonia e la irragionevolezza individuate dalla Consulta nella diversificazione di tutele proposta nel testo originario dell'art. 18 appaiono amplificate all'interno della disciplina dettata dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, ove esiste un'unica (e ingiustificata) eccezione rispetto al sistema complessivo di tutele contro il licenziamento illegittimo.

<sup>7</sup> Con ciò, è opportuno precisare, non si intende tacciare di irrazionalità la differenza di tutele che esiste tra gli assunti prima o dopo il 7 marzo 2015: questo profilo non è stato proprio considerato nella riflessione qui proposta, che dà per assodato quanto costantemente affermato dalla Corte costituzionale a proposito della delimitazione della sfera di applicazione *ratione temporis* di normative che si succedono nel tempo, e cioè che “non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche” (così da ultimo C. Cost. 22 gennaio 2024 n. 7 che, sul punto, richiama i numerosi precedenti: C. Cost. n. 104/2018, n. 254/2014, n. 25/2012, n. 224/2011, n. 61/2010, n. 170/2009, n. 212/2008, n. 77/2008).

A ciò si aggiunga – come ben rilevato dal Tribunale di Ravenna – che “l’esclusione della reintegra solo per il gmo produce non solo un minore effetto deterrente per il datore di lavoro, bensì un effetto addirittura ammiccante l’illecito nel momento in cui gli si concede la possibilità di impedire la reintegrazione (altrimenti dovuta) semplicemente qualificando in un certo modo piuttosto che in un altro un motivo – comunque inesistente – di licenziamento”. È indubbio che una tale via di fuga dalla tutela ripristinatoria possa prestarsi a un utilizzo fraudolento della disposizione. A fronte della disciplina unitaria contenuta nell’art. 3 della l. n. 604/1966, che consente al datore di licenziare sia per motivi disciplinari sia per motivi attinenti all’organizzazione d’impresa, la diversa natura (indennitaria o ripristinatoria) della sanzione che l’ordinamento ricollega all’esercizio abusivo di tale potere rischia di determinare un progressivo esautoramento dell’area dei licenziamenti disciplinari a beneficio di quelli per gmo ovvero, per dirla più correttamente, di quelli pretestuosamente motivati da una ragione oggettiva.

A rimuovere tale preoccupazione non è sufficiente invocare la possibilità di ricorrere alla frode alla legge. Sebbene, infatti, l’utilizzo del gmo in funzione elusiva della possibile applicazione della tutela reintegratoria prevista per i licenziamenti disciplinari possa essere contrastato tramite il ricorso all’art. 1344 cod. civ., tale strada appare ben più impervia rispetto al controllo di legittimità della fattispecie. La frode alla legge resta una “valvola di chiusura” del sistema, pacificamente applicabile anche agli atti unilaterali, che tuttavia determina una diversa allocazione degli oneri probatori, con inevitabile aggravio della posizione del lavoratore licenziato. In altri termini: una cosa è agire per l’annullabilità del licenziamento, altra è avviare un giudizio di illiceità, sobbarcandosi il relativo onere probatorio<sup>8</sup>. Ancora una volta si produrrebbe una differenza idonea a incidere sulla razionalità del complessivo sistema di tutela contro licenziamenti ingiustificati. Solo la simmetria di discipline invocata dalla Corte costituzionale può cancellare l’impulso elusivo all’utilizzo della giustificazione meno protetta e (ri)portare in equilibrio il sistema, eliminando ingiustificate differenze ed eccentriche vie di fuga.

<sup>8</sup> Non operando l’art. 5 della l. n. 604/1966, l’onere della prova del motivo illecito del licenziamento è in capo al lavoratore (v., da ultimo, Cass. 3 agosto 2023 n. 23702), mentre per orientamento costante e consolidato nella giurisprudenza di legittimità grava sul datore di lavoro l’allegazione e la prova di tutte le circostanze del gmo, compresa l’impossibilità di *repêchage* (Cass. 30 gennaio 2024 n. 2739).

Non concorda con la ricostruzione qui proposta e si mostra critica verso la soluzione cui è pervenuta la Consulta nel 2021 parte della dottrina, che ha cercato di salvare la differenziazione normativa tra i regimi rimediali previsti in caso di licenziamento invalido per assenza di motivi oggettivi o soggettivi, ancorando tale differenza alla presunta diversità sostanziale che intercorre tra le due fattispecie. In particolare si è ritenuta sussistere una diversità causale dell'atto di recesso (e cioè economico-sociale) che opporrebbe il gms – ove il giudice è chiamato a verificare la sussistenza di una condotta dolosa o colposa imputabile al lavoratore – al gmo, fondato su una decisione del datore esclusivamente dettata da esigenze economico-organizzative, come tale estranea a ogni comportamento del debitore<sup>9</sup>. Se è impossibile smentire una distinzione ontologica tra i due tipi di licenziamento, è altrettanto vero che – come la stessa Corte ha sottolineato – tutti i licenziamenti, benché suddivisi in due *species* fondamentali, appartengono al *genus* unitario scaturente dal principio di giustificazione, che comporta un obbligo di motivazione, radicato nella Costituzione e nelle fonti sovranazionali: tale obbligo, proprio perché unitario dev'essere presidiato nel suo nucleo minimo essenziale, evitando che sussistano radicali differenze a seconda che la giustificazione sia di tipo soggettivo o oggettivo<sup>10</sup>.

Usando, ancora una volta, le parole della Corte costituzionale: “l'esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore. L'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il

<sup>9</sup> GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, I, p. 21. Così anche PERRONE, *op. cit.*, che tuttavia sottolinea come la lesione traumatica provocata dal recesso, sia quello fondato su ragioni soggettive sia quello basato su ragioni oggettive, è considerato come elemento “fattuale di forza tale da essere da solo capace di neutralizzare il peso distintivo delle differenze fattuali tra le fattispecie e di assicurare un autosufficiente fondamento ontologico all'elemento comune” che rende motivo soggettivo e oggettivo di licenziamento situazioni assimilabili nella logica del *tertium comparationis*: qui p. 402. Per una ricostruzione del dibattito v. LUCIANI, *I licenziamenti individuali nel privato e nel pubblico*, Giappichelli, 2022.

<sup>10</sup> CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, cit., p. 297; SPEZIALE, *Il licenziamento per gmo dopo la sentenza della corte costituzionale n. 59 del 2021*, in *RGL*, 2021, I, p. 253.

contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost. (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1 del *Considerato in diritto*)<sup>11</sup>.

### 3. Quali possibili scenari?

Di fronte all'ordinanza di remissione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015 i dubbi sul possibile esito riguardano due differenti aspetti: non solo la coerenza della disposizione imputata con le norme costituzionali, ma anche, qualora essa dovesse essere negata, le conseguenze collegabili a una pronuncia di incostituzionalità.

Anche chi ha dubitato della legittimità costituzionale della descritta divaricazione sanzionatoria, ha poi manifestato prudenza nell'affidare alla Corte costituzionale l'individuazione del tipo di tutela da applicare ai licenziamenti ingiustificati per fatto insussistente nel contratto a tutele crescenti, ritenendo in tal caso indispensabile l'intervento del legislatore<sup>12</sup>. E d'altra parte la stessa Corte ha auspicato che sull'apparato sanzionatorio del licenziamento individuale intervenga la legge per razionalizzare l'attuale disciplina<sup>13</sup>.

Fermo restando che – sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui non prevede l'applicazione del comma 2 anche alle ipotesi di licenziamento determinato da “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” – i giudici delle leggi sono vincolati al *petitum* del giudice remittente, e dunque dovranno decidere sull'estensione o meno della tutela reintegratoria all'ipotesi di insussistenza del fatto a fondamento del giustificato motivo oggettivo, la questione posta in dottrina sul

<sup>11</sup> Corte cost. n. 59/2021.

<sup>12</sup> M.T. CARINCI, *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: road map per una riforma?*, cit., qui p. 298.

<sup>13</sup> Cfr. la c.d. sentenza monito: C. cost. 183/2022, su cui v. DELFINO, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore?* Nota a C. cost. sent. n. 183/2022, in *Rivista AIC*, 2023, fasc. 2; MEZZACAPO, *Brevi note sulle tutele in caso di licenziamento ingiustificato tra norma scritta e interpretazione giurisprudenziale*, in *LDE*, 2022, 2; G. BOLEGO, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del legislatore*, in *ADL*, 2022, p. 1247. Ma un invito al legislatore a intervenire c'è anche nelle pronunce più recenti: si v. C. cost. n. 22/2024.

rischio di ribaltamento della *ratio legis* ove si riespandesse la tutela reintegratoria, volutamente marginalizzata dal legislatore, merita un approfondimento.

È indubbio, infatti, che lo scopo dell'intervento normativo del 2023 di "incentivare nuove assunzioni e favorire il superamento del precariato"<sup>14</sup> è stato perseguito attraverso due misure "ritenute idonee a rassicurare il mondo imprenditoriale"<sup>15</sup>: la calcolabilità delle conseguenze economiche in caso di licenziamento illegittimo e il ridimensionamento della tutela reintegratoria, relegata ad eccezione e destinata ai vizi più gravi, e comunque esclusa per i "licenziamenti economici"<sup>16</sup>.

Sulla prima misura la Corte costituzionale si è pronunciata da tempo escludendo che il licenziamento potesse risolversi integralmente nella sfera di pertinenza di colui che ne ha il potere, ovvero che il datore di lavoro potesse comminare un licenziamento consapevolmente illegittimo prevenendone il costo<sup>17</sup>.

Sulla seconda la Corte costituzionale è ora chiamata a valutare la razionalità del sistema complessivo, anche rispetto alla scelta legislativa, pure indubitabile, di lasciare operare la tutela reintegratoria nell'ipotesi dei vizi più gravi.

È vero che manca, all'interno della disciplina dettata dal d. lgs. n. 23/2015, una tutela "privilegiata" per l'insussistenza del fatto, operando in un caso la reintegrazione (gms) e nell'altro il risarcimento del danno (gmo)<sup>18</sup> – e ciò a differenza dell'art. 18, ove la tutela reintegratoria è univocamente individuata come rimedio per i più gravi casi di illegittimità del licenziamento – ma alcune indicazioni sono certamente desumibili dal sistema.

Sebbene, come più volte affermato dal Giudice delle leggi, la stabilità reale *non* costituisce un vincolo per il legislatore e la reintegrazione *non* rappresenta un rimedio costituzionalmente necessario<sup>19</sup>, è tuttavia opportuno rimarcare come – anche considerando le finalità perseguite dal d.lgs. n.

<sup>14</sup> C. Cost. n. 7/2024, pt. 9.

<sup>15</sup> Così C. Cost. 19 marzo 2024 n. 44, pt. 7.

<sup>16</sup> Cfr. art. 7, lett. c, l. n. 183/2014.

<sup>17</sup> Non è questa la sede per affrontare tale tema: si rinvia pertanto ai numerosi commenti a C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194. Si v., tra i tanti, SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2019, II, p. 3 ss.

<sup>18</sup> CARINCI M.T., *op. cit.*, qui p. 298.

<sup>19</sup> E dunque la scelta del tipo di tutela da privilegiare "è demandata alle valutazioni discrezionali del legislatore": da ultimo C. Cost. n. 7/2024.

23/2015, peraltro molto enfatizzate nelle recenti sentenze della Consulta<sup>20</sup> – nell’economia di un sistema giuridico edificato sulle fondamenta del principio lavoristico, dall’adeguatezza delle tutele riconosciute al lavoratore illegittimamente estromesso dal posto di lavoro dipende l’effettività del diritto del lavoro nel suo complesso, che accompagna il “diritto del lavoratore di non essere ingiustamente licenziato, [che] si fonda sui principi enunciati dagli artt. 4 e 35 Cost. e sulla speciale tutela riconosciuta al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, in quanto fondamento dell’ordinamento repubblicano (art. 1 Cost)”<sup>21</sup>. Un apparato sanzionatorio che lasci vivere gli effetti di un licenziamento determinato da un fatto inesistente solo perché il motivo pretestuoso impiegato per motivarlo sia riconducibile a una ragione oggettiva, invece che a una soggettiva, crea un *vulnus* in tutto il sistema di protezione, rendendolo irrazionale.

Tale irrazionalità è peraltro aggravata dalla considerazione che l’insussistenza del fatto posto a base del recesso datoriale, sia esso intimato per ragioni soggettive o oggettive, rientra tra i vizi più gravi dell’atto, perché viola una norma imperativa di legge (l’art. 3 della l. n. 604/1966) – cui per regola generale dovrebbe conseguire la nullità, se non fosse la stessa legge a prevedere l’annullabilità – e travolge il principio di necessaria motivazione del licenziamento posto anche dall’art. 24 della Carta sociale europea.

Dunque è necessario leggere la tutela contro il licenziamento illegittimo in un sistema integrato di tutele<sup>22</sup>, muovendosi nel perimetro delineato dai fondamentali valori costituzionali oltre che dai vincoli di sistema pure rinvenibili nel nostro ordinamento, che impongono di guardare al regime di tutela avverso il licenziamento illegittimo nel suo complesso, verificandone la coerenza sincronica e diacronica.

Un’indagine di tal fatta consentirebbe di concludere che, in un contesto normativo ove la giustificatazza del licenziamento si profila come elemento indefettibile del principio fondamentale di tutela della persona che lavora, alla sua radicale mancanza, intesa come insussistenza del fatto posto a base del provvedimento di recesso unilaterale del datore di lavoro, debba necessariamente ricollegarsi la *restitutio in integrum*, atteso che ciò avviene in tutte

<sup>20</sup> Si nota qui il cambio di penna rispetto alla ‘stagione’ Sciarra: mi riferisco alle sentenze C. Cost. n. 7/2024 e n. 44/2024 di cui è relatore Giovanni Amoroso.

<sup>21</sup> *Considerato in diritto*, pt. 6, C. Cost. n. 125/2022 e già pt. 9 C. Cost. n. 59/2021.

<sup>22</sup> *Considerato in diritto*, pt. 8, C. Cost. n. 59/2021 e pt. 5.2 C. Cost. n. 254/2020.

le ipotesi previste dal sistema rimediabile, tranne (attualmente) l'isolato caso del licenziamento per ragioni oggettive nel campo delle tutele crescenti.

La Corte costituzionale ha già dichiarato irrazionale la distinzione tra nullità testuali e nullità virtuali<sup>23</sup>, che pure limitava il campo di applicazione della tutela reintegratoria di fronte a un identico vizio. Parimenti irrazionale sembra profilarsi la distinzione di tutele previste a fronte di un licenziamento del tutto privo di motivazione.

È certo vero che ne seguirebbe una rilevante compressione della tutela indennitaria, ma non una sua completa estromissione dal sistema. Benché nel gmo all'insussistenza del fatto sia ricondotto anche l'omesso *repêchage*, residuerebbe comunque uno spazio per l'operatività della predetta tutela, circoscritto all'ipotesi del licenziamento di lavoratori occupati in mansioni fungibili ove risultino violati i criteri di scelta. E non solo.

Non è questa la sede per indugiare sugli elementi che compongono la fattispecie del giustificato motivo oggettivo e, in particolare, sulle diverse modalità di assolvimento dell'obbligo di ripescaggio, tuttavia val la pena ribadire l'orientamento ormai consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup> che lega l'impossibilità di utilizzare *aliunde* il lavoratore licenziato all'effettività e non pretestuosità del motivo del licenziamento<sup>25</sup>. Il *repêchage*, in quest'accezione, non si profila quale elemento 'altro', distinto dal fatto, ma è indice della sua reale sussistenza, che è l'effettiva soppressione del posto di lavoro. Diverso però è, a ben vedere, il *repêchage* da operare sull'intera struttura imprenditoriale al fine di salvaguardare l'occupazione, anche a scapito della professionalità del lavoratore, slegato dall'operazione economica che ha prodotto la soppressione del posto di lavoro: qui esso è indice del principio del licenziamento per g.m.o. come *extrema ratio*<sup>26</sup>, pur a fronte di una effettiva e non

<sup>23</sup> C. Cost. n. 22/2024.

<sup>24</sup> A partire da Cass. 2 maggio 2018, n. 10435, in *RGL*, 2018, II, p. 459, con nota di CARINCI M.T., *Licenziamento per g.m.o. e obbligo di repêchage*.

<sup>25</sup> E quindi chiaramente alla sua sussistenza: sia consentito il rinvio a NUZZO, *Il giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte Costituzionale*, cit., p. 247 ss.

<sup>26</sup> Non è questa la sede per approfondire, ma a fronte dell'articolazione dei rimedi al licenziamento illegittimo è forse tempo che la dottrina torni a indagare sul *repêchage*, valutando l'opportunità di distinguere i casi in cui il mancato assolvimento del relativo obbligo sia sintomatico della pretestuosità del licenziamento dalla diversa ipotesi di un *repêchage* 'residuale', che coinvolge tutta la struttura imprenditoriale, conferente all'idea del licenziamento come *extrema ratio*.

pretestuosa soppressione del posto, sicché è plausibile sanzionarne il mancato assolvimento con la tutela meramente indennitaria.

In definitiva, è chiaro che l'interpretazione proposta determina un significativo allargamento dell'area della reintegrazione, ma il rimedio ripristinatorio non sarebbe onnivoro. Si tratta, al contrario, di un ampliamento corrispondente a quel che accade nel giustificato motivo soggettivo, ove la giurisprudenza ha unanimemente ritenuto che il fatto sussistente non sia quello materiale, bensì quello dotato di rilevanza disciplinare.

In altri termini, il richiamo al *fatto*, tanto nel gms che nel gmo, deve intendersi riferito al fatto giuridicamente rilevante (la condotta che abbia una consistenza disciplinare in un caso, l'effettiva soppressione del posto di lavoro, dall'altro) e ove tale fatto manchi, perché inventato o pretestuoso, si ha un licenziamento privo di giustificazione per il quale non può che operare la medesima tutela, ovvero quella riservata alle ipotesi più gravi: il ripristino del rapporto illegittimamente interrotto.

Insomma, in attesa della quarta (e non ultima<sup>27</sup>) pronuncia della Corte costituzionale sul sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, è lecito auspicare il superamento dell'attuale divaricazione di regime rimediabile previsto per il medesimo vizio, tale da evitare indebiti disequilibri all'interno del sistema di tutele che finiscono, inevitabilmente, per retroagire sulle cause addotte al recesso, in violazione del canone di ragionevolezza imposto dall'art. 3 della nostra Costituzione.

<sup>27</sup> Si v. Trib. Catania 20 novembre 2023 che ha sollevato la questione di legittimità del d. lgs. n. 23/2015 nella parte ove prevede la reintegrazione del lavoratore a seguito di licenziamento disciplinare solo ove il fatto posto alla base del licenziamento sia insussistente e non anche quando il fatto è punito dalla contrattazione collettiva con una sanzione conservativa.



### **Keywords**

Licenziamento, Contratto a tutele crescenti, Giustificato motivo oggettivo, Insussistenza del fatto, Reintegrazione.

Dismissal, Contract with Increasing Protections, Justified Objective Reason, Not existing Fact, Reinstatement.



**Vincenzo Bavaro**

**Su lavoro e libertà**

**(Appunti per una critica del diritto su quattro preposizioni)\***

**Sommario:** **1.** Tra filosofia della 'libertà del lavoro' e invocazione del 'lavoro in libertà'. **2.** Dal lavoro coatto alla libertà di lavoro. **3.** Sulla libertà 'di' lavoro (cioè di lavorare subordinatamente). **4.** Sulla libertà 'nel' lavoro (cioè nell'adempimento di prestazione subordinata). **5.** Sulla libertà 'dal' lavoro (cioè dall'obbligazione di subordinazione). **6.** Per concludere: quale libertà 'del' Lavoro? Sulla libertà del soggetto collettivo produttore.

1. *Tra filosofia della 'libertà del lavoro' e invocazione del 'lavoro in libertà'*

Nella sua penultima pubblicazione<sup>1</sup>, Riccardo Del Punta ha riletto un libro di Bruno Trentin intitolato *La libertà viene prima* ed è tornato su un tema su cui ha impegnato le maggiori energie nella sua più recente produzione scientifica<sup>2</sup>. Del Punta valorizza la tesi di Trentin, già sviluppata da quest'ultimo ne *La città del lavoro* del 1997, secondo la quale la libertà delle persone che lavorano deve essere la priorità per un sistema politico (quindi giuridico) in quanto è il valore che prevale (o quanto meno, viene prima della) sull'uguaglianza, soprattutto nell'età del c.d. post-fordismo. Trentin

\* Il presente articolo è destinato agli Scritti in memoria di Riccardo Del Punta.

<sup>1</sup> DEL PUNTA, *Lavoro e libertà (rileggendo "La libertà viene prima" di Bruno Trentin)*, in *LDE*, n. 1/2022. Il libro riletto è TRENTIN, *La libertà viene prima. La libertà come posta in gioco nel conflitto sociale*, nella edizione di Firenze University Press, 2021, a cura di CRUCIANI. L'edizione originale di quest'opera di Trentin è stata pubblicata da Editori riuniti, 2004.

<sup>2</sup> V. la voce *Contratto di lavoro (teorie filosofiche)*, in *ED*, I tematici, VI, *Contratto di lavoro*, 2023, p. 204 ss.; v. anche *Is the Capability Approach Theory an Adequate Normative Theory for Labour Law?*, in LANGILLE ed., *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2019, p. 82 ss. V. anche a proposito di MINGIONE (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, Feltrinelli, 2020, in *DLRI*, 2021, p. 579 ss.

scrive: “la libertà e l’autorealizzazione della persona, in tutte le forme di lavoro e attività in cui viene messo alla prova un progetto personale, il quale definisce l’identità di un individuo che vive in collettività, appaiono così, oggi più di ieri, il solo cemento possibile di un nuovo contratto sociale che scongiuri la guerra delle corporazioni in un conflitto distributivo via via più racchiuso in confini angusti e sempre più determinati dai vincoli esterni che incombono in economie nazionali”<sup>3</sup>.

Del Punta precisa che non si tratta della libertà negativa sancita dal liberalismo classico bensì della “libertà (sostanziale) come *capacitazione* della persona”, cioè la capacità di ciascun individuo di scegliere, capacità da esercitare una volta posta la condizione di uguaglianza delle opportunità; piuttosto che perseguire l’uguaglianza dei risultati attraverso azioni redistributive (prima fra tutte l’azione “salarialista o risarcitoria”) questa dottrina persegue l’uguaglianza delle opportunità individuali. Del Punta è chiaro sul punto: “la rivisitazione dell’eguaglianza è dunque null’altro che la conseguenza della priorità assegnata alla libertà, che produce diversità”.

Torna l’eco della controversia politico-filosofica sull’alternativa fra redistribuzione e riconoscimento<sup>4</sup> e che proprio attraverso il diritto del lavoro possiamo tradurre con l’emblematica alternativa fra salario e opportunità<sup>5</sup>. La libertà del lavoro, nella concezione di questa dottrina giuridica del lavoro, significa avere la capacità di scegliere come forma di autorealizzazione di sé; le parole di Del Punta sono chiare: “la teoria della *capability* insiste *sull’autonomia e sulla responsabilità individuale* e ciò comporta maggiori opportunità di crescita per ciascun lavoratore ma, allo stesso tempo, un passaggio all’età adulta che si distacca dalla filosofia tutta protettiva del diritto del lavoro classico”<sup>6</sup>. Siccome il lavoro post-fordista sarebbe un lavoro “concreto” e non più “astratto”, cioè “massificato” come nel fordismo, esso è (o forse potrebbe essere?) oggi auto-realizzazione della persona in quanto espressione della libertà di scelta di ciascun lavoratore e lavoratrice.

<sup>3</sup> TRENTIN, *La città del lavoro. Sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, 1997, p. 228.

<sup>4</sup> FRASER, HONNET, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, Meltemi, 2007.

<sup>5</sup> Secondo FAZIO, *Il socialismo come liberazione della persona che lavora. Trentin a confronto con la nuova teoria critica tedesca*, in IRIDE, a. XXXVI, n. 98, gennaio-aprile 2023, p. 159 ss., una delle critiche principali che Trentin muove al pensiero marxista sta proprio nella primazia data alla lotta redistributiva del lavoro rispetto alla lotta per il riconoscimento del Lavoro nel capitalismo.

<sup>6</sup> DEL PUNTA, *Is the Capability Approach*, cit., p. 102 (traduzione mia).

Non è sempre chiaro se questa libertà di scelta allude alla scelta del lavoro o alla scelta delle condizioni di lavoro; quel che è certo è che il lavoro libero, secondo questa derivazione dalla teoria della *capability*, richiede capacità di *agency*, la quale, a sua volta, “richiede conoscenza, professionalità, addestramento e formazione, spirito di iniziativa, responsabilità. In una parola, la costruzione di un capitale umano, nel quale l’imprenditore ha la responsabilità di investire. Questo non trasforma d’incanto un’impresa in un giardino democratico, ma può cambiare i termini dell’equilibrio di interessi tra le due parti, creando una situazione potenzialmente *win-win* nella quale il rafforzamento della posizione del lavoratore è anche nel beninteso interesse imprenditoriale”<sup>7</sup>.

L’enfasi con la quale Del Punta scrive del principio di libertà rispetto al lavoro, una libertà concepita diversamente rispetto al liberalismo classico, parte dalla considerazione che questo principio è stato “tradizionalmente ostracizzato nell’ambito del diritto del lavoro perché ritenuto sinonimo di libertà contrattuale”<sup>8</sup>. La questione di fondo, dunque, riguarda il rapporto fra libertà e lavoro nell’ordine giuridico che la dottrina giuslavorista potrebbe aver ostracizzato – come pensa Del Punta – oppure aver dato per sottinteso oppure ancora potrebbe aver rimosso dalla sua teoria perché trattasi di rapporto ambivalente se non proprio ambiguo.

Una cosa è certa: ammesso e non concesso che il lavoro “concreto” post-fordista sia connotato da una quasi immanente libertà (comunque la si voglia connotare)<sup>9</sup>, questa è stata pur sempre una costante rivendicazione dei lavoratori, da ben prima dell’età post-fordista. Pur consapevole dell’apparente eccentricità del richiamo, si rilegga il testo del canto popolare *Bella Ciao*, nella versione dedicata alle *mondine*, le operaie impiegate nelle risaie e che rappresentano un lavoro che, tecnicamente, non possiamo certo qualificare come post-fordista: “alla mattina, appena alzata, in risaia mi tocca andar / fra gli insetti e le zanzare, duro lavoro mi tocca far / il capo in piedi col suo bastone, e noi curve a lavorar / oh mamma mia, oh che tormento, io ti invoco

<sup>7</sup> DEL PUNTA, *Contratto di lavoro*, cit., p. 225.

<sup>8</sup> IBIDEM.

<sup>9</sup> Cfr. MARI, *Libertà nel lavoro. La sfida della rivoluzione tecnologica*, il Mulino, 2019. Questo stesso autore ha scritto di recente un breve ma efficace ritratto del pensiero di Del Punta su questo tema in MARI, *Valori e paradigmi del diritto del lavoro in discussione: Riccardo Del Punta e Bruno Trentin*, in *LDE*, n. 1/2023.

ogni domani / ed ogni ora che qui passiamo, noi perdiamo la gioventù / *ma verrà un giorno che tutte quante lavoreremo in libertà*".

Ebbene: queste operaie rivendicano di "lavorare in libertà"; che libertà rivendicano? Stando al testo di questo canto popolare si potrebbe dire che la libertà implica lavorare in condizioni opposte rispetto a quelle descritte. Vorrebbe dire lavorare in condizioni ambientali sicure e protette benché, forse, nelle risaie è abbastanza difficile non essere circondati da "insetti e zanzare". Si potrebbe dire che la libertà rivendicata ambisce a un lavoro meno "duro", con una giornata di lavoro meno lunga, oppure senza essere assoggettate a un "capo in piedi col suo bastone" e senza lavorare "curve", sia come posizione ergonomica sia pure come posizione organizzativa. Si potrebbe altresì dire che la libertà rivendicata dalle mondine consiste nel potersi sottrarre a quel lavoro, tanto faticoso da far perdere loro la gioventù; insomma, una libertà che possa garantire loro più tempo libero per godere della propria gioventù oppure addirittura una libertà di poter scegliere di non lavorare come mondina.

Come si può vedere, si tratta di diverse declinazioni del concetto di libertà, ciascuna rispondente a differenti modi di concepire il diritto alla libertà quando l'attribuiamo alla condizione dei lavoratori. Ebbene, cosa intendono quelle mondine quando rivendicano di "lavorare in libertà"? com'è il "lavorare in libertà"? Riguardo al diritto del lavoro, qual è la funzione della libertà e com'è il funzionamento del diritto alla libertà delle persone che lavorano?

Per rispondere a queste domande non possiamo eludere una domanda preliminare: cos'è il lavoro libero?

È una domanda impegnativa, ancor più per i giuristi, perché ci costringe a impostare la riflessione a partire da una concezione metagiuridica del lavoro e della libertà, dovendo tracciare il profilo del "lavoro libero" e, parallelamente e *a contrario*, tracciare il profilo del "lavoro coatto". Infatti, le concezioni filosofiche che intrecciano lavoro e libertà, inclusa quella in cui si può collocare la dottrina di Del Punta, mostrano un inevitabile condizionamento da parte del contesto storico-materiale in cui si è evoluto il *Lavoro*. Come ho accennato all'inizio, proprio la filosofia della *capability* intesa come garanzia della libertà al lavoro, trova una sua base argomentativa proprio nel nuovo modo di produrre post-fordista. Ecco perché il discorso sul lavoro libero non può prescindere (né trascurare) la forma storico-materiale che ha il lavoro e – di contro – le rivendicazioni di libertà. Insomma, il discorso metagiuridico

sul lavoro libero è, necessariamente, anche un discorso giuridico sulle forme storiche del lavoro (coatto e/o liberato). In altre parole, la rivendicazione del “lavoro in libertà” presuppone la configurazione storico-materiale – e quindi giuridica – del “lavoro”.

## 2. *Dal lavoro coatto alla libertà di lavoro*

In una pagina dei *Grundrisse* Marx richiama le parole con cui Geova maledice Adamo: “*lavorerai con il sudore della tua fronte*”<sup>10</sup> per sottolineare che il lavoro è condanna, fatica, seppur necessaria per vivere<sup>11</sup>. Nondimeno, la società umana ha bisogno di trasformare le materie prime naturali per soddisfare i bisogni umani, ha bisogno di lavorare; la divisione sociale del lavoro è riconosciuta nella filosofia di Aristotele che, nella sua opera *Politica*, riconosce la necessità che la maggioranza degli esseri umani – gli *schiafi* – sia dedita al lavoro anche per soddisfare i bisogni di quella minoranza nella società – i *cives* – per permettere loro di dedicarsi alle attività dello spirito, all’arte, alla filosofia, alla politica; insomma, detenere il potere sociale affinché possano vivere liberi<sup>12</sup>. Questa concezione del lavoro è durata millenni nelle società schiavistiche/servili, basate sul lavoro coatto della maggioranza per assicurare la libertà della minoranza; società nella quale, per assicurarsi il lavoro nella società, bisognava “mantenere l’uomo alla stessa maniera di un animale domestico”<sup>13</sup>. Secondo Hanna Arendt, in *Vita Activa*, “l’istituzione della schiavitù nell’antichità... non fu un espediente per avere lavoro a buon mercato o uno strumento di sfruttamento a scopo di profitto, ma piuttosto il tentativo di escludere il lavoro dalle condizioni della vita umana”<sup>14</sup>.

Secondo questa filosofia, dunque, il lavoro è negazione della libertà; ma essendo necessario alla società umana, questa negazione della libertà deve

<sup>10</sup> MARX, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell’economia politica*, PGRECO Edizioni, 2012, vol. I, p. 609. Ampia è la letteratura sul punto: rinvio per tutti a DE MASI, *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, 2018, in particolare Parte Prima e Parte Seconda.

<sup>11</sup> Sul significato stesso della parola ‘lavoro’ rinvio anche alla *Introduction* scritta da SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994.

<sup>12</sup> Sulla concezione aristotelica della schiavitù v. Parte Prima e Parte Seconda di BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, il Mulino, 2019.

<sup>13</sup> BLOCH, *Lavoro e tecnica nel medioevo*, Laterza, 2004, p. 225.

<sup>14</sup> ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, Tascabili Bompiani, 2001, p. 61.

essere imposta innanzitutto tramite la condizione schiavistica. Sappiamo bene che la condizione dello schiavo è *res corporales* (come la definisce il giuriconsulto romano Gaio), privato della capacità di agire perché obbligato a lavorare per il *dominus*. Nondimeno, secondo alcuni recenti studi storici, “occorre ricordare che gli schiavi [seppur una ristretta élite], grazie alla loro occupazione, potevano guadagnare spazi di autonomia”. Grazie al lavoro, per quanto coatto, uno schiavo poteva acquisire spazi di iniziativa autonoma seppur vincolati alla coazione giuridica della condizione servile. Al contrario, intendendo lo *status* non soltanto come condizione formale del *servus* ma come condizione giuridicamente formalizzata dai rapporti giuridici connessi al lavoro, “il lavoro poteva stringere il libero cittadino in una rete di vincoli che di fatto andavano a detrimento del suo rilievo sociale”<sup>15</sup>.

Questa tesi è confermata anche da un altro recente studio storico sul lavoro nei secoli XVIII e XIX<sup>16</sup>, in cui si evidenzia che il processo di liberazione dal lavoro coatto (prima solo servile poi secondo l’eredità del diritto intermedio) fu una lenta e progressiva conquista della libertà di scegliere *se* e *dove* offrire il proprio lavoro (una libertà nel mercato del lavoro, si direbbe col linguaggio moderno) e che ebbe poco (o nulla) a che fare con il miglioramento delle condizioni materiali di lavoro.

Questa prospettiva di analisi della libertà delle persone che lavorano mostra la sua efficacia proprio se osserviamo l’evoluzione storica del lavoro. Nel plurisecolare periodo che chiamiamo Medioevo, possiamo rilevare che le numerose e variegate forme giuridiche dei rapporti di lavoro di questa Età trattano rapporti non schiavistici. Si tratta di nuove forme giuridiche che si sviluppano parallelamente al lento e progressivo processo di affrancamento degli schiavi; nuove forme giuridiche necessarie a dare rappresentazione al lavoro dei *liberi* perché “la novità più rilevante, di datazione incerta, sta nell’aver sistemato lo schiavo e la sua famiglia su di un pezzetto di terra che egli coltiverà per il suo padrone”<sup>17</sup>. Dunque: ecco un primo ed embrionale riconoscimento di una porzione di libertà delle persone che lavorano poiché

<sup>15</sup> CRISTOFORI, *Lavoro libero e lavoro non libero nel mondo romano: quale libertà?*, in BONAZZA, ONGARO (a cura di), *Libertà e coercizione: il lavoro in una prospettiva di lungo periodo*, Società italiana di storia del lavoro, New Digital Frontiers, 2018, Quaderno 3, pp. 35-36.

<sup>16</sup> STANZIANI, *Le metamorfosi del lavoro coatto. Una storia globale, XVIII-XIX secolo*, il Mulino, 2022.

<sup>17</sup> FOSSIER, *Il lavoro nel Medioevo*, Einaudi, 2002, p. 25.



“anche il servo può riuscire a ottenere un profitto che non gli viene tolto e che usa per riscattarsi”<sup>18</sup>.

Ovviamente si tratta di una esigua e *formale* porzione di libertà che non protegge né dall’asservimento fondiario (nelle campagne) e né dall’asservimento alle corporazioni (nei Comuni) dei lavoratori *liberi*. Non a caso gli *ex-schiavi*, ormai liberi ma pur sempre asserviti, rivendicano innanzitutto la libertà di circolazione come accadde con la rivolta chiamata *Wat Tyler’s Rebellion* del 1381, richiamata in un libro di Yan Moulier Boutang intitolato *De l’esclavage au salariat*. Secondo costui, “il tratto fondamentale che capovolge il significato e la funzione liberatrice del nuovo mercato e della nuova economia in generale, è la non-libertà di circolazione della mano d’opera”<sup>19</sup>. Insomma, la libertà rivendicata dagli *ex-schiavi*, ormai liberi, ancorché asserviti, è innanzitutto e principalmente la libertà di circolazione.

La storia della liberazione dal lavoro servile è la storia del diritto di ciascuno a esercitare la libertà di scegliere ‘se’, ‘dove’ e ‘quando’ lavorare; la libertà del lavoro è stata concepita per millenni come libertà dal lavoro coatto quindi libertà di lavorare (o di non lavorare) e che la Modernità ha sancito con la libera volontà contrattuale<sup>20</sup>. Eppure, già questa libertà contrattuale di lavoro, l’atto di volontà che istituisce la condizione giuridica e sociale di ‘lavoratore’, non si esprime in piena, integrale e assoluta libertà come pur sembrerebbe ad un primo sguardo. Occorre dunque osservare da vicino questa libertà ‘di’ lavoro.

### 3. Sulla libertà ‘di’ lavoro (cioè di lavorare subordinatamente)

Un primo modo di declinare la libertà di lavoro è essere liberi di non lavorare.

Nei sistemi giuridici di tutto il mondo il lavoro forzato è stato abolito, almeno sul piano formale. Tuttavia, osservando nelle pieghe l’ordinamento

<sup>18</sup> IBIDEM, p. 58.

<sup>19</sup> MOULIER BOUTANG, *De l’esclavage au salariat. Économie historique du salariat bridé*, PUF, 1998, p. 129 (traduzione mia).V. anche versione italiana, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Manifestolibri, 2002.

<sup>20</sup> Un Maestro del diritto del lavoro quel è stato Gérard Lyon-Caen, in uno dei suoi primi articoli, scrisse che “il diritto del lavoro ha come solo fondamento la libertà contrattuale” (LYON-CAEN, *Les fondements historiques et rationnels du droit du travail*, in *DO*, 1951, p. 40) (traduzione mia).

giuridico, possiamo dire che i cittadini sono liberi di non lavorare, seppur con qualche eccezione.

Prendiamo in esame i sistemi nazionali di politica attiva del lavoro e le relative procedure amministrative finalizzate ad accompagnare i lavoratori disoccupati o che godono di qualche forma di sostegno economico da parte dello Stato a reinserirsi nel mercato del lavoro. Ebbene: il presupposto di queste misure di sostegno pubblico è la condizione involontaria di disoccupazione in cui versa un lavoratore<sup>21</sup> oltre alla effettiva ricerca attiva di un nuovo lavoro. Questo sistema di sostegno economico di natura pubblica è assoggettato a “condizionalità”, cioè collega il godimento del sostegno economico di sicurezza sociale alla condizione di essere attivi nella ricerca di un nuovo contratto di lavoro<sup>22</sup>.

Analogamente, se pensiamo alla disciplina italiana del reddito di cittadinanza, chi versa in condizioni di quasi povertà anche perché privo di reddito da lavoro (oltre che per altri stringenti requisiti<sup>23</sup>) ha diritto a percepire un sostegno economico che, però, è condizionato da una serie di ‘doveri’ in capo al fruitore, tant’è che anche in questo caso il rifiuto di una offerta di lavoro congrua può comportare la perdita del beneficio.

Lo *status* di bisogno socioeconomico in cui versa chi riceve un sostegno economico dallo Stato è concepito come lo *status* di chi ha pur sempre un

<sup>21</sup> Com’è ben noto, la NASPI (*Nuova prestazione di assicurazione sociale per impiego*) è garantita in caso di disoccupazione involontaria; sicché, per esempio, non si ha diritto a questo sostegno economico in caso di dimissioni, a meno che non siano “per giusta causa” a testimoniare una certa involontarietà (cfr. art. 3, co. 2, d.lgs. n. 22/2015).

<sup>22</sup> Il disoccupato deve rendersi disponibile a partecipare a iniziative per il rafforzamento delle competenze, a ricevere formazione, a essere attivo nella ricerca del lavoro e ad accettare “offerte di lavoro congrue”. Discorso parzialmente analogo riguarda i lavoratori che sono temporaneamente sospesi dal lavoro e che percepiscono indennità di integrazione salariale. Cfr. da ultimo GARBUIO, *Politiche del lavoro e condizionalità*, Giappichelli, 2023; CORAZZA, *La condizionalità “relazionale”: reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale*, in *DRI*, 2022, p. 174 ss.; SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed “empowerment” del disoccupato*, in *VTDL*, 2022, p. 735 ss.

<sup>23</sup> “Per ricevere il Reddito di cittadinanza è necessario rispettare alcune “condizionalità” che riguardano l’immediata disponibilità al lavoro, l’adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all’inserimento lavorativo e all’inclusione sociale che può prevedere attività di servizio alla comunità, per la riqualificazione professionale o il completamento degli studi nonché altri impegni finalizzati all’inserimento nel mercato del lavoro e all’inclusione sociale” (così inizia la pagina del sito istituzionale curato dal Ministero del Lavoro <https://www.reddidodicittadinanza.gov.it/schede/patti>).

‘dovere di lavorare’ in quanto il lavoro è la primaria soluzione per soddisfare i propri bisogni economici. Come a dire che la libera scelta di non-lavorare implica la possibile conseguenza della mancata garanzia di soddisfazione dei propri bisogni economici<sup>24</sup>. Possiamo dire, in linea generale, che la libertà di non-lavoro è una libertà ‘condizionata’ da ‘dovere di lavorare’<sup>25</sup> – sia giuridicamente, sia dal punto di vista socioeconomico – perché il suo pieno esercizio può provocare conseguenze negative su chi l’esercita (l’assenza di lavoro e quindi del relativo reddito necessario a vivere).

Un secondo modo di declinare la libertà ‘di’ lavoro è la libertà di ‘cercare’ lavoro. Con questa formula mi riferisco alla originaria forma di libertà dal lavoro coatto che consisteva nella libertà di mobilità al fine di trovare un lavoro. Oggi vi sarebbe un esplicito e formale riconoscimento nel TFUE (art. 45) e – soprattutto – nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE (art. 15)<sup>26</sup>. Si tratta di una delle quattro libertà fondamentali dell’Unione Europea: la libertà di circolazione dei lavoratori. Questa libertà ‘di’ lavorare garantisce la libera circolazione dei lavoratori nello spazio comune europeo; una libertà fondamentale che, però, è fondamentale solo per i cittadini dell’Unione Europea e non per ogni essere umano.

Quali che siano le ragioni sottese al riconoscimento di questa libertà come diritto fondamentale<sup>27</sup>, osservo che è un diritto fondamentale limitato (se non proprio negato) nei confronti dei lavoratori che non sono cittadini dell’Unione Europea<sup>28</sup>. Possiamo dire che anche la libertà ‘di’ lavoro intesa

<sup>24</sup> Beninteso: non intendo dire che anche chi versa in condizioni economiche tali da non avere diritto a un sostegno pubblico non abbia ugualmente un ‘obbligo’ di lavorare per procurarsi un reddito; in tal caso però, non si tratta di obbligo giuridico bensì socioeconomico.

<sup>25</sup> Il ‘dovere di lavorare’, o perché formalmente derivante dal sistema della condizionalità della sicurezza sociale o perché intrinseco nel modello socioeconomico di distribuzione del reddito da lavoro prodotto, limita la libertà di non-lavoro. Che si tratti di un tema non facile da inquadrare è testimoniato dal fatto che non è numerosa la letteratura giuslavorista sul «dovere di lavorare» sancito nell’art. 4 Cost. Di recente segnalano una lettura critica della correlazione fra questo dovere e la condizionalità in SOMMA, *Abolire il lavoro povero*, Laterza, 2024.

<sup>26</sup> Cfr. NOGLER, *Libertà di lavorare*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 283 ss.

<sup>27</sup> Cfr. ORLANDINI, *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un’integrazione mancata*, in RDSS, 2017, p. 655 ss.

<sup>28</sup> I lavoratori migranti extra-europei hanno vincoli rigidissimi all’esercizio della loro libertà di lavoro inteso come “accesso al lavoro” (rinvio per tutti agli articoli di RECCHIA e MARTELLONI in CHIAROMONTE, FERRARA, RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, il Mulino, 2020).

come libertà di circolazione dei lavoratori, è una libertà non assoluta ma limitata.

Una terza declinazione della libertà 'di' lavoro riguarda la libertà di scegliere il lavoro desiderato. In questo caso, la libertà di lavoro – come libertà di stipulare un contratto di lavoro – ha una libertà corrispettiva che è quella del datore di lavoro, cioè della sua libertà di organizzare l'attività produttiva<sup>29</sup>. Orbene: nell'ordinamento giuridico non esiste la libertà di stipulare un contratto di lavoro alle sole condizioni dettate dalla volontà delle parti. Facciamo qualche esempio.

Non c'è libertà contrattuale allorché si voglia stipulare un contratto di lavoro rispetto al quale l'ordinamento giuridico richiede un preciso requisito soggettivo: per esempio, un ospedale può stipulare un contratto di lavoro per una prestazione di lavoro infermieristica solo se quel lavoratore possiede formali requisiti soggettivi professionali; un'azienda di servizi di vigilanza armata può stipulare un contratto di lavoro per attività di vigilanza armata ma potrà adibire quel lavoratore al servizio oggetto del contratto solo se è in possesso della necessaria autorizzazione per la detenzione e l'uso di arma da fuoco; ecc.

Per altro verso, la libertà contrattuale di lavoro è negata quando l'oggetto del contratto è vietato dall'ordinamento giuridico: per esempio, non si può stipulare un contratto di lavoro per spacciare droghe pesanti oppure per fornire prestazioni sessuali<sup>30</sup>.

Ci sono poi altri casi di limitazione della libertà contrattuale di lavoro

A tal proposito, mi sembrano efficaci le parole scritte da ERMANNÒ, *Ius migrandi*, Bollati Boringhieri, 2004, p. 147, secondo cui un diritto di migrare dovrebbe "favorire, rendendola praticabile e compatibile con le altre libertà, proprio la tanto auspicata 'libertà di mercato'. Pur essendo... il diritto alla migrazione una specificazione del diritto fondamentale alla libertà personale... mi riterrei soddisfatto se le questioni relative alla regolazione e limitazione delle migrazioni venissero affrontate con lo stesso atteggiamento prudente e con lo stesso pregiudizio favorevole con cui i legislatori delle democrazie avanzate pongono limiti alla libertà di mercato".

<sup>29</sup> In questo caso, la libera volontà di un lavoratore di stipulare un contratto di lavoro può realizzarsi solo se coincide con la libera volontà di un datore di lavoro di stipulare quel contratto.

<sup>30</sup> Il divieto di esercizio di questa libertà è imposto dall'ordinamento giuridico che detta le condizioni della illecità (oppure liceità) di un contratto di lavoro. Se pensiamo alle prestazioni sessuali, la negazione della libertà di contratto avente ad oggetto prestazioni sessuali non è assoluta dal momento che l'ordinamento giuridico consente un contratto di lavoro in cui la prestazione sessuale è il risultato della prestazione artistica finalizzata alla produzione cinematografica.

in cui viene negata la libertà di determinazione dell'oggetto del contratto, cioè delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro: non c'è libertà di stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 12 mesi, seppur entro i 24 mesi, se non c'è una causale riconosciuta dalla legge; non c'è libertà di stipulare un contratto di lavoro stabilendo una durata delle ferie retribuite inferiore a quattro settimane all'anno; ecc.

In questo senso, potremmo fare numerosi esempi riferendoci all'intera disciplina regolativa dei rapporti di lavoro subordinato posta da norme inderogabili che limitano la libertà contrattuale di lavoro in quanto limitano la libera volontà delle parti contraenti.

Prima di approfondire quest'ultima concezione della libertà 'di' lavoro, è importante tenere presente che l'ordinamento giuridico appone numerosi limiti alla libertà 'di' lavoro, talvolta per esigenze di ordine pubblico di varia natura, talaltra per la specifica esigenza di protezione dei lavoratori. Proprio quest'ultima declinazione della libertà 'di' lavoro e dei suoi limiti ci mostra in modo chiaro l'antinomia fra la libertà 'di' lavoro e la limitazione/negazione della medesima libertà al fine di protezione dei lavoratori.

Secondo Alain Supiot “nel contratto privatistico la volontà si obbliga; nel contratto di lavoro, si sottomette...l'obbligazione manifesta la libertà, la sottomissione la nega”<sup>31</sup> e proprio per questo il Diritto del Lavoro appone limiti alla libertà 'di' lavoro, limitando la libera volontà contrattuale. La norma inderogabile limita la libertà 'di' lavoro al fine di proteggere la libertà limitata (o negata) del lavoratore, intrinseca alla condizione di subordinazione. Diversamente, allentare (o rimuovere) i vincoli alla libertà 'di' lavoro è una azione che amplia l'esercizio di libertà 'di' lavoro. Ecco perché possiamo qualificare come “liberista” l'ideologia che ha ispirato il diritto del lavoro degli ultimi trenta/quarant'anni, cioè quello caratterizzato dal progressivo allentamento dei vincoli previsti dalle norme inderogabili (allentamento effettuato sia riducendo il numero delle norme inderogabili sia rendendo derogabile alcune norme attraverso la contrattazione collettiva, nazionale e decentrata<sup>32</sup>). Il diritto del lavoro liberista è un diritto che valorizza la libertà

<sup>31</sup> SUPIOT, *Critique du droit*, cit., p. 123 (traduzione mia).

<sup>32</sup> Ho avuto modo in passato di esprimermi sul connotato liberista che caratterizza la tendenza sempre più accentuata alla derogabilità contrattata delle norme di legge nel Capitolo I del libro *Azienda, Contratto e Sindacato*, Cacucci, 2012 e in *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in *LD*, p. 221 ss.

contrattuale di lavoro mediante la volontà individuale che costituisce il contratto di lavoro, valorizzando proprio la volontà di autodeterminazione individuale a scapito della eterodeterminazione normativa inderogabile.

L'approccio alla libertà 'di' lavoro obbliga alla prospettiva della libertà "nel" lavoro.

#### 4. *Sulla libertà 'nel' lavoro (cioè nell'adempimento di prestazione subordinata)*

Torniamo a quanto scritto all'inizio di questo discorso, richiamando proprio la tesi di Del Punta sulla libertà delle persone che lavorano concepita non tanto come libertà contrattuale quanto come libertà di autodeterminazione. Il punto da questionare è come intendere questa libertà di autodeterminazione nel lavoro, cioè definire con chiarezza in cosa consiste questa libertà.

Ebbene, non sembra diversa da quanto abbiamo appena scritto a proposito della libertà contrattuale 'di' lavoro: essa consiste nella libertà delle parti di autodeterminare il contenuto del rapporto di lavoro che però, nell'ordinamento giuridico, viene limitata dalla norma inderogabile, storicamente imposta per proteggere la libertà limitata (o negata) del lavoratore subordinato in quanto subordinato al potere del datore di lavoro<sup>33</sup>. Il problema, dunque, sta nel definire la differenza fra questa autodeterminazione e quella intesa come "maggiore opportunità di crescere per il lavoratore", per riprendere le parole di Del Punta già citate in precedenza.

Questa seconda concezione della libertà come autodeterminazione individuale non intende mettere in discussione la norma inderogabile posta a protezione della libertà limitata (o negata) dalla subordinazione, almeno non nelle intenzioni. Si tratta di una posizione già sostenuta in passato, per esempio da Spiros Simitis, secondo cui "l'autodeterminazione del singolo lavoratore è la sua realizzazione come persona"<sup>34</sup>; analogamente Massimo D'Antona scrisse che "l'autodeterminazione è sostanzialmente la libertà di scegliere la propria differenza, senza che altri, sia pure a fini protettivi e be-

<sup>33</sup> "Il pre-giudizio degli interpreti circa l'intento protettivo (...) attribuito al diritto del lavoro ha costituito dunque la base teorica sulla quale nel tempo è stato costruito un vero e proprio principio per induzione...": così NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, p. 147.

<sup>34</sup> SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 1990, p. 105.

nefici, sovrappongano una loro valutazione delle nostre convenienze e senza esserne impediti da una uniformità imposta per ragioni estranee a noi”<sup>35</sup>. Si tratterebbe – secondo la recente presa di posizione di Adalberto Perulli e Valerio Speziale – di “una forma di regolazione centrata sulla persona, in coerenza con il mutamento fondamentale che caratterizza il paradigma sociale neomoderno nel suo complesso», cioè «una maggiore autodeterminazione dei soggetti e nuove capacità individuali”<sup>36</sup>. Sovviene alla mente la dottrina di un filosofo statunitense che ebbe un certo successo negli anni ’70 secondo il quale non esiste la società mentre “ci sono gli individui, individui differenti, con le loro vite individuali”<sup>37</sup>.

Insomma, siamo in presenza di due differenti concezioni della libertà delle persone che lavorano nel senso dell’autodeterminazione: una presuppone la libertà contrattuale di definire i termini dello scambio fra lavoro e salario; e l’altra? Se non si intende contestare la funzione protettiva della norma inderogabile posta a limitazione della libertà contrattuale ‘di’ lavoro, quest’altra libertà come si manifesta? In cosa consiste la determinazione autonoma delle condizioni di lavoro nel contratto?

Silvia Ciucciovino, in un articolo pubblicato di recente, ha usato due formule per distinguere le due prospettive: l’“inderogabilità emancipatrice” grazie alla quale “si aprono nuovi spazi di libera determinazione delle parti del rapporto, con ampliamento della gamma di scelta e di accomodamento della fattispecie alle esigenze individuali” e, d’altra parte, l’“inderogabilità *standardizzatrice* o *uniformatrice*”<sup>38</sup>. Con la prima formula, “la libera determinazione delle parti” sarebbe esercitabile ferma restando la norma inderogabile? Allude dunque alla derogabilità *in melius*? Se così fosse non ci sarebbe una particolare innovazione. Oppure, l’inderogabilità emancipatrice attribui-

<sup>35</sup> D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 458 opportunamente richiamato di recente da un articolo di CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell’individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, 2023, p. 89 ss. Nello stesso senso, di recente, possiamo richiamare PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022, p. 82: “è la stessa norma eteronoma che dovrebbe costruire percorsi di *soggettivazione regolativa* funzionali all’acquisizione di libertà sociale e di *capabilities* individuali della persona”.

<sup>36</sup> PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 86.

<sup>37</sup> La citazione è di NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia. I fondamenti filosofici dello «Stato minimo»*, Vallecchi, Firenze, 1981 citato da LOSURDO, *La sinistra assente. Crisi, società dello spettacolo, guerra*, Carocci, 2014, p. 23.

<sup>38</sup> CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell’individuo*, cit.

sce specifici diritti potestativi al lavoratore subordinato così da accentuare la sua capacità individuale di agire sull'organizzazione e così limitare la sua subordinazione ampliando spazi di autonoma libertà 'nel' lavoro?

Non è questa l'occasione per analizzare compiutamente questa dottrina che è connotata da differenti sfumature; in questa occasione vorrei solo richiamare l'attenzione sull'enfasi con cui viene proposta questa concezione della libera autodeterminazione nel lavoro e che trova oggi ispirazione nella trasformazione del lavoro, dal modello taylor-fordista a quello post-fordista. D'altronde, non è un caso che questa dottrina giuslavorista cominci a formarsi tra la fine degli anni '80 e i primi anni '90 del secolo scorso.

Sullo sfondo c'è l'immagine del lavoro post-fordista che sarebbe connotato da un carattere sempre più cognitivo, un lavoro in cui rilevarebbe sempre più la persona e non la merce-lavoro, una persona sempre più 'coinvolta' e perciò sempre meno compatibile con l'immagine del lavoro come "energie da lavoro"<sup>39</sup>. Diciamo pure che in questa dottrina c'è una presa di distanza dal concetto marxiano di "forza-lavoro", intesa proprio come "lavoro astratto".

Questa dottrina ha sostenitori autorevoli (come detto, da D'Antona a Del Punta, solo per citare studiosi purtroppo non più presenti) fra i quali merita una citazione anche Alain Supiot secondo cui il lavoro post-fordista permetterebbe "di concentrare il lavoro umano sull'incalcolabile e il non programmabile, cioè sulla parte propriamente poetica del lavoro, quella che presuppone una libertà, una creatività o un'attenzione agli altri, di cui nessuna macchina è capace"<sup>40</sup>. Si tratterebbe, dunque, di caratteristiche tipiche del lavoro cognitivo, intellettuale, che richiederebbe partecipazione attiva dei lavoratori, che coinvolgerebbe l'intelletto del lavoratore: ben altra cosa rispetto al "gorilla ammaestrato" di cui scriveva Gramsci a proposito del lavoro fordista. Insomma, i nuovi processi produttivi richiederebbero sempre meno "l'opera della mano", la mano d'opera, e sempre più "l'opera del cervello", il "cervello d'opera"<sup>41</sup>.

Questa dottrina giuridica, peraltro, ha precedenti illustri nel pensiero filosofico del '900 fra cui quello di Hanna Arendt. Costei, nel suo libro *Vita*

<sup>39</sup> BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 99/2010.

<sup>40</sup> SUPIOT, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI siècle*, Collège de France, 2019, p. 18 (traduzione mia).

<sup>41</sup> IBIDEM, p. 19.



*activa*, rimprovera proprio a Marx (come pure a Adam Smith) di non distinguere il *Lavoro* dall'*Opera*. Arendt rimprovera a Marx di considerare tutto l'agire umano solo come fattore "produttivo" che crea plusvalore ignorando però – sostiene Arendt – che l'*animal laborans* (l'uomo che lavora per necessità) è diverso dall'*homo faber* (colui che crea nel regno della libertà). Arendt rimprovera a Marx di lasciarci senza speranza "nell'alternativa piuttosto angosciata fra schiavitù produttiva e libertà improduttiva". Invece "l'uomo non può essere libero se non sa di essere soggetto alla necessità, perché la sua libertà è sempre guadagnata nei suoi tentativi, mai pienamente riusciti, di liberarsi dalla necessità". Ecco perché Arendt distingue *homo faber* e *animal laborans*: "*Homo faber* è... signore e padrone, non solo perché è, o viene fatto, padrone di tutta la natura, ma perché è padrone di sé stesso e della propria opera. Non è così per l'*animal laborans*, che è soggetto alla necessità della propria vita"<sup>42</sup>.

Qual è la differenza, dunque, fra *animal laborans* e *homo faber*? Scrive Arendt: "diversamente dall'opera il cui fine è raggiunto quando l'oggetto è finito, il lavoro si muove sempre nello stesso circolo prescritto dal processo biologico dell'organismo vivente"<sup>43</sup>. Sperando di non eccedere in semplificazione, credo si possa dire che l'*animal laborans* lavora, l'*homo faber* crea opere. C'è, dunque, un'idea di lavoro 'fabbricante' espressione di libertà dell'uomo allorché è attività umana che crea l'opera; al contrario, c'è un'idea di lavoro come mero dispendio di energie, frutto della necessità umana e che implica assoggettamento, subordinazione. Dunque: nel lavoro l'uomo è assoggettato, nell'opera egli esprime la libertà creativa.

Su questa base, sembra allora che nella cultura dei giuristi del lavoro il lavoro post-fordista non sarebbe tanto (o solo) fatica, pena per necessità, quanto (ma anche) espressione identitaria della persona, della sua autorealizzazione, attività che richiede autodeterminazione, insomma un passo verso la libertà.

A dire il vero, non si può dire che la concezione del lavoro come espressione della libertà sia una prerogativa solo generata dal modo di produrre post-fordista. Questa idea del lavoro come "fabbricazione di opere" richiama alla mente alcuni passi di un libro di Ernst Junger, *L'Operaio*, pubblicato in

<sup>42</sup> ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, Tascabili Bompiani, 2001, rispettivamente p. 74, p. 86 e p. 103. Su questa linea si colloca anche SENNET, *L'uomo artigiano*, Feltrinelli, 2008.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 70.

Germania nel 1932, in cui si legge: “all’interno di un mondo in cui il nome di operaio significa un distintivo di grado sociale, e il lavoro è concepito come intima necessità di quel mondo, la libertà si configura proprio come espressione di questa necessità; o in altre parole, oggi esigenza di libertà appare qui come esigenza di lavoro”<sup>44</sup>. L’operaio di Junger sembra avere il profilo dell’*homo faber* di Arendt anziché dell’*animal laborans*. Eppure, Junger – come pure Arendt – ha davanti agli occhi l’Operaio fordista.

Insomma, l’aspirazione alla libertà nel lavoro è sempre stata una istanza presente nel mondo del lavoro: dalle mondine delle risaie ai lavoratori cognitivi del post-fordismo. Peraltro, anche Marx, nei *Grundrisse*, non esclude la possibile liberazione del lavoro in quanto, pur essendo consapevole che, nella storia umana, “la misura del lavoro si presenta come data dall’esterno, da fine da raggiungere e dagli ostacoli che il lavoro deve superare per pervenirvi”, il “superamento di quegli ostacoli [è] in sé attuazione della libertà” nel senso che se “gli scopi esterni” del lavoro sono posti “come fini che soltanto l’individuo stesso pone” essi costituiscono “autorealizzazione... e perciò come libertà reale la cui azione è appunto il lavoro”<sup>45</sup>.

Il punto di frizione fra questa concezione marxiana del lavoro libero come autorealizzazione e questa concezione contemporanea di cui stiamo scrivendo sta innanzitutto nella diversa prospettiva in cui liberare il lavoro, cioè a dire fuori o dentro il modo di produrre capitalistico. L’autorealizzazione cui pensa Marx può realizzarsi nel “regno della libertà” fuori dal modello capitalistico; questa contemporanea dottrina dell’autorealizzazione ambisce alla libertà ‘nel’ lavoro capitalistico. Per questa ragione la dottrina della libertà come autorealizzazione della persona è un tratto che accomuna il filone di pensiero sociale a quello neoliberista, come ho già accennato in precedenza.

La dottrina neoliberista assume proprio la trasformazione del modo di lavorare nel postfordismo per mettere in discussione la concezione oggettiva della forza-lavoro per appellarsi alla concezione soggettiva del lavoro-persona. La critica che la dottrina neoliberista ha mosso al lavoro taylor-fordista si è basata proprio sulla critica alla concezione burocratica, gerarchica e oggettivata del lavoro che è la stessa sollevata da una certa concezione libertaria del

<sup>44</sup> JUNGER, *L’Operaio. Dominio e forma*, Guanda, 1991, p. 61.

<sup>45</sup> MARX, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell’economia politica*, vol. I, PGRECO Edizioni, 2012, p. 609.

lavoro. Una “critica artistica” – così l’hanno definita Luc Boltansky e Ève Chiapello in *Le nouvelle esprit du capitalisme*<sup>46</sup> – alla rigidità del lavoro fordista; una critica al modello che si è basato esclusivamente sulla redistribuzione salarialista della ricchezza in cambio della limitazione (o negazione) della libertà nel lavoro<sup>47</sup>. Questa “critica artistica”, invece, rivendica proprio autonomia, autorealizzazione, libertà nel lavoro. La dottrina neolibérale critica proprio le limitazioni apposte alla libertà ‘di’ lavoro, i limiti posti alla libertà contrattuale dal diritto inderogabile, perché questi limiti non favorirebbero realmente l’espressione della libera volontà ‘nel’ lavoro<sup>48</sup>.

Ma è soprattutto sulla soggettivazione del rapporto di lavoro che si concentra anche la dottrina neoliberista.

Secondo Boltansky e Chiapello, la libertà non è concepita tanto come “liberazione [*déliverance*] in rapporto a una situazione di oppressione subita da una collettività” quanto come “emancipazione [*émancipation*] in rapporto a qualsiasi forma di determinazione atta a limitare l’autodefinizione e l’autorealizzazione degli individui”<sup>49</sup>. C’è una grossa differenza fra le due concezioni della libertà: *émancipation* o *déliverance*. L’*émancipation* così intesa esprime una concezione individualista della libertà, una concezione che sostiene la spinta auto-realizzativa individuale attraverso la rimozione di vincoli o impedimenti (quindi, rimuovendo la norma inderogabile). Per stare alle questioni che appartengono al diritto del lavoro, rimuovendo eccessivi limiti di orario, di ruolo, di responsabilità. Nella concezione liberista, la libertà ‘nel’ lavoro è la rimozione di vincoli e limiti.

Nel caso di *déliverance*, la libertà è piuttosto un processo di liberazione da una condizione di sottomissione che – ecco il punto – è l’effetto materiale anche del lavoro capitalistico. Ferma restando l’orizzonte di un mondo di lavoratori liberi perché nel regno della libertà, nel regno della necessità, nel sistema economico capitalistico, nei rapporti materiali, se il lavoro libero significa praticare l’autodeterminazione come rimozione della norma inderogabile di protezione del lavoro, finisce per essere un’illusione, anzi un inganno. Il neoliberismo ha fatto propria la domanda di autonomia, creatività

<sup>46</sup> BOLTANSKY, CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, 1999.

<sup>47</sup> Con questa chiave di lettura basata sull’alternativa ‘salario/libertà’, DEL PUNTA, *Lavoro e libertà*, cit., rilegge l’opera di Trentin.

<sup>48</sup> Lavoratori che dovrebbero essere *liberi di scegliere*: ecco un’altra rivendicazione che accomuna la cultura neoliberista con una parte della cultura libertaria progressista.

<sup>49</sup> BOLTANSKY, CHIAPELLO, *Le nouvelle esprit du capitalisme*, cit., p. 522 (*traduzione mia*).

e autenticità sollevata dalla “critica artistica” al lavoro taylor-fordista. In questa domanda di autonomia c’è sì libertà, ma – ecco il punto – si tratta di libertà di contrattare, di stabilire soggettivamente i termini della obbligazione. Il contratto di lavoro personalizzato neoliberalista non fa altro che subordinare il lavoratore-soggetto, tutto intero, anziché solo la forza-lavoro oggettivata nel contratto come lavoro-merce.

La dottrina che accomuna tutte le correnti libertarie ritiene che nel post-fordismo non basti più “mettere in opera” una parte di energie di lavoro; occorre che sia la persona stessa a mettersi all’opera per soddisfare le esigenze produttive attraverso la sua creatività. La personalizzazione del contratto di lavoro si traduce nella sussunzione della persona intera nel contratto, senza più limiti. La soggettivazione del lavoro, finora, ha così prodotto la rimozione dei limiti alla oggettivazione del contratto, cioè la rimozione del confine fra subordinazione e libertà.

Il lavoro, qui ed ora, nel capitalismo post-fordista, digitale, cognitivo, è pur sempre “un processo che si svolge fra l’uomo e la natura, nel quale l’uomo, per mezzo della propria azione, media, regola e controlla il ricambio organico fra sé stesso e la natura ... Egli mette in moto le forze naturali appartenenti alla corporeità, braccia e gambe, mani e testa, per appropriarsi dei materiali della natura in forma usabile per la propria vita”<sup>50</sup>. Solo che il lavoro nel capitalismo è lavoro subordinato e non può essere libero; è lavoro alienato nei fini e nei mezzi. Come ha scritto Marcuse in uno dei saggi dedicati proprio al lavoro, “l’uomo... può conquistare sé stesso solo passando attraverso l’alienazione e l’estraniamento”<sup>51</sup>; alienazione ed estraniamento sono la condizione del lavoro subordinato (o salariato, che dir si voglia); alienazione ed estraniamento del lavoro, sia delle mondine, sia dell’operaio-massa taylor-fordista, sia del *rider* sia dell’operaio metalmeccanico digitalizzato. Occorre, dunque, che la libertà ‘nel’ lavoro rimuova alienazione e estraniamento. La questione riguarda l’orizzonte in cui collocare questa liberazione: se sul piano individuale e/o sul piano del processo economico-produttivo e della divisione sociale del lavoro.

Intanto, però, la dottrina del contratto di lavoro subordinato “soggetti-

<sup>50</sup> Sono parole scritte da MARX, *Il Capitale*, Libro I, Terza sezione, Cap.V, *Processo lavorativo e processo di valorizzazione*.

<sup>51</sup> MARCUSE, *Sui fondamenti filosofici del concetto di lavoro nella scienza economica* in *Cultura e Società. Saggi di teoria critica 1933-1965*, Einaudi, 1969, p. 171.

vato” rischia di essere (e sempre più lo è diventato) un contratto di *persona subordinata*. La libertà ‘nel’ lavoro, invece, è stata protetta proprio ponendo vincoli alla subordinazione, a cominciare dalla protezione della libertà dei lavoratori ‘dalla’ subordinazione attraverso la separazione oggettiva della libertà del lavoratore ‘dalla’ subordinazione nel lavoro. Prima ancora di liberare nella subordinazione (un ossimoro) il diritto si è preoccupato di liberare dalla subordinazione.

### 5. Sulla libertà ‘dal’ lavoro (cioè dall’obbligazione di subordinazione)

Torniamo allora alla funzione della norma inderogabile chiedendoci in che modo essa protegge la libertà. Prima di provare a indirizzare una risposta vale la pena segnalare che in genere nei manuali italiani di Diritto del Lavoro non c’è una parte dedicata espressamente alla libertà dei lavoratori, tranne alcune eccezioni in cui ci si riferisce esplicitamente alla libertà di opinione del lavoratore<sup>52</sup>. Cominciamo allora proprio da questa libertà, portando nel discorso tre esempi diversi di modalità di garantire la libertà dei lavoratori.

#### a) La libertà ‘dal’ lavoro nei diritti alla libertà personale.

Questa libertà la ritroviamo sancita in quel catalogo di diritti che, normalmente, usiamo qualificare proprio come “diritti di libertà” del lavoratore.

Sappiamo bene che l’ordinamento giuridico tutela la libertà del lavoratore di esprimere le proprie convinzioni personali. Ogni lavoratore è libero di esprimere in qualsiasi modo le proprie convinzioni sindacali, politiche, religiose o relative a qualsiasi convinzione o a ogni aspetto relativo alla propria identità. Per questa ragione c’è protezione della sfera “privata” del lavoratore per garantire la libertà come identità personale del lavoratore.

Mi pare sufficiente richiamare l’art. 8 dello *Statuto dei lavoratori*: “è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso dello svol-

<sup>52</sup> Dei diversi manuali che ho consultato, segnalo BALLESTRERO, DE SIMONE, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, 2022 con il Capitolo III della Parte V intitolato “Libertà e dignità del lavoratore” riferito a opinione e riservatezza oppure MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016 in cui c’è un solo paragrafo intitolato *Libertà di opinione e diritto alla riservatezza*. Se invece prendiamo ad esempio il manuale francese di AUZERO, BAUGARD, DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2023, c’è una sezione intitolata *Les libertés et droits fondamentaux* in cui vengono indicate quattro libertà: a una vita personale, di espressione, di libero esercizio di una attività professionale, religiosa.

gimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini ... sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore"<sup>53</sup>. La protezione della libertà del lavoratore consiste nel separare quella espressione di libertà personale dalla obbligazione di lavoro subordinato perché al di fuori dell'oggetto che configura l'obbligazione contrattuale di lavoro subordinato c'è la piena libertà della persona e della sua identità. In altre parole, è vero che la prestazione di lavoro impone restrizioni alle libertà individuali ma solo nei limiti in cui ciò è necessario al suo esatto adempimento. Fuori dall'area delimitata dal lavoro, c'è libertà personale. Quindi, per garantire la libertà personale occorre garantire la libertà dal lavoro, cioè da ciò che non costituisce obbligo contrattuale.

Questo vuol dire che non si tratta di una libertà personale protetta in modo assoluto. Tutt'altro. Se proviamo a leggere al contrario la norma dello *Statuto* (come qualsiasi altra norma analoga) questa consente indagini sulle opinioni dei lavoratori se sono rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale. Quindi, anche queste specifiche libertà personali possono essere limitate se rientrano nell'ambito dell'obbligazione di lavoro subordinato, cioè se sono rilevanti per l'esatto adempimento della prestazione di lavoro. Questo vuol dire che queste libertà personali possono essere limitate quando il loro esercizio compromette l'esatto adempimento della prestazione di lavoro<sup>54</sup>.

Come si vede, la libertà personale è protetta nell'area esterna alla subordinazione per com'è definita dall'oggetto del contratto di lavoro; quando invece la libertà personale influisce sull'adempimento allora può essere limitata. Come si vede, quanto più l'area della subordinazione è precisa e delimitata tanto più precisa e delimitata sarà l'area di esercizio della propria libertà.

b) La libertà 'dal' lavoro come libertà nel tempo libero.

<sup>53</sup> A proposito di diritto francese, l'art. L. 1121-1 del *Code du travail* così recita "niente può apportare restrizioni ai diritti delle persone e alle libertà individuali e collettive che non siano giustificate dalla natura delle mansioni da compiere o proporzionate al risultato atteso".

<sup>54</sup> Che poi ci debba essere l'effettivo inadempimento oppure la mera lesione del vincolo fiduciario è altra questione che ho avuto modo di trattare in uno studio di molti anni fa: *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2003 p. 193 ss. Quanto alla libertà assoluta di opinione/identità, a quanto mi risulta, la sola eccezione, in Italia, che sancisce una libertà assoluta mi pare riguardi l'obiezione di coscienza del personale medico nel caso di adibizione alle procedure per l'interruzione di gravidanza; non a caso si tratta di una espressa previsione di legge.

Questo discorso sulla libertà 'dal' lavoro intesa come precisa delimitazione dell'area della subordinazione rispetto all'area di esercizio della libertà del lavoratore vale anche quando pensiamo al tempo in cui un lavoratore può esercitare la sua personale libertà rispetto al tempo in cui è assoggettato al potere del datore di lavoro. A tal proposito non sembri fuori luogo citare un passo della *Filosofia del diritto* di Hegel allorché scrive: "l'uso delle mie forze è diverso da esse stesse e quindi da me, soltanto in quanto esso è quantitativamente limitato" (par. 67). Se richiamiamo quanto detto all'inizio sulla funzione liberatoria che ha avuto il libero contratto di lavoro rispetto al rapporto servile, già Hegel valorizza la dimensione oggettivata dello scambio fra lavoro e salario come unica giustificazione di un libero contratto (rispetto alla perpetuità illimitata della soggezione servile). Ebbene, fin da allora unica condizione perché il lavoro possa essere oggetto di contratto è la sua determinazione quantitativa. Per legittimare l'assoggettamento dei liberi, al pensiero liberale delle origini non bastava solo appellarsi alla libera volontà di assoggettarsi (perché in tal caso saremmo stati come nel lavoro servile medievale) ma occorreva delimitare l'assoggettamento oggettivando in modo determinato il lavoro. Il lavoro oggetto di libero scambio contrattuale deve essere determinato nella quantità, cioè nel suo tempo, proprio per separare il tempo della libertà del lavoratore dal tempo della sua soggezione.

L'oggettivazione contrattuale del lavoro (in questo caso attraverso la determinazione dell'orario) non libera il lavoro ma libera il lavoratore dal lavoro smisurato; l'oggettivazione contrattuale lo libera per la parte della sua vita in cui non è al lavoro.

Ecco perché nel diritto del lavoro si pongono limiti massimi alla durata della giornata di lavoro, della settimana lavorativa, limiti massimi alla durata del lavoro supplementare; ecc. La predeterminazione del tempo di lavoro è sinonimo di maggiore garanzia della libertà dei lavoratori di godere pienamente del tempo libero. Quando un lavoratore è vincolato anche nel tempo di non lavoro per esempio mediante la c.d. reperibilità, i contratti collettivi prevedono una remunerazione aggiuntiva proprio perché serve a compensare la ulteriore limitazione della libertà di quel lavoratore di godere del suo tempo libero.

Più rigido è il confine fra tempo di lavoro e tempo libero, più certo e determinato è il confine che separa subordinazione e libertà più effettivo sarà il godimento di quella libertà. Questo confine, però, può essere elastico,

flessibile: allora il grado di protezione della libertà del lavoratore varia in base al grado di rigidità/flessibilità del confine fra tempo di lavoro e tempo libero.

In tal senso, però, può diventare importante determinare come può esercitarsi il potere di variare/flessibilizzare quel confine fra subordinazione e libertà. Voglio dire che se la variazione dipendesse dalla volontà del lavoratore di modificare i tempi di lavoro in base alle sue esigenze, essa costituirebbe un rafforzamento della sua libertà perché il godimento del tempo libero dipenderebbe dalla volontà del lavoratore (pensiamo al caso del lavoro agile dove non avere «precisi vincoli di orario» costituisce una flessibilità agita dal lavoratore); invece, se la variabilità dei tempi di lavoro dipendesse dalla volontà del datore di lavoro l'esercizio della libertà del lavoratore sul tempo di non-lavoro si ridurrebbe perché il godimento del tempo libero sarebbe condizionato dalla volontà altrui (pensiamo alla disciplina della flessibilità oraria, nelle sue varie forme).

Insomma, l'oggettivazione contrattuale del lavoro realizza una de-limitazione del potere del datore di lavoro che protegge lo spazio di libertà dei lavoratori, declinata come libertà dalla subordinazione nel lavoro. Anche in questo caso, la libertà 'dal' lavoro non nega il rapporto di potere cioè la libertà limitata (o finanche negata) 'nel' lavoro subordinato ma si esercita nel diritto di sottrarsi alla subordinazione.

c) la libertà 'dal' lavoro come libertà di sospendere il lavoro.

Questa declinazione della libertà dei lavoratori come diritto di sottrarsi all'obbligazione di lavoro subordinato, ci offre un'ulteriore prospettiva nella concezione della libertà 'dal' lavoro. Prendiamo ad esempio il diritto alla sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia. In questo caso un lavoratore ammalato ha il diritto di curarsi senza essere obbligato a lavorare. È vero che il diritto al congedo per malattia è espressione del diritto fondamentale alla tutela della salute *ex art. 32 Cost.*; nondimeno, il diritto alla salute dei lavoratori sarebbe frustrato se non vi fosse corrispondentemente il diritto di un lavoratore ammalato alla libertà dall'obbligazione di lavorare. Peraltro, si tenga presente che si tratta proprio di un atto di libera volontà dal momento che un lavoratore non è obbligato alla sospensione della prestazione in caso di malattia se non è la sua volontà a rivendicare la sospensione: infatti, nessuno può impedire a un lavoratore di andare ugualmente al lavoro pur avendo febbre alta. Resta fermo che egli ha il pieno diritto di liberarsi dall'obbligazione di lavorare per curarsi.

Questo discorso vale anche per tutti gli altri diritti a congedi e permessi



grazie ai quali un lavoratore, in determinate condizioni può essere libero dall'obbligazione di lavorare.

Questa concezione della libertà 'dal' lavoro ci permette anche di apprezzare un ulteriore elemento che valorizza la scelta dell'ordinamento di proteggere la libertà 'dal' lavoro così concepita: mi riferisco alle ipotesi di sospensione della prestazione nel qual caso resta fermo il diritto alla retribuzione o all'equivalente funzionale (per stare all'esempio, l'indennità di malattia). Non che senza conservare la retribuzione durante il periodo di assenza giustificata dal lavoro non sarebbe garantita la libertà dal lavoro (pensiamo ai diritti di congedo senza diritto alla retribuzione); tuttavia, l'ordinamento giuridico sostiene la libertà 'dal' lavoro se la scelta di un lavoratore di esercitare quella libertà di sottrarsi all'adempimento contrattuale non provoca un sacrificio economico-retributivo: in questo senso, favorire l'integrazione della indennità di malattia fino al 100% della retribuzione ordinaria di un lavoratore, come fanno molti contratti collettivi, è una norma inderogabile di origine contrattuale che sostiene la libertà 'dal' lavoro. Quindi, attraverso questi diritti, la libertà 'dal' lavoro subordinato si sostanzia non solo nella libera volontà dell'individuo di sospendere la prestazione di lavoro per malattia ma anche nella sua promozione in termini di effettiva garanzia del diritto sociale alla salute.

Alla luce di questa casistica, possiamo dire che questa terza declinazione della libertà (la libertà 'dal' lavoro) è una libertà che non nega la condizione di assoggettamento contrattuale al potere del datore di lavoro, cioè non nega la limitazione (o negazione) della libertà dei lavoratori, derivante a sua volta dall'esercizio della libertà 'di' lavoro, ma che protegge la libertà del lavoratore sottraendolo al vincolo della obbligazione subordinata. Una libertà 'dal' lavoro che si realizza delimitando la subordinazione, oggettivando la prestazione di lavoro, così separandola dalla condizione di libertà da quel vincolo.

6. *Per concludere: quale libertà 'del' Lavoro? Sulla libertà del soggetto collettivo produttore*

Le tre preposizioni con le quali abbiamo declinato il rapporto fra libertà e lavoro ('di', 'nel' e 'dal') ci permettono di indagare le diverse prospettive in cui rapportare diritti di libertà in un rapporto di potere, qual è quello di lavoro subordinato. Un rapporto di potere, beninteso, che deriva da un rap-

porto fra due libertà: la libertà del lavoratore di lavorare tramite contratto e la libertà del datore di lavoro che si esprime non soltanto nella volontà contrattuale ma – ecco il punto – nell’esercizio del potere gerarchico in quanto datore di lavoro. Due libertà contrapposte in cui una – quella del datore di lavoro – ha un *quid pluris* che attiene alla natura stessa della fattispecie: col contratto si istituisce una posizione di potere che esprime pienamente la libertà, a dispetto della posizione di subordinazione che esprime limitazione (o negazione) della libertà. Ecco l’ambivalenza del rapporto fra libertà e lavoro nel contratto: ad uguale libertà corrisponde diseguale potere.

Questo potrebbe indurci a dire, dunque, che il lavoro subordinato libero è un ossimoro perché il lavoro subordinato è alienato, è estraniato. Le tre preposizioni del rapporto fra lavoro e libertà sembra che non intacchino questi connotati ontologici, strutturali del lavoro subordinato; cioè a dire che la libertà contrattuale ‘di’ lavorare e la libertà ‘nel’ lavorare intesa come libertà ‘dal’ lavorare, non intaccano ancora l’alienazione e l’estraniamento del lavoro subordinato<sup>55</sup>.

Si potrebbe obiettare che proprio la dottrina dell’autodeterminazione, dell’autorealizzazione è una possibile risposta alternativa: ciò sarebbe vero solo a condizione di definire cos’è il lavoro alienato, il lavoro estraniato. Il lavoro soggettivato rimuove l’alienazione del lavoro subordinato? L’alienazione, l’estraniamento sono fattori su cui è possibile agire sul piano della dimensione individuale della determinazione della prestazione di lavoro? Insomma, un lavoratore agile che può scegliere quando e come organizzare il suo tempo di lavoro può dirsi un lavoratore meno alienato? In questa prospettiva, un cassiere di supermercato, come potrà reimpossessarsi del suo lavoro? In che modo, cioè, il Lavoro come fattore produttivo (e non già il mero “lavorare”) può recuperare una componente di libertà?

In un saggio poco noto di un intellettuale sovietico, intitolato *Il lavoro e la libertà*, si legge che lavoro non-libero è lavoro assoggettato al controllo del potere, ma che “il problema non sta tanto nel controllo, quanto nella forma sociale in cui questo controllo si realizza”<sup>56</sup>. Si tratta di una notazione

<sup>55</sup> Segnalo – senza poterlo trattare in questa occasione – un libro di recente pubblicazione (DONAGGIO, ROSE, CAIRO (a cura di), *Lavoro e libertà?*, Mimesis, 2023) in cui il Collettivo ArTLib “Atelier de recherche Travail et Liberté” dell’Institut d’étude avancées d’Aix-Marseille Université, propone cinque declinazioni del rapporto fra lavoro e libertà: liberare il lavoro, liberarsi nel lavoro, liberarsi tramite il lavoro, liberarsi malgrado il lavoro, liberarsi dal lavoro.

<sup>56</sup> DAVIDOV, *Il lavoro e la libertà. Una teoria della società comunista*, Einaudi, 1966, p. 72.

molto utile perché ci offre una prospettiva diversa sulla liberazione ‘del’ lavoro collocando la lotta contro l’alienazione e l’estraniamento a un livello superiore alla questione individuale del rapporto fra potere e libertà, a un livello macro-organizzativo del processo produttivo, su un piano che prova a diversificare la questione gerarchica individuale dalla questione della estraneità al processo di direzione e organizzazione della produzione.

Si tratta di una prospettiva che potrebbe rendere utile sviluppare una quarta declinazione del rapporto fra lavoro e libertà usando una quarta preposizione: la libertà ‘del’ lavoro come soggetto produttivo. Tornando alla domanda da cui si è partiti in questo discorso, stimolati dal verso finale del canto delle mondine quando rivendicano di “lavorare in libertà”, se ci chiediamo qual è la libertà rivendicata da queste mondine, si potrebbe rispondere col ritornello di un’altra canzone abbastanza famosa, di Giorgio Gaber, risalente al 1972, intitolata *La libertà*, il cui ritornello recita così: “La libertà non è star sopra un albero / Non è neanche il volo di un moscone / La libertà non è uno spazio libero / Libertà è partecipazione”.

**Keywords**

Lavoro, Libertà, Diritto, Protezione, Autonomia.

Labour, Freedom, Law, Protection, Autonomy.

**Luca Calcaterra**

La dignità del lavoro e la poesia delle piccole cose.  
Su *Perfect Days* di Wim Wenders

I giorni perfetti, e sempre apparentemente uguali a loro stessi, di un addetto alla pulizia dei servizi igienici di un quartiere di Tokyo sono l'occasione per la rappresentazione di una vita contro corrente, anti-tecnologica e ispirata alla coltivazione del proprio mondo interiore. Una rappresentazione per la quale Wenders sceglie un uomo colto e sensibile, in fuga dalle violenze del presente e alla ricerca di una dimensione intimistica ed essenziale della vita.

C'è, come in altri lavori del cineasta tedesco, un dramma retrostante, ma si avverte appena ed è funzionale a restituire 'profondità' alla storia e al personaggio. Lo spettatore è invece preso in una dimensione che sfiora il nichilismo e, talora, rischia di caderci. Ma il ritmo è tutt'altro che lento, non lascia spazio al senso di vuoto, e il messaggio è tutt'altro che nichilista: la narrazione sfiora in molti modi alcuni canoni del cinema asiatico contemporaneo, ma il punto di osservazione resta saldamente quello di un occidentale che guarda ad alcuni cardini della cultura giapponese e li sceglie come simbolo di reazione all'individualismo e alla modernità disordinata e superficiale del contemporaneo.

Una volta mio padre mi disse che se nella vita avessi avuto come lavoro quello di svolgere mansioni elementari come pulire pavimenti, se lo avessi fatto con impegno e intelligenza ci avrei trovato soddisfazione. Non posso non ammettere che *Perfect days* ha subito riportato alla mente questo insegnamento di mio padre. La dignità e l'interesse per ciò che si fa non hanno, non possono avere e non devono avere il metro del successo socialmente riconosciuto, né tanto meno quello del ritorno economico che si ottiene nello svolgere una data attività (ovviamente con il limite di una retribuzione pro-

porzionata e sufficiente, insomma anch'essa giusta e dignitosa, ma questo è un altro tema). La dignità del lavoro sta nel fare bene ciò che si fa. Sottolineare quanto questo messaggio sia contro corrente è forse superfluo, in un'epoca in cui l'ostentazione di qualunque momento della vita è assurta a metro dell'esistenza stessa della realtà.

Da altro punto di vista il film di Wenders sottolinea quanto il lavoro sia non solo, come vuole la nostra Costituzione, fondamento della società e del suo essere costituita nella forma politicamente organizzata della democrazia, nonché strumento di partecipazione alla vita sociale e politica, ma anzitutto uno strumento di equilibrio e di stabilità per l'essere umano, che, trovando in esso la propria dignità, trova grazie a esso la propria stabilità e il proprio, pur fragile, equilibrio. Il lavoro, dunque, per quanto semplici possano essere le mansioni svolte, non solo concorre al progresso materiale o spirituale della società, per usare le parole dell'art. 4, comma 2 della nostra Costituzione, ma contribuisce nella stessa misura, e in modo fondamentale, al progresso materiale e spirituale del singolo. E ciò che più conta è che la pellicola ci vuol ricordare – in maniera forse idealistica, ma non direi ipocrita (come pur qualche critico maldestro ha voluto sostenere) – che il progresso spirituale non solo è, sul piano individuale, assai più rilevante di quello materiale, ma che esso non va necessariamente inteso come la tensione ad obiettivi aulici quanto irraggiungibili (per i più), bensì deve essere interpretato come una costante ricerca di un equilibrio difficile per l'essere umano. La dedizione al lavoro, la dignità nello svolgere il lavoro non è qui dunque solo un richiamo al lavoro dignitoso, così presente nella legislazione europea, cioè al lavoro che viene svolto in condizioni rese dignitose dagli altri, ma è anche, e direi forse soprattutto, al lavoro che è dignitoso perché svolto con impegno, con partecipazione, con dignità appunto.

Hirayama, il protagonista del film, rappresenta bene la 'ribellione' alla volgarità del presente, attraverso un racconto articolato intorno a quattro elementi fondamentali che emergono dalle sue giornate.

1. La dedizione e la dignità del proprio lavoro, un'attitudine quasi religiosa e grata verso di esso. La dedizione al proprio lavoro si accompagna alla serena soddisfazione del protagonista quando gli utenti usano i bagni trovandoli puliti o quando lui mostra il funzionamento di alcuni di essi, costruiti con pareti di vetro che si opacizzano nel momento in cui la porta viene

chiusa. Questa dedizione fa anche sì che Hirayama possa affrontare le sue giornate con una serena consapevolezza e restando in contatto con se stesso, evitando l'alienazione che la ripetitività potrebbe indurre. Qualcuno si è spinto a parlare di *mindfulness*... certo è che c'è una coscienza viva in queste giornate, un'attenzione vispa a ciò che accade intorno a sé, indubbi indicatori di un'attitudine che è spesso appannata nella ripetitività di molti lavori condotti svogliatamente.

2. I bagni pubblici, eletti da Wenders a simbolo del senso collettivo di una civiltà, quella giapponese. I bagni sono come dei templi, hanno un valore che trascende la loro oggettività e mostrano un lato fondamentale della civiltà giapponese. Sono strutture architettonicamente pregevoli (frutto di uno specifico progetto della città di Tokyo, che ha ingaggiato architetti di fama per disegnarli), inserite in contesti spesso verdi, talora persino all'interno di parchi dove si scorgono strutture architettoniche d'epoca che ricordano proprio i templi buddisti giapponesi. La lontananza di questi bagni pubblici da quelli che troviamo in occidente, per non parlare di quelli italiani in particolare, emerge non solo dalla pulizia attenta e dunque dal lavoro di Hirayama, ma anche dalla loro oggettiva bellezza. I bagni pubblici, che nell'immaginario collettivo occidentale sono un luogo indispensabile e repellente al tempo stesso, sono qui un luogo simbolico di vita, di dignità e quasi appaiono come piccoli templi celebrativi dei valori sui quali questa pellicola vuole portare la riflessione dello spettatore.

3. Il rifuggire dalla tecnologia. Non vengono attaccati i *social network*, ma tutto il mondo digitale e la modalità con la quale chi ne fa uso, quasi fosse una droga, altera e forse distrugge il presente. Questa separatezza di Hirayama dal presente è al tempo stesso il veicolo di una sua diversa apertura al mondo, che stupisce e talora affascina e attrae le persone che gli si avvicinano. Una diversa forma di contatto virtuale, la vive con il gioco del *tris* – trovato in uno dei bagni che ha il compito di pulire – che porta avanti con qualche sconosciuta controparte (forse la ragazza che vede mangiare un *sandwich* quando lui fa la pausa pranzo proprio nel giardino vicino a quel bagno?). Ma quanta delicatezza, quanta poesia in questo contatto virtuale tra ignoti, che non possono però vedersi, scrutando ogni difetto come sui *social*

*network* e nelle *chat* contemporanee... ancora una volta sembra l'intento del regista sia mostrare un rigetto pieno e totale delle modalità di contatto contemporanee, così protese verso una apparente soddisfazione materiale degli appetiti e dei bisogni individuali e al tempo stesso così incapaci di soddisfarli.

4. La capacità di esserci per gli altri, la disponibilità verso l'essere umano, anche se non conosciuto (v. il caso del gioco nei bagni, di cui si è appena detto). Questa è la vera apertura di Hirayama, un uomo forse ferito e in parte chiuso in un proprio mondo protetto, che però sa accogliere la nipote che compare scappando di casa (e qui emergono le origini alto borghesi del protagonista, la cui sorella viene a riprendere la figlia con un'automobile nera guidata da un autista) e alla quale Hirayama offre il suo *tatami*, dormendo sul pavimento in uno sgabuzzino, così come sa ascoltare, tranquillizzare e distrarre l'ex marito della signora che gestisce un *bistrot* che Hirayama frequenta e per la quale sta sviluppando dei sentimenti, al punto tale che questi gli chiede di aver cura della donna (secondo alcuni questa parte vorrebbe simboleggiare Ozu, maestro del cinema giapponese punto di riferimento di Wenders, che gli affida il compito di prendersi cura di una società malata, ma non è questa la sede per discutere questa interpretazione). Questa generosità di animo emerge poi come aiuto per un collega un po' bizzarro, ma anche come capacità di giocare con lo sconosciuto ex marito della donna che lui forse ama o a cui si interessa, al quale riesce a donare un momento di serenità semplicemente giocando. La sua apparente chiusura rivela una capacità di reale apertura, che i suoi interlocutori avvertono molto chiaramente. Così è per la nipote, per l'ex marito della donna che gestisce il *bistrot* che lui frequenta, come per lo scapestrato collega di lavoro che Hirayama aiuta economicamente e non solo, ma anche per la fidanzata di questi, che resta affascinata da quest'uomo così saldamente fermo in un mondo che si muove all'impazzata.

La scena finale ci mostra il viso del protagonista in primissimo piano tra il sorriso e il pianto, gli occhi rossi e lucidi. Una scena che richiama le difficoltà della vita del protagonista e della sua ricerca di un'armonia interiore difficile da preservare e che testimonia di come l'uomo sia sempre in bilico tra gioia e tristezza, tra serenità e agitazione, tra sentimenti positivi e negativi. Questa precarietà emotiva dell'essere umano è inevitabile e non riesce a evi-



tarla neanche Hirayama, per il quale pure la dignità del proprio lavoro e la semplicità della propria vita restano i pilastri che gli consentono equilibrio e, per quanto possibile per l'essere umano, serenità.



## Salvatore D'Acunto

Il fascino discreto dell'alienazione.

Un commento a *Perfect Days* di Wim Wenders

1. Ho cominciato a frequentare il cinema di Wenders in un momento della vita in cui avevo sviluppato una spiccata predilezione per forme artistiche ribelli alle regole dei 'generi', o addirittura programmaticamente orientate alla destrutturazione del movimento narrativo. Devo ammettere che la sua influenza sulla mia formazione culturale ed estetica non è stata per niente irrilevante. Il più vistoso effetto delle sollecitazioni legate alla visione dei suoi film fu di 'riabilitare' ai miei occhi il ruolo della drammatizzazione nelle arti narrative.

Gli argomenti del cineasta tedesco a favore della drammatizzazione erano garbati, ma assai convincenti. Con i suoi film, Wenders sembrava volermi dire che, per fare una rivoluzione estetica, non è né necessario, né utile traumatizzare lo spettatore, rovesciandogli addosso immagini e vicende prive di un principio organizzatore immediatamente fruibile. Un autore deve fare i conti con il meccanismo di organizzazione delle percezioni già installato nell'*hardware* dello spettatore, con le categorie con cui egli è abituato a razionalizzare la propria vita: condizione esistenziale, desideri, vincoli, risorse, alleati, antagonisti, strategie. Il prodotto sarà intelleggibile solo se si dipana lungo questo filo, se inscena un conflitto tra lo stato di cose presente e uno stato di cose desiderato, una tensione del protagonista della narrazione a muoversi dalla propria condizione concreta verso un obiettivo esistenziale, facendo i conti con i vincoli che un po' le istituzioni sociali e un po' le sue scelte personali gli hanno cucito addosso.

Il modo in cui l'autore riempie questo *puzzle* è secondario, sembrava volermi dire Wenders. Si può raccontare la storia un uomo ammalato di leu-

cemia che diventa killer per assicurare un'esistenza tranquilla a moglie e figlio dopo la propria morte (*L'amico americano*); o quella di un regista alla disperata ricerca del proprio produttore scomparso senza lasciare traccia, insieme ai finanziamenti necessari a concludere il film (*Lo stato delle cose*); o quella di un angelo affascinato dal mondo e deciso a "perdere le ali" pur di vivere l'amore e il dolore connaturati alla dimensione umana (*Il cielo sopra Berlino*). L'importante è solo che la narrazione 'funzioni'.

In genere funzionava. Funzionava e odorava di fresco. Funzionava perché dentro ci ritrovavi l'accogliente tepore delle convenzioni di 'genere', quella piacevole sensazione di familiarità che avvertiamo quando le storie si muovono lungo binari 'riconoscibili'. E odorava di fresco perché lo sforzo costante di Wenders era, malgrado la fedeltà ai canoni di genere, sorprenderti con la contaminazione tra i protocolli narrativi, 'scartare di lato' in maniera quasi impercettibile, ma a volte fino a corrodere i tuoi punti di riferimento più consolidati. Così, scopri che si può girare una *gangster-story* incistata su un melodramma (ancora *L'amico americano*), o una *detective-story* in cui l'oggetto dell'indagine è la ricostruzione del melodramma che ne è l'antefatto (*Paris Texas*). Insomma, che la materia del racconto cinematografico può rivelare gradi di malleabilità insospettabili, se ci si applica, e grazie a quella malleabilità coniugare il piacere del 'conoscere' con il piacere del 'ri-conoscere'.

L'importante è usare il tempo che va dalla prima inquadratura ai titoli di coda per materializzare sullo schermo un conflitto e renderlo credibile agli occhi dello spettatore. Dare sostanza alla condizione esistenziale del protagonista, alle sue motivazioni e a quelle dei suoi alleati ed antagonisti, al mutamento emotivo e agli eventi fortuiti che fanno da snodi della drammatizzazione. Se la drammatizzazione funziona, poi possiamo farcene le cose più svariate: magari mettere lo spettatore di fronte a dilemmi etici o politici, e magari indurlo a riconsiderare il senso delle sue scelte esistenziali in una nuova luce. Ma è una questione di secondo ordine. La questione prioritaria è narrare "modi di vivere nel presente, magari pessimisticamente determinati, ma comunque vivi", come scriveva Goffredo Fofi proprio a proposito del primo quindicennio della produzione wendersiana.

2. I tempi eroici in cui Wenders contribuì significativamente a convincermi del potere della drammatizzazione sono però assai lontani. Segni di cedimento rispetto a quel progetto estetico si percepivano già chiaramente

nei primi anni '90. Mi annoiai molto guardando *Così vicino, così lontano* e *Lisbon Story*. La sua drammatizzazione non funzionava più. Il tessuto narrativo si sfilacciava, la psicologia dei personaggi era sempre più superficiale. Costruire storie credibili è una gran fatica, e quando non hai più 'fame' la fatica comincia a pesarti molto. Più facile mascherare la sciatteria narrativa dietro un lirismo di facciata, soprattutto se un'intelligenza ripiegata e disimpegnata ti ha eletto autore di culto, e guardare i tuoi film è diventata una sorta di ritualità iniziatica per l'accesso a certi circuiti relazionali. Giudicai esaurita la sua vena creativa e decisi di stare lontano dal suo cinema (e dall'intelligenza ripiegata e disimpegnata che lo frequentava), facendo solo qualche eccezione per i documentari (superbo *Il sale della terra*).

Mi sono riavvicinato a Wenders solo nei giorni scorsi, attratto dal cicaleccio social attorno a *Perfect days*, con riscontri non precisamente entusiasmanti. *Perfect days* parla (l'espressione "parla di" in luogo di "è la storia di" non è affatto casuale, ci torneremo più avanti) di Hirayama, dipendente di un'impresa che si occupa della pulizia dei bagni pubblici nella città di Tokyo. La vita di Hirayama è scandita da una routine inesorabile. Si sveglia, innaffia le piante, attraversa la città in furgoncino ascoltando musica degli anni '70 rigorosamente in musicassette dell'epoca, svolge il turno di lavoro mattutino, consuma una frugale colazione in un parco pubblico, scatta fotografie (rigorosamente con dispositivi analogici) agli alberi. Poi turno di lavoro pomeridiano, rientro a casa, relax alle docce pubbliche, passeggiata in bicicletta, una bevuta in un bar di un centro commerciale, ogni tanto una visita in libreria alla ricerca di un nuovo libro da leggere prima del sonno, la domenica bucato in una lavanderia *self service* e cena in un ristorante dove la titolare allietta gli avventori con canzoni popolari malinconiche.

Ciò che più colpisce lo spettatore è che nella vita di Hirayama non esiste una vita sociale distinta dalle relazioni di mercato. Le uniche persone con cui interagisce – con pochissime parole, più spesso con appena percettibili cenni d'intesa – sono infatti colleghi di lavoro, titolari degli esercizi commerciali che frequenta e relativi avventori. Non ha famiglia, né una compagna, né amici, né desiderio di condividere con altri i propri interessi (ad esempio, Hirayama ignora le ripetute sollecitazioni della libraia a discutere con lei delle sue letture, a dispetto del fatto che la letteratura sia evidentemente una sua grande passione). E tuttavia, su questa socialità 'feticistica' intessuta attorno alle relazioni di scambio, il protagonista ha costruito un sostanziale equilibrio esistenziale. Hirayama è a suo agio nel mondo, ed

è privo di qualunque aspirazione al mutamento della propria condizione (economica, sociale, affettiva). Lo spettatore aspetta per due ore un momento di conflitto che non si materializza mai. Vorrebbe parteggiare, indignarsi, partecipare emotivamente al successo o alla sconfitta dei progetti del protagonista, ma non può. Non può perché il protagonista non insegue sogni, né ambizioni professionali, né aspirazioni affettive. Hirayama intorpidisce piano piano lo spettatore trascinandolo nella circolarità apatica delle sue giornate.

Questa imperturbabile routine è spezzata solo dalla comparsa di Niko, nipote che Hirayama non vede da molti anni. Scopriamo così che anche stavolta, come in *Paris Texas*, c'è un melodramma che fa da antefatto al film: in qualche momento della sua vita passata, Hirayama ha scelto di metter fine ad un doloroso conflitto familiare recidendo il legame con gli affetti più profondi. Per qualche minuto, lo spettatore si rianima, credendo che Wenders voglia finalmente tornare alle sue corde narrative preferite di un tempo, ma è un'illusione di brevissima durata. Wenders non ha nessuna intenzione di dare al melodramma che fa da antefatto al film il ruolo di 'motore' della storia (come invece aveva fatto in *Paris Texas*). Il conflitto familiare è ormai alle spalle. Si affaccia nel presente di Hirayama come una mera parentesi, e si richiude dopo una ventina di minuti senza lasciare strascichi visibili. Lo spettatore viene ricacciato nell'oziosa osservazione di quella piatta ciclicità priva di sommovimenti capaci di produrre senso drammatico. Il film si chiude esattamente come è iniziato. Hirayama guida il suo furgoncino ascoltando musica degli anni '70 e sorride.

3. La prima impressione all'uscita dalla sala è che Wenders abbia in sostanza portato alle estreme conseguenze quella propensione, già chiaramente percepibile nei film della metà degli anni '90, a dissolvere la drammatizzazione e a sostituirla con una sorta di pseudo-lirismo. Che dire di questa deriva anti-narrativa e pseudo-lirica? Proverei ad articolare un commento attorno a due questioni. La prima ha a che fare con la natura del 'medium'. Come dicevo in apertura di questo scritto, per merito (o per colpa, a seconda dei punti di vista) di Wenders e di qualcun altro, nel mio immaginario si è consolidata l'idea che il cinema sia un medium caratteristicamente 'narrativo'. Il cinema ha a che fare con il tempo, e l'uso del tempo nelle arti è difficile da giustificare se non come espediente per mostrare il mutamento. "*Nel corso del tempo qualcosa può cambiare*", scriveva sempre Fofi qualche anno fa, gio-

cando con il titolo di uno dei più bei film del cineasta tedesco. Ed è proprio per il fatto che qualcosa può cambiare che lo spettatore si siede in una scomoda poltrona in una sala buia di fronte a uno schermo illuminato: perché vuole essere ammesso al mistero di come il tempo scolpisce il mutamento nelle vite degli uomini, mistero che il cinema ha saputo così mirabilmente indagare. Altrimenti andrebbe in una galleria d'arte a guardare dipinti e fotografie, oppure in un museo ad ammirare sculture. Lo spettatore consapevole della specificità del medium non potrà quindi non rimanere profondamente deluso nello scoprire che a Wenders non interessa (più) la dinamica, che quelle decine di metri di pellicola non servono a far "avanzare" una storia, ma solo a mostrare una ciclicità ostinatamente refrattaria al mutamento, a ritrarre "impressionisticamente" la fissità imperturbabile del mondo interiore autosufficiente e in perfetto equilibrio di Hirayama.

Sono ovviamente pronto ad ammettere che questa figura di spettatore non sia l'unica, né necessariamente quella numericamente maggioritaria. Anzi, potrei addirittura ammettere che questo interesse per la 'meccanica' della narrazione sia il risultato di una storia personale troppo peculiare per poter essere generalizzata. Magari i miei incontri con Wenders nelle sale cinematografiche di una trentina di anni fa hanno esercitato un'influenza deleteria e finito per sviluppare in me una sorta di perversione estetica. L'ingestione di dosi massicce di quel particolare tipo di manipolazione emotiva che consiste nel sollecitare lo spettatore a partecipare alla vita dei protagonisti sullo schermo potrebbero avermi reso 'dipendente' dalla drammatizzazione, e quindi incapace di digerire un film che vi rinuncia del tutto. In fin dei conti cosa c'è poi di male a mescolare i ruoli tra arti 'narrative' e arti 'figurative' e sperimentare se la macchina da presa non possa magari esprimere con altrettanta efficacia ciò che fino a oggi è stato affidato al lavoro del pennello e dello scalpello (e magari anche viceversa)?

Certo, perché no? Ma allora si apre una seconda questione. Una volta che si neghi al cinema una specificità, e quindi il criterio valutativo basato sulla congruenza tra il raccontato e lo strumento del racconto venga (coerentemente) messo in soffitta, la critica continua ad avere senso? E se sì, su quali basi? Temo che a questo punto non restino molte alternative: se ci è interdotta la possibilità di valutare l'adeguatezza del meccanismo narrante, rimane aperta sostanzialmente soltanto la possibilità di discutere del *contenuto* della narrazione, cioè della capacità del film di lanciare allo spettatore messaggi eticamente, socialmente e politicamente 'meritevoli'. Il film che si

snoda sullo schermo smette cioè di essere strumento di confronto critico con i nodi dell'esistenza, e diventa mero veicolo promozionale di un 'modello esistenziale'. E quando ci si avvia lungo questa strada, la critica non può che ridursi ad una mera valutazione di congruenza tra l'ideologia del regista e l'ideologia dello spettatore.

Le dichiarazioni rilasciate dal regista all'indomani dell'uscita del film avvalorano effettivamente l'ipotesi che sia questo il terreno sul quale Wenders abbia voluto 'incontrare' (o scontrarsi con) lo spettatore: che abbia cioè voluto usare il personaggio di Hirayama in maniera simbolica, per indicarci una modalità 'virtuosa' di confronto con l'esistenza. E non è neanche improbabile che, su questo terreno, le sensibilità di Wenders e del pubblico si siano effettivamente incontrate: che cioè la spiegazione dell'apprezzamento di tanti spettatori per questo film sia che abbiano trovato attraente il modello esistenziale dipinto sullo sguardo e sulla postura di Hirayama rispetto al mondo. Che abbiano subito il fascino (molto discreto) di quel miracoloso equilibrio tra ascetismo e mondanità; di quella gentile ma decisa ostinazione a tenersi a distanza dalla violenza del cambiamento impostoci dalla tecnologia; di quella rinuncia esplicita ad investire energie emotive su un qualsivoglia 'progetto' (professionale, affettivo, politico) e di quello speculare aggancio all'ancora della reiterazione circolare di ritualità.

Per quel che mi riguarda, il problema è che la drammatizzazione non è solo una scelta estetica, ma anche una scelta etica e politica. Mettere sullo schermo uomini e donne vivi, che lottano per un obiettivo, che provano a rispondere alle domande di senso che il mondo gli rimanda non è solo un modo per produrre meccanismi narrativi capaci di avvicinare lo spettatore, ma anche la condizione necessaria (anche se non sufficiente) perché un prodotto filmico possa trasmettere quella domanda di senso al pubblico, ed esprimere quindi un qualche spessore etico e politico. E trovo invece assai inquietante che la messa in scena dell'acquiescenza dell'uomo rispetto alla cancellazione dalla nostra vita di qualsiasi spazio di socialità non mercificato possa rappresentare, agli occhi di qualcuno, un 'modello esistenziale'.

Film come *Perfect Days* forniscono ovviamente uno straordinario alibi a quanti hanno giudicato ormai vano ogni tentativo di capire il mondo che abitano e adottato una scelta di 'ripiegamento'. Difficile però comprendere in che senso questo ne rappresenti un 'pregio' sul piano etico e politico. A meno di non accettare interpretazioni dell'arte che la riducono a mero farmaco per il trattamento sintomatico di una diffusa percezione dell'inutilità



dell'esistere, e quindi accettare una sostanziale assimilazione dell'arte all'intrattenimento.

Credo invece che il mondo abbia un grande bisogno di prodotti artistici che raccontino uomini e donne portatori di progetti di emancipazione personale e collettiva, stanchi di surrogare l'affettività con quel simulacro di socialità schiacciato sui circuiti di produzione e realizzazione del valore, desiderosi di incrociare lo sguardo dei propri simili e magari di riprovare a pensarsi, insieme a loro, come pezzi di comunità.



## notizie sugli autori

### **Angelo Abignente**

*Ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Napoli Federico II*

### **Vincenzo Bavaro**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

### **Luca Calcaterra**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Suor Orsola Benincasa*

### **Giovanni Calvellini**

*Ricamatore di Diritto del Lavoro, Università di Siena*

### **Silvia Ciucciiovino**

*Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università di Roma Tre*

### **Salvatore D'Acunto**

*Associato di Economia politica, Università della Campania Luigi Vanvitelli*

### **Giovanni D'Amico**

*Ordinario di Diritto privato, Università Mediterranea di Reggio Calabria*

### **Vincenzo Luciani**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Salerno*

### **Luca Nogler**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Trento*

### **Valeria Nuzzo**

*Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università della Campania Luigi Vanvitelli*

### **Orsola Razzolini**

*Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università di Milano Statale*

**Roberto Romei**

*Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Roma Tre*

## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito: <https://www.ddlmm.eu>, sezione Rivista.



Finito di stampare nel mese di luglio 2024  
dalla Grafica Elettronica (Na)

