

Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*

Franco Carinci

1. Una premessa.	278
2. All'indomani del 31 dicembre 1947: i giuslavoristi di fronte al codice civile del 1942 ed al nuovo testo costituzionale.	282
3. Il codice civile del 1942: "pregiudizio" e "orgoglio".	283
4. La Costituzione del 1948: il "pluralismo istituzionalizzato".	287
5. La rinascita del diritto del lavoro all'insegna dell'autonomia dei privati.	290
5.1 L'autonomia collettiva.	290
5.2. L'autonomia individuale.	294
6. Lo Statuto dei lavoratori: la svolta "istituzionale".	296
7. L'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale.	302
7.1 La sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico".	302
7.1.1. La concertazione.	302
7.1.2. La contrattazione "delegata" (et alia).	307
7.2. Il contenimento del conflitto collettivo.	315
7.2.1. Dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori.	315
7.2.2. Dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo.	317
7.2.2.1. La Commissione di garanzia.	317
7.2.2.2. Il comportamento antisindacale.	319
7.2.2.2.2. Legittimazione ad agire e giurisdizione.	321
8. L'evoluzione post-statutaria del diritto del rapporto individuale di lavoro.	323
8.1. Il filo rosso della subordinazione.	323
8.1.1. Il "tormentone" dottrinale.	323
8.1.2. L'"ipse dixit" del legislatore: dalla legge n. 196/1997 al decreto legislativo n. 276/2003.	329
8.2. Il controllo dei poteri del datore di lavoro vis-à-vis dei diritti individuali.	334

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 54/2007

8.2.1. La “procedimentalizzazione”.	336
8.2.2. Il controllo sostanziale sul “motivo” e/o sul “criterio”.	337
8.2.2.1. Il filone “giustificatorio”.	339
8.2.2.1.1. Il controllo sul motivo.	339
8.2.2.1.2. Il controllo sul “criterio”.	342
8.2.2.2. Il filone “anti-discriminatorio”.	342
8.2.2.3. La “tipicità” del controllo.	344
8.2.2.4. La “peculiarità” del sistema sanzionatorio.	346
9. L’“influsso” esercitato dal diritto civile in materia di privacy e danno.	349
9.1. La privacy.	349
9.2. Il danno.	350
9.2.1. L’“ampliamento” ed il “trasloco” del danno risarcibile.	351
9.2.2. Il presunto “tramonto” del danno “in re ipsa” nel diritto del lavoro.	354
10. Estensione del diritto del lavoro come diritto privato e conferma della sua appartenenza all’“ordinamento civile”.	354
10.1. La c.d. privatizzazione del pubblico impiego.	354
10.2. La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 117, co. 2, lett. l).	355
11. La finanziaria del 2007: il controcanto.	357
12. E adesso pover’ uomo?	358

1. Una premessa.

Il titolo del saggio dà per sottintesa la storica contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, che è divenuta via via più evanescente, ma che era ben viva al tempo in cui il diritto del lavoro nacque sul finire dell'Ottocento e tornò a nascere nell'ultimo dopoguerra⁸⁴¹. Tant'è che il diritto del lavoro dovette sciogliersi dalla stretta del diritto pubblico per poter trovare la sua identità in quello privato, con riguardo al suo nocciolo duro, costituito dal contratto e dal rapporto.

Nel suo significato originario, rimasto classico, il diritto privato riguarda i rapporti fra individui, disciplinati nel codice civile, sì da dar luogo ad un uso interscambiabile fra diritto privato e civile. E se è vero che nel corso dell'ultimo scorcio del secolo precedente, il diritto del contratto, della proprietà, dell'impresa, della responsabilità civile pare aver ammorbido il suo significato originario (di regolamento dei rapporti interprivati) a favore di uno tecnico (di strumento spendibile nei rapporti fra soggetti privati, quanto fra soggetti pubblici e fra soggetti pubblici e privati)⁸⁴²; è pur vero che questo è avvenuto riducendo gli stessi soggetti pubblici allo stato laicale di *partners* di relazioni paritarie.

Il diritto privato è padre di innumerevoli figli, tutti ospitati nel codice civile del 1942, se pur destinati a seguire percorsi diversi, con la decodificazione e la moltiplicazione dei sotto-sistemi; fra questi, il più ribelle è stato fin dall'inizio, il diritto del lavoro, non per nulla esiliato fuori da quel libro IV contenente il diritto "comune" delle obbligazioni e delle loro fonti. Non sorprende, dunque, che proprio il rapporto fra diritto privato e del lavoro abbia costituito il costante sotto-fondo del dibattito dottrinale del secondo dopo-guerra, con a punto centrale la stessa nozione fondante, la subordinazione: a seconda della nozione prescelta, tecnico-funzionale o socio-economica, cambierà l'atteggiamento nei confronti del diritto privato, con un bipolarismo dotato di una forte *vis attractiva*: di ricerca delle proprie radici *nel* e di fuga *dal* diritto civile.

Una fuga, a dire il vero, che acceleratasi dagli anni '60 in poi, con la crescita tumultuosa della legislazione giuslavoristica, ha avuto motivazioni diverse, spesso concorrenti, ma comunque distinguibili: se a far la voce più grossa è stato chi considerava – secondo una scelta prevalentemente ideologica – il diritto privato un diritto borghese, ontologicamente classista, tale da dover esser visto in irriducibile conflitto con un testo costituzionale, letto come una "rivoluzione" scritta, ma non compiuta dell'organizzazione capitalista della società⁸⁴³; certo non è mancato – secondo una opzione prevalentemente tecnica - chi riteneva il diritto ormai maturo per rivendicare orgogliosamente una propria identità autonoma ed autosufficiente, fino a darvi corpo con una ricostruzione originale e suggestiva⁸⁴⁴.

Rispettando l'insegnamento del principe dei sociologi, Max Weber, che impone all'intellettuale di professione di dichiarare in anticipo la propria posizione di fondo⁸⁴⁵, reputo la scelta "ideologica"

⁸⁴¹ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, 1964, p. 696 ss.

⁸⁴² F. GALGANO, *Diritto privato*, X ed., Padova, 1999, p. 15 ss.

⁸⁴³ Cfr. U. ROMAGNOLI, sub *art. 3*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, *passim*, e in *Lavoratori e sindacati fra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974; *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995.

⁸⁴⁴ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

⁸⁴⁵ M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi*, Torino, 1980.

figlia di una stagione ormai conclusa, per la profonda trasformazione economica, sociale, culturale avvenuta nel mondo e nel nostro Paese, con una ricaduta sullo stesso sistema delle fonti, ormai caratterizzato dal prevalere (a livello dell'interscambio internazionale) della *lex mercatoria*⁸⁴⁶ e (a livello dell'ordinamento giuridico interno) della "legge" comunitaria, *hard* e *soft*, certo arricchita da una apertura sociale un tempo ignota, ma pur sempre basata sui valori tipici di una società occidentale⁸⁴⁷. Mentre ritengo l'opzione "tecnica" priva di una sua significativa capacità esplicativa e di una sua effettiva influenza sulla disciplina applicabile.

Il che non equivale a disconoscere al diritto del lavoro un suo *status* privilegiato nel testo costituzionale e peculiare nell'ordinamento civile⁸⁴⁸; né ad escludere la possibilità di un dialogo paritario con il diritto civile e di un influsso di ritorno esercitato non solo sul diritto privato, ma anche su quello processuale ed amministrativo⁸⁴⁹. *Ça va sans dire*, ma significa accettare un rapporto di stretta parentela con un diritto privato, che risulta ben più articolato, ricco e stimolante di come qualche studioso continua a rappresentarlo, per poterlo tener confinato nel passato remoto del diritto del lavoro. Dirò di più, se il diritto del lavoro aspira ad uscire dallo stato di figlio di un Dio minore, deve attenuare il suo accentuato strabismo di un diritto contro, risolto e dissolto in un mero ampliamento e rafforzamento di uno statuto difensivo *a posteriori*, che, a guisa della tela di Penelope, quanto più il legislatore intreccia, tanto più il mercato disfa; deve farlo, con un approccio meno ideologico e più pragmatico, che, da un lato, ricerchi un gioco a somma positiva fra datore di lavoro e lavoratore⁸⁵⁰ e dall'altro eviti una deriva tutta individualista-giudiziaria, a redditività decrescente.

Pagato il mio debito all'insegnamento weberiano, devo aggiungere che ad essere divenuto centrale è il problema del metodo, quale dato dal suo progressivo decadimento, fino a dar luogo ad un vero e proprio congiunturalismo ermeneutico. Il che dipende non poco dello stesso diritto del lavoro, che è venuto perdendo il suo volto classico a seguito di un processo composito nello svolgimento, ma convergente nel risultato: moltiplicazione scoordinata delle fonti; decodificazione;

⁸⁴⁶ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Il Mulino, 2001.

⁸⁴⁷ Ne è una riprova la tensione fra il principio comunitario di libera concorrenza e la tutela giuslavoristica, che trova a tutt'oggi la nostra dottrina schierata a difesa di quest'ultima con una posizione critica nei confronti della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia: v. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza con alcuni casi esemplari della Corte di Giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 590 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 137 ss.; S. NADALET, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, in *Lav. Dir.*, 2002, p. 99 ss.; U. CARABELLI – V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 35/2005; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 49/2006.

⁸⁴⁸ Il tema della "specialità" del diritto del lavoro ha interessato tutta la prima dottrina: F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 3 ss.; G. MAZZONI, *Certezza del diritto e autonomia privata nell'odierno diritto del lavoro*, in *Dir. ec.*, 1956, p. 1223 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 83 ss.; A. CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, p. 24 ss. V. anche S. SIMITIS, *Diritto privato e disuguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 80, p. 47 ss.

⁸⁴⁹ Per un dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro v. G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994; e per l'influsso esercitato dal diritto del lavoro v. L. MENGONI L. - A. PROTO PISANI - A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, sul diritto processuale civile e sul diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 1 ss.

⁸⁵⁰ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.

produzione alluvionale, congiunturale e asistemica della normativa; povertà della tecnica legislativa; lentezza ed incertezza dell'applicazione giudiziale⁸⁵¹. Non poco, ma non tutto, perché l'interprete è apparso un po' stravolto ed un po' compartecipe del *caos*, con all'estremo, chi si è rifugiato in un nichilismo giuridico e chi si è spinto ad un creazionismo personalizzato: il diritto è morto; il diritto è mio e ne faccio quel che voglio io.

Il tradizionale codice ermeneutico, che riconosce pur sempre un *jus conditum*, come dato esterno ed oggettivo, cui dar voce tramite il classico procedimento (letterale, logico ed analogico) discrezionale sì, ma non arbitrario, quindi controllabile, è parso fuori tempo all'orecchio di un ceto giuridico cresciuto nel *tourbillon* del secondo tratto del secolo breve. Ed è stato non di rado accantonato a favore di un approccio che tende a declassare lo *jus conditum* a dato auto-referenziale, posto al servizio di un ordine assiologico o di un progetto politico oppure costruito a rispecchio di un modello socio-economico considerato prevalente. Il che riesce evidente nell'autentico spreco di appelli ai valori, con un ricorso martellante e forzato al testo costituzionale, per saltare a piè pari l'ostacolo costituito da un intervento del Parlamento non condiviso, senza passare attraverso il sindacato del Giudice delle leggi; nel cattivo costume di etichettare *a priori* un atto legislativo, un provvedimento giudiziale, un contributo dottrinale come di destra o di sinistra, conservatore o progressista, ripiegato sul passato o proiettato verso il futuro, facendosene, poi, condizionare nel lavoro ermeneutico; nel discutibile metodo di appesantire il discorso, con un richiamo continuo di casi, numeri, percentuali, tratti da questo o quello scritto economico o sociologico, meglio se straniero, per dimostrare che il mondo rotola proprio nel senso sostenuto, sicché il diritto, come l'*intendance* di Napoleone, *suivra*.

Seppur quanto detto rivesta un valore generale, è ampiamente riscontrabile nel particolare campo coltivato dal sottoscritto in più di un quarantennio; ed in questo mi è compagno di strada un personaggio lucido e rigoroso come Massimo D'Antona, cui deve esser riconosciuto il pregio, ormai raro, di aver saputo tenere sotto rigido controllo il suo impegno politico ogniqualvolta sedeva al tavolo dello studioso⁸⁵².

Il metodo non si predica, ma si pratica. L'aver scelto un approccio panoramico, per di più non sincronico, ma diacronico, tutto teso ad individuare senso e ritmo del movimento, produce un tipico effetto distorsivo sul discorso, che ne esce semplificato ed appiattito, sì da ignorare o banalizzare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale su questo o quello aspetto, senza dubbio di grande rilievo ed interesse. Ma questo è un effetto conseguente inevitabile, criticabile non nell'*an* ma nel *quantum*, con il giudizio ultimo rimesso al lettore, quale membro di un'ideale comunità scientifica.

⁸⁵¹ V. Giornate di studio Aidlass (Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001), *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, con relazioni di P. Rescigno, A. Barbera, M. Dell'Olio, G. Verde, Giuffrè, Milano, 2002.

⁸⁵² Cfr. M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 207 ss. Questo saggio ha dato il la ad un vivace confronto fra U. Romagnoli e M. Persiani, che dopo aver contribuito agli *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004 (l'uno, con *Il dopo-statuto: un testimone e un interlocutore*, vol. I, parte I, tomo II; l'altro con *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, vol. I, parte I, tomo primo), si sono confrontati con due scritti successivi: allo stile sanguigno di U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 829 ss., ha fatto eco quello pungente di M. PERSIANI, *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 917 ss.

L'impegno professato – il che non vuol dire sempre rispettato – è di rimanere a ridosso del diritto, quale risultante dal flusso legislativo, dottrinale, giurisprudenziale. Il che, in estrema sintesi, significa concentrare l'attenzione sulla "realtà giuridica", senza cercare di curvarla in ragione di una sua vera o presunta corrispondenza *alla* o influenza *sulla* "realtà effettuale". Non bisogna mai dimenticare che il diritto resta "prescrittivo" nel fine, se pur non sempre nel mezzo prescelto; e che il suo essere o meno "effettivo" non è utilizzabile a mo' di *feedback*, per confermarlo o modificarlo.

Un decennio fa, ebbi occasione di scrivere il saggio introduttivo di un commentario, intitolandolo "Un diritto del lavoro classico alla vigilia del terzo millennio"⁸⁵³. Oggi, oltrepassata quella fatidica soglia, credo che non aggiornerei il titolo, anche a rischio di trovarlo meno calzante; e non lo farei nonostante il grande clamore che si è fatto e si fa intorno alla legislazione varata nella scorsa legislatura, imputata non confessa di aver alimentato il fenomeno del "precariato"⁸⁵⁴. A prescindere dal significato omnivoro ormai assunto dal termine, tale da essere divenuto contenitore di tutto quello che non è rapporto a tempo indeterminato e pieno, vien da osservare come la flessibilizzazione dell'accesso al posto di lavoro deve essere confrontata con la stabilizzazione acquisita nel periodo immediatamente successivo (1 o 2 anni): un incremento della percentuale del precariato nel flusso d'ingresso non è di per sé incompatibile con il mantenimento della percentuale precedente nello *stock*; e come, comunque, l'eventuale ricaduta positiva in termini di crescita dell'occupazione debba essere tenuta in debito conto⁸⁵⁵.

Quel che è certo, però, è che il nostro diritto del lavoro è venuto via via a perdere il carattere di diritto nazionale, ma soprattutto di diritto costruito su norme inderogabili; dando spazio ad un *mixage* di fonti, strumenti amministrativi e partecipati, divieti, incentivi, sconti, sanzioni, per contenere se non gestire fenomeni esogeni quali quelli dati dall'avvento del "villaggio globale"⁸⁵⁶, dall'allargamento dell'UE, dall'incontenibile flusso migratorio; oppure da fenomeni al tempo stesso esogeni ed endogeni quale quello costituito dal lavoro sommerso⁸⁵⁷.

⁸⁵³ *Un diritto del lavoro "classico" alla vigilia del terzo millennio*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 1998, LXXIX.

⁸⁵⁴ È un'accusa presente in molti dei commentari dedicati al d.lgs. n. 276/2003, che trova la sua espressione più forte in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004. Certo è che il tema del lavoro flessibile e del precariato ha richiamato una grande attenzione della dottrina lavoristica: M. RUSCIANO - C. ZOLI - L. ZOPPOLI - F. CORSO, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006; AA.VV., *Percorsi di rientro dalla precarietà*, in *Riv. giur. lav.* 2006, 4.

⁸⁵⁵ La drammatizzazione del problema non sembra essere confortata dai dati Istat: v., al riguardo, i contributi sul punto in *www.lavoce.info*. Da ultimo, v. il confronto *E' in atto una fuga dal lavoro subordinato?*, tra S. BOLOGNA ed E. REYNERI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 543 ss.

⁸⁵⁶ G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, 2000; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo diritto*, Bari, 2001; M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione: diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; *Id.*, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005. In particolare da un punto di vista giuslavorista, v. T. TREU, *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 198 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999; P. GRECO, *Mercato globale e tutela del lavoro*, Salerno, 2000; B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti nazionali*, Milano, 2001, p. 307 ss. Da ultimo, G. PERONE, *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 114. ss.; v. anche, se pur risalente, AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 20, p. 9 ss.

⁸⁵⁷ Al riguardo, v. le relazioni di D. Garofalo, E. Gragnoli, A. Viscomi al convegno di Udine, 11 maggio 2007, *Le politiche per il lavoro tra globale e locale*, di prossima pubblicazione in *Il lavoro nella giurisprudenza*.

A dirla in breve, il diritto “classico” del lavoro diviene una parte del tutto quale costituito da una politica finalizzata all’incremento dei tassi di attività e di occupazione; e così risente inevitabilmente dei contraccolpi e dei compromessi di volta in volta ritenuti necessari. Di questo il giurista deve essere consapevole, ma solo per cogliere nel dato positivo i sintomi del processo in atto, che per ora lambisce, ma non rimette in discussione il nostro diritto del lavoro⁸⁵⁸.

2. All’indomani del 31 dicembre 1947: i giuslavoristi di fronte al codice civile del 1942 ed al nuovo testo costituzionale.

A dire il vero, all’indomani del 31 dicembre 1947, c’era solo un cattedratico giuslavorista di freschissima nomina: la prima cattedra di diritto del lavoro fu attivata a Roma nel 1946 e coperta da Francesco Santoro Passarelli. Come era stato un civilista, Ludovico Barassi, a far “nascere” il diritto del lavoro all’inizio del ‘900, distinguendolo nettamente della prima legislazione sociale; sarà un civilista a farlo “rinascere”, a cavallo fra il decennio ‘40 e ‘50, sottraendolo ad una dominante lettura pubblicistica dell’art. 39, comma secondo e ss., Cost. Un ritorno storico significativo, perché, pagato il dovuto tributo di rispetto al loro ruolo di protagonisti, certo tutto questo non sarebbe stato possibile senza l’esistenza di un rapporto di consanguineità fra diritto civile e diritto del lavoro. Parlo di diritto e non di codice civile, perché Barassi doveva far “rientrare” il contratto di lavoro nelle categorie del codice del 1865⁸⁵⁹; e, al contrario, Santoro Passarelli doveva “liberare” il diritto del lavoro dalle superfetazioni corporative del codice del 1942⁸⁶⁰.

Se, però, “all’indomani” lo si intende non in senso letterale – del giorno dopo – ma metaforico – del tempo successivo – allora ogni giuslavorista è stato costretto a ripartire da quel duplice testo: ieri come oggi, sia pur scontando quel trascorrere degli anni che è venuto a ristabilire una corretta gerarchia fra codice civile e testo costituzionale e a destoricizzare l’uno e l’altro. Niente da eccepire, perché questo è il compito classico dello studioso di diritto, di “aggiornare” il sistema al

⁸⁵⁸ All’inizio del percorso, credo doveroso segnalare le seguenti voci dedicate al tema: S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, 1973, XXIII, p. 369; M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. dir.*, 1987, XXXVIII, p. 313; G. GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, III; M. DELL’OLIO, voce *Sindacato (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, 1990, XLII, p. 668; T. TREU, voce *Diritto del lavoro*, in *Dig. disc. priv.*, 2000, p. 490 ss.; nonché alcuni contributi che hanno cercato di offrire un quadro del nostro diritto, facendo di volta in volta un bilancio dei punti di passaggio chiave: R. DE LUCA TAMAJO, “Garantismo” e “controllo sindacale” negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro, in *Riv. giur. lav.*, 1978, p. 653 ss.; G. GIUGNI, relazione al Congresso Aidlass (Bari, 23-25 aprile 1982), *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni ‘80*, Milano, 1983, p.3 ss.; U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra disincanto e riforme senza progetto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p.11 ss.; F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*. Relazione al VIII Congresso Nazionale dell’Aidlass (Napoli 12-14 aprile 1985); G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 317 ss.; M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d’identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 311 ss.; F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, p. 35 ss.; F. CARINCI, *Un diritto del lavoro “classico” alla vigilia del terzo millennio*, cit.; interventi di G. Giugni, M. Persiani, U. Romagnoli, T. Treu, in Congresso Aidlass, (Ferrara, 11-13 maggio 2000) *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo: atti delle giornate di studi di diritto del lavoro*. Milano, 2002; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2002; B. VENEZIANI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro in Italia*, in *Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003 p. 901 ss. Per una ricostruzione storica dell’evoluzione sindacale v. U. ROMAGNOLI - T. TREU, *I sindacati in Italia dal ‘45 ad oggi: storia di una strategia*, Bologna, 1981,

⁸⁵⁹ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901 e *Id*, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1915, vol. 1, e 1917, vol. 2. Dopo un periodo di bando ideologico Ludovico Barassi è stato pienamente riabilitato, come “padre” della materia, con a segno tangibile il convegno promosso dall’Università Cattolica del Sacro Cuore del 27-28 aprile 2001: M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003.

⁸⁶⁰ Il pensiero di F. SANTORO PASSARELLI è già compiuto nelle *Nozioni di diritto del lavoro*, V ed., Napoli, 1951.

flusso costante della produzione giuridica, abbandonando via via l'*intentio legis* nelle mani dello storico e conservando nelle sue una *ratio legis* continuamente saggiata ed elaborata. Ma un tal tipo di approccio ha finito per restituirci più di un volto "deformato" del codice, di volta in volta reso funzionale ad un certo discorso interpretativo, sì da render difficile ricostruirne uno "originario", largamente accettato.

3. Il codice civile del 1942: "pregiudizio" e "orgoglio".

Sono debitore dell'intestazione di questo paragrafo ad un saggio di Luigi Montuschi del 1993, dedicato al dibattito del decennio '80⁸⁶¹, che ho trovato non solo condivisibile, ma tale da poterne riadattare il titolo al codice del 1942: l'orgoglio riguarda il codice ed il pregiudizio tutto un certo orientamento dottrinale.

Riprendere in mano il codice del 1942 è difficile, ma non impossibile, se si parte da quel che è largamente condiviso, esser, cioè, figlio di un processo pluridecennale, con radici nel codice del 1865 e debiti nei confronti di più di un modello d'oltralpe. Dunque, partorito sì sotto il regime, ma non influenzato più di tanto da questo, ormai *in limine mortis*, per un *mixage* di ragioni diversamente enfatizzate da autore ad autore. C'è chi ha chiamato in causa il carattere stesso del fascismo, prevalentemente politico ("controrivoluzione preventiva"), tale da non poter o voler alterare le regole base di una società capitalista; e chi ha enfatizzato il ruolo giocato dal gruppo di giuristi incaricati di stenderne il testo, cresciuti nel rispetto della tradizione e nell'uso rigoroso della tecnica civilistica⁸⁶².

Se questo è vero in generale, lo è meno per il diritto del lavoro, dove non solo l'*imprinting* del regime è ben percepibile, nel suo essere corporativo; ma, croce e delizia del giuslavorista, al di là dell'evidente caduco, non è affatto facile districare quanto conservabile come essenziale e quanto scartabile come contingente del lascito codicistico. A guardarlo con l'occhio del giuslavorista il codice interessa per tre novità, che sono, poi, quelle privilegiate anche dal civilista: il sistema delle fonti, la riunificazione fra codice civile e codice commerciale; la tipizzazione del rapporto di lavoro.

Queste tre novità hanno subito una curvatura "corporativa", con una ricaduta sulla intera disciplina lavoristica. Il che è plateale per il sistema delle fonti, certo ispirato allo statalismo prevalente nel primo novecento, ma adattato a misura di uno Stato, che avrebbe voluto declinarsi tutto all'insegna di un corporativismo rigidamente autoritario ed interclassista, con un *continuum* dispiegatosi dalla legge del 1926 a quella del 1939, sull'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni. L'art. 1, co. 1 disp. prel. c.c. pone in debito ordine leggi, regolamenti, norme corporative, usi, ed il libro V, tit. I, regola le ordinanze corporative e gli accordi economici collettivi (Capo I) ed il contratto collettivo di lavoro e le norme equiparate (Capo II); mentre il testo della Carta del lavoro, emanata nel 1927, è stato sì mantenuto fuori dal codice, ma a costo di tradurlo in legge nel 1941.

Lo stesso fenomeno è percepibile anche per la riunificazione dei codici, che ha trovato il suo duplice snodo nei libri IV e V, con una prevalenza del lascito commerciale rispetto a quello civile. E

⁸⁶¹ L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 21 e ss.

⁸⁶² Per una sintetica presentazione del codice del 1942 v. R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, p. 240 ss.; e per una ricostruzione della sua formazione ed articolazione v. P. RESCIGNO, *La codificazione post unitaria del diritto privato italiano*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, p. 6 e ss.

proprio nel libro V, l'imprenditore, assunto a protagonista, risulta collocato nel sistema corporativo, nel suo duplice ruolo di esercente "professionalmente un'attività economica organizzata" (art. 2082: significato soggettivo dell'impresa, come attività organizzativa) e di capo dell'impresa (art. 2086: significato oggettivo dell'impresa, come attività organizzata): nel suo primo ruolo, è inserito in un'economia disegnata come dirigistica, coerentemente alla sua proiezione autarchica, ai sensi degli artt. 2084 ("Condizioni per l'esercizio dell'impresa"), 2085 ("Indirizzo della produzione"), 2088 ("Responsabilità dell'imprenditore") e 2089-2092, relativi al sistema sanzionatorio; nel suo secondo ruolo è legittimato in forza del *fuhrer-prinzip*, peraltro innestato su un modello istituzionale di diverso ascendente e respiro.

E venendo all'ultima novità, certo era inevitabile che il nuovo codice regolamentasse il "lavoro", a compimento di un lungo processo, iniziato dalla giurisprudenza probivirale; proseguito dalla legge sull'impiego privato, maturata fra il 1919 ed il 1924; perfezionato dalla contrattazione collettiva corporativa degli anni '30. Ed è possibile individuare proprio nel "dove" e nel "come" di questa tipizzazione l'influenza del clima dell'epoca; e questo fin dal titolo del libro V, "Del lavoro".

Non v'è dubbio che tale titolo intendesse avere un preciso significato ideologico, ben reso dall'art. 2060 c.c., cioè quello di ritrovare il valore "lavoro" sia nell'imprenditore sia nel lavoratore subordinato, non per nulla tipizzati entrambi, negli artt. 2082 e 2094 c.c., come soggetti "attivi" (colti come organizzatore e, rispettivamente, come prestatore) e "generalizzati" (ricomprensivi dell'imprenditore grande e piccolo e, rispettivamente, del dirigente, dell'impiegato e dell'operaio). Lo stesso vale per il titolo della sez. II – "Collaboratori dell'imprenditore – aperto da quello stesso art. 2094, che parla non di contratto, ma di rapporto, individuandone l'oggetto in un'obbligazione di "collaborare nell'impresa": un rapporto che appare radicato nell'impresa, nel suo significato oggettivo di attività organizzata, come fanno intravedere, dal lato "passivo", la definizione della diligenza richiesta al lavoratore (art. 2104); e, dal lato "attivo", l'articolazione di quelli che verranno suggestivamente battezzati come i poteri direttivo e disciplinare (artt. 2103, 2106, 2109).

Tutto questo, però, non deve essere sopravvalutato, come in effetti non lo è stato. Se il libro V del codice avesse conservato il suo titolo precedente, cioè "Impresa e lavoro" – che, peraltro, riecheggia nella rubrica del suo tit. II, "Del lavoro nell'impresa" – non sarebbe cambiato niente; solo sarebbe emerso fin dal titolo, il suo profilo strategico, costituito dall'aver connesso fra loro, con una sorta di cordone ombelicale, l'imprenditore ed il lavoratore subordinato, fatto del tutto scontato di qualsiasi sviluppo del mondo occidentale, nel corso dell'ultimo secolo.

E che, dopotutto, il codice pensasse ad un contratto, ce lo conferma l'art. 2126⁸⁶³; e la stessa definizione dell'art. 2094, a riguardarla alla luce della intera storia pregressa, appare sì all'insegna di un'ormai collaudata e recepita etichetta, quale quella di "subordinazione", ma figlia di una stratificazione alluvionale alquanto risalente: l'obbligazione "a collaborare nell'impresa", recupera il contributo dato da Vittorio Orlando alla legge sull'impiego privato *statu nascenti*, poi recepito nella versione definitiva del 1924; e la prestazione, quanto all'"oggetto" – "lavoro

⁸⁶³ V. M. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto nel lavoro subordinato*, Padova, 1970. Ma a riconferma della sua tesi, per cui gli artt. 2094 e 2096 rifuggerebbero dalla forma contrattuale, v. R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 95 ss.

intellettuale e manuale” – enfatizza la riunificazione del lavoro impiegatizio e operaio, mentre quanto al “modo” – “alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore”, recupera un’evoluzione che va dalla legislazione sociale alla elaborazione barassiana, così come ripresa ed aggiornata nell’opera di P. Greco⁸⁶⁴ e coniuga una doppia nozione, quella sottesa alla legislazione sociale di fine ‘800 (“alle dipendenze”) e quella della prima elaborazione di Ludovico Barassi, all’inizio del ‘900 (“sotto la direzione”)⁸⁶⁵.

D’altronde il radicamento nell’impresa è indubbio, ma non esclusivo, come confermato dagli artt. 2128, 2129, 2238, co. 2, 2239, ma con differenza rilevante: mentre gli artt. 2128 (lavoro a domicilio) e 2239 (rapporti di lavoro non inerenti all’esercizio di un’impresa) rinviano alle disposizioni della sez. II e, rispettivamente, delle sezz. II, III e IV del capo I, del tit. II, “in quanto compatibili con la specialità del rapporto”; invece, gli artt. 2129 (contratto di lavoro per i dipendenti degli enti pubblici) e 2238 (rinvio nel caso di esercizio di professioni intellettuali) fanno un richiamo secco alle norme della sez. II (“salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge”) e, rispettivamente, delle sezz. II, III, IV del capo I, del tit. II (“in ogni caso, se l’esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari”). E, in particolare, questi due ultimi casi, di un richiamo secco, testimoniano della consapevolezza da parte del codificatore della piena spendibilità della disciplina lavoristica anche al di fuori dell’impresa ⁸⁶⁶.

E non è possibile dedurre dal codice che a far da referente sia l’archetipo costituito dal dipendente – o addirittura dall’operaio – della medio-grande industria a tempo indeterminato. Ma il codice, come detto, “generalizza” sia la figura dell’imprenditore che quella del lavoratore, in debita sequenza: tant’è che, prima, distingue fra imprenditore e piccolo imprenditore (artt. 2082 e 2083), e, solo in seguito, introduce, come collaboratore dell’imprenditore, il lavoratore subordinato; e non conosce quel limite costituito dal numero di dipendenti quale soglia di accesso ad un certo trattamento, ignorato anche dalla legge sull’impiego privato e, a quanto mi risulta, dalla contrattazione corporativa; ma destinato ad acquisire diritto di cittadinanza con la l. n. 604/1966 e, poi, con la l. n. 300/1970⁸⁶⁷. Mentre non è il codice, ma la l. n. 230/1962 ad enfatizzare il carattere di modello assolutamente privilegiato del contratto a tempo indeterminato, col condannare il termine ad un elemento eccezionale, ancorato ad un elenco tassativo, con a sanzione la conversione.

Il vero è che ha fatto scuola una lettura – prima – della legge sull’impiego privato e – poi – del codice, che sopravvaluta lo sviluppo del capitalismo italiano degli anni in cui quei testi videro la luce; ed, al tempo stesso, sottovaluta, quanto alla prima, la lunga gestazione, a partire da Turati e Orlando; e, quanto al secondo, il carattere “social-popolare” del fascismo. E, in tal modo, finisce

⁸⁶⁴ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939; M. NAPOLI - T. TREU, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni*, in *Lav. dir.*, 1995, 589. Ma in senso diverso E. GHERA, *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. ecc.*, cit., p. 240 ss.

⁸⁶⁵ L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971; A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, p. 77 ss.

⁸⁶⁶ In questo senso v. M. NAPOLI, *Contratti e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, vol. II, 1995, p. 1057 ss.

⁸⁶⁷ Il limite dimensionale emerge contestualmente al *plus* di tutela accordata con riguardo alla disciplina del licenziamento e alla promozione del sindacato maggiormente rappresentativo.

per interpretarli come risposta in chiave classista: la legge sull'impiego privato, quale consapevole iniziativa per rafforzare la divisione fra impiegati ed operai; il codice civile, quale calcolata misura per promuovere l'integrazione dei lavoratori subordinati al servizio degli interessi imprenditoriali⁸⁶⁸.

E non deve essere dimenticato che la collocazione del "prestatore di lavoro subordinato" al di fuori del libro IV, trova fondamento in un dato sistematico, quale costituito dalla sua stessa regolamentazione, affidata sì al codice, ma anche a fonti come quelle corporative, estranee ai contratti disciplinati in quel libro. Non solo, perché la disciplina codicistica introduce significative varianti, che costituiscono altrettante eccezioni al "diritto comune", quali quelle relative all'art. 2103, che prevede un potere unilaterale di modifica dell'oggetto dell'obbligazione del lavoratore; all'art. 2106, che introduce un potere disciplinare senza riscontro nel sistema delle "pene private"; agli artt. 2110 e 2111, che configurano sospensioni derogatorie rispetto alle norme in materia di impossibilità sopravvenuta; agli artt. 2118 e 2119, che sostituiscono le disposizioni sulla risoluzione dei contratti. Ma tutto questo non vuol dire affatto che si è fuori dal diritto civile, ma che si è dentro – se diritto civile è quello di cui al codice – ma in modo peculiare, quale risultante non da libro IV, ma dal libro V: dato, questo, non sempre tenuto presente da un certo indirizzo dottrinario, portato a parlare negli anni successivi di una "fuga dal codice civile".

Bon grè, mal grè, il corso del tempo avrebbe reso giustizia al codice del '42: battezzato *dal*, ma non figlio legittimo *del* regime. Non è solo per la persistente vitalità dell'art. 2094 c.c., ma per la stessa disciplina debitamente "recuperata" e "riadattata", che sintetizza le "proprietà" non transeunti del diritto del lavoro: indisponibilità del tipo; inderogabilità della disciplina protettiva legislativa e contrattuale, con sostituzione automatica⁸⁶⁹; giustificazione dell'esercizio di poteri datoriali; inesigibilità della prestazione in presenza di cause giustificative riguardanti la persona del lavoratore; indisponibilità relativa dei diritti del lavoratore (art. 2113). È vero che tutto questo era inserito in una cornice d'epoca, ma se si pensa che l'articolo più connotato, quel 2086, che sembra consacrare il *fuhrerprinzip* – secondo una relazione fra protezione e fedeltà riecheggiata dalla rubrica ipertrofica dell'art. 2105 – fa da premessa e giustificazione all'art. 2087, norma chiave di apertura a tutta una progressiva dilatazione della responsabilità datoriale ancora *in progress*; se si considera questo, c'è da rivalutare, col senno di poi, la tenuta della disciplina codicistica.

⁸⁶⁸ Cfr., con riguardo al diritto del lavoro delle origini e alla legge sull'impiego privato, U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto disc. priv., Sez. com.*, vol. V, 1989, p. 477 e ss., e *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 189 e ss.; e rispetto al codice del 1942, G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, di cui si può citare il passo a p. 11 «Come dire, allora, che il diritto del lavoro corporativo resta quello che era in origine, un pezzo del diritto di impresa, sia pure corporativa – come è opportuno precisare – diventa un sottoregno del diritto privato "commercializzato", intendendo per tale un sistema normativo diretto a realizzare gli interessi della borghesia imprenditrice». In senso più aderente all'effettivo dato storico, v. L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994; e F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico, impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 1133 ss.

Il giudizio circa il carattere inevitabilmente classista di un diritto del lavoro rimasto nell'ambito del diritto privato costituisce il *leit motive* di tutta una corrente dottrinale: vedine una versione oggi del tutto anacronistica in G. LYON-CAEN, *I fondamenti storici e razionali del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, p. 73 ss.; ID., *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1974, p. 229 ss.

⁸⁶⁹ Sulla derogabilità come caratteristica identitaria del diritto del lavoro, così come storicamente sviluppatosi cfr. G. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 537 ss.; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro - Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 229 ss.

E ne sarà testimonianza la sua facile ripulitura dalle scorie d'epoca, effettuata dalla legislazione abrogativa dell'ordinamento corporativo e dalla dottrina *post* bellica. Ma, con un duplice lascito: *costituito, il primo*, dal collegamento, elettivo se pur non esclusivo, con l'impresa, nel suo duplice, aspetto, soggettivo ed oggettivo, riflesso in quella definizione della subordinazione *ex art.* 2094, destinata ad incentivare il continuo pendolarismo dottrinale fra contratto e rapporto; *rappresentato, il secondo*, dal ruolo di spartiacque assunto da quella stessa definizione fra lavoro subordinato, "sottratto", e lavoro autonomo, "lasciato" al libero mercato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2222, destinato, a sua volta, ad alimentare la ricorrente tentazione dottrinale, giurisprudenziale e legislativa, a riempire la sempre più larga zona grigia fra l'uno e l'altro.

Questo non vuol dire affatto che il codice sia restato il testo di riferimento prevalente del diritto del lavoro, che se c'è una materia interessata dalla decodificazione, con il proliferare di una legislazione *extra-codicistica* letteralmente sconfinata, questa è proprio la nostra, come ben testimonia qualsiasi raccolta privata delle leggi⁸⁷⁰. La stessa unità della materia ne è rimasta interessata, sì da permettere l'individuazione di sotto-sistemi, che, secondo una prassi divenuta comune, tendono a trovare ospitalità in testi unici od in codici, peraltro prevalentemente compilativi, come il testo unico sul pubblico impiego privatizzato ed il codice sulle pari opportunità.

4. La Costituzione del 1948: il "pluralismo istituzionalizzato".

Se è difficile restituire il volto "originario" del diritto del lavoro "codicistico", è quasi impossibile farlo per la Carta del 1948, testo che non chiude un periodo consegnato al passato, ma ne apre un altro proiettato verso il futuro, con un "preambolo" tipico delle costituzioni "lunghe" varate nel secondo dopoguerra, ricco di ben 54 articoli fra Principi fondamentali e Parte I, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini. Un preambolo sempre più valorizzato dalla dottrina, dalla giurisprudenza costituzionale ma anche ordinaria, dalla legislazione, fino a restituirci un diritto del lavoro "costituzionalizzato", che si vorrebbe già presente in un *corpus* costituzionale a contenuto largamente assiologico, come tale dotato fin dall'inizio di un forte potenziale espansivo.

Dove, però, il recupero del disegno originale riesce possibile, è con riguardo al fenomeno sindacale, quale offerto dagli artt. 39, 40, 43, 46 e 99 cost., proprio perché rimasto congelato nel testo costituzionale, così da dar luogo ad un ben diverso sviluppo, accompagnato benevolmente dallo stesso Giudice delle leggi⁸⁷¹. Nel manuale a più mani, cui io stesso contribuisco⁸⁷², tale disegno è stato battezzato come di "pluralismo istituzionalizzato", cioè come un tentativo di canalizzare e razionalizzare la libertà di organizzazione e di sciopero nell'ambito di una sequenza di istituti e di limiti, tutti affidati al futuro legislatore. Questo riesce evidente negli artt. 39 e 40, che partivano da un riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di sciopero, ma lo collocavano nell'ambito di un contestuale regolamento legislativo, visto e considerato come un compito da assolvere all'indomani stesso del varo del testo costituzionale. E, riprendendo un vecchio filone interpretativo – considerato "pericoloso" nel periodo in cui c'era il rischio di una "legge sindacale", ma oggi

⁸⁷⁰ Con riguardo al fenomeno della decodificazione v. in generale, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979 (I ed.) e 1986 (II ed.); ID., *Leggi speciali (dal monosistema al polisistema)*, in *Dizionario del diritto privato*, Milano, p. 535 ss.; ed in particolare G. FERRARO, *Prospettive di revisione del libro V del codice civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 1 ss., R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile ed il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 245 ss.

⁸⁷¹ Vedine una completa ricostruzione in M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari, 1999.

⁸⁷² F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Il diritto sindacale*, Torino, 2006, V ed., p. 6.

recuperabile in “chiave storica” – è ravvisabile nel testo sia un collegamento fra il co. 1 e i co. 2 ss. dell’art. 39, tale da far prefigurare una convivenza fra un possibile (ma al tempo non esistente e forse non auspicato) pluralismo sindacale ed un monismo contrattuale, essenziale per l’effetto *erga omnes*; sia un rapporto fra lo stesso art. 39 e l’art. 40, tale da poter influenzare la ricostruzione del diritto di sciopero con riguardo alla sua titolarità (valorizzazione del ruolo del sindacato) ed alla sua finalità (valorizzazione dello scopo contrattuale).

Con l’occhio rasserenato dal trascorrere del tempo, è possibile dire che l’influsso corporativo letto nel “meccanismo” del co. 2 ss. dell’art. 39 è stato sopravvalutato; e lo è stato, anche per contrapposito al principio di cui al co. 1, sì da renderlo interpretabile nel senso più idoneo a dar copertura costituzionale al fenomeno sindacale⁸⁷³. Certo, c’è nel regime potenzialmente pubblicistico previsto per i sindacati, con la registrazione e l’acquisizione della personalità giuridica, un chiaro eco del passato; ma la conformazione della disciplina interna ai principi della democrazia e l’esigenza di una contrattazione collettiva dotata di efficacia generalizzata erano e restano tematiche attuali⁸⁷⁴.

Il come il costituente ha risolto il problema di un *input* plurale e di un *output* unitario, può essere criticato, ma il *medium*, costituito dalla individuazione di una rappresentanza proporzionale e di una categoria predeterminata, è stato rivalutato, da ultimo da Massimo D’Antona, nel saggio postumo⁸⁷⁵. Invero proprio il diritto sindacale del pubblico impiego “privatizzato” ci restituisce il modello inscindibile di una rappresentanza negoziale, partecipata dai sindacati dei lavoratori rappresentativi, che, cioè, superino una soglia del 5%, calcolata sulla media delle deleghe raccolte e dei voti ottenuti nell’elezione delle rappresentanze sindacali unitarie; e di una categoria (comparto o area dirigenziale) predeterminata da accordi quadro Aran-Confederazioni, premessa indispensabile per definire l’ambito, al tempo stesso, di verifica della rappresentatività e di applicazione di un contratto ad efficacia generale. Non senza ricadute problematiche, in termini di ‘costrizione organizzativa’, perché gli accordi quadro hanno privilegiato la linea organizzativa “verticale” rispetto a quella “orizzontale”, come si sarebbe detto una volta, la formula “industriale” rispetto a quella “di mestiere”; nonché in termini di “moltiplicazione artificiosa” dei marchingegni legislativi ritenuti idonei a conferire efficacia generalizzata alla contrattazione, senza cadere sotto la mannaia dell’art. 39 cost. Ma *hic Rhodus, hic salta*; ed il Parlamento ha saltato, con il conforto *a posteriori* della stessa Corte costituzionale⁸⁷⁶.

Un richiamo del passato è percepibile nel Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro, previsto dall’art. 99 cost.: ciò non solo nella composizione in chiave di rappresentanza degli interessi, come tale estesa dagli esperti ai “rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa”; ma anche nella funzione di raccordo fra la

⁸⁷³ G. GIUGNI, Sub Art. 39, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione* cit., 1979.

⁸⁷⁴ Cfr. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo “erga omnes”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570 ss. (ora in *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1976, pp. 133 ss.).

⁸⁷⁵ M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 676 ss.

⁸⁷⁶ Sulla “costituzionalizzazione” della riforma. v. F. CARINCI, “Costituzionalizzazione” ed “autocorrezione” di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 35 ss.; F. LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 183 ss.

rappresentanza degli interessi e la rappresentanza elettiva, posta in una posizione di assoluta preminenza. Una camera corporativa *bonsai*, ancillare rispetto al Parlamento, destinata ad essere *bypassata* – ancor prima della sua costituzione – dalla relazione diretta fra Confederazioni e sistema politico, lasciando come più cospicua eredità la formula della sua composizione: astuzia o vendetta della storia, sarà proprio questa a far da referente costituzionale a quel criterio di “maggiore rappresentatività”, destinato a legittimare “indirettamente” il sindacalismo confederale nel suo confronto con il Governo ⁸⁷⁷.

Diverso discorso vale per gli artt. 43 e 46 cost.: il loro ascendente è da ricercarsi nel campo marxista, ed il loro testo suggerisce un coinvolgimento diretto dei lavoratori, chiamati come “comunità” a gestire, “determinate imprese o categorie di imprese” e, rispettivamente a “collaborare ... alla gestione delle imprese”. Ma l’inevitabile “compromesso” costituzionale fra visioni diverse, si riflette nell’addomesticamento del loro stesso potenziale antagonista, perché, l’art. 43, riguarda “comunità” di lavoratori, ma anche di utenti, con riferimento limitato a “servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio”, dotati “di preminente interesse nazionale”; e l’art. 46, eco attenuata dell’esperienza post-bellica dei consigli di fabbrica, parla di un “diritto ... a collaborare”, confinato “nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi”. Qui certo è difficile valutarli a prescindere dal senno di poi. Ma il primo appare un tributo pagato ad un programma di collettivizzazioni datato e destinato a lasciar campo a quello più “neutro” della conservazione di monopoli pubblici ereditati dal precedente regime (RAI) e della costituzione di nuovi (ENI ed ENEL); mentre il secondo avrebbe ben potuto far da battistrada alla codeterminazione, sì da conferire stabilità al sistema, proprio a partire dalla sua stessa base, ma quello dominante nel sistema sindacale italiano non era certo il clima adatto ⁸⁷⁸.

Se il progetto costituzionale di “pluralismo istituzionalizzato” sarebbe stato condannato a rimanere sulla carta, lasciando il sistema sindacale *statu nascenti* affidato all’art. 39, co. 1 e all’art. 40 cost., interpretato in chiave di immediato riconoscimento del diritto di sciopero; non così sarebbe successo per gli articoli in tema di statuto protettivo del lavoratore subordinato e per altri scritti fra i Principi fondamentali ⁸⁷⁹. Ma sia i primi (artt. 35-38 cost.) che i secondi (artt. 2, 3, 4 cost.) non possono, ormai, essere riletti se non alla luce del molto, che nel corso di questo sessantennio di vita repubblicana la dottrina, la giurisprudenza, la legislazione hanno saputo trarne, certo

⁸⁷⁷ Vedi l’attenta ricostruzione di L. VENTURA, sub Artt. 99-100, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. tomo I, 1994, p. 1 ss., con una conclusione di marginalità istituzionale, certo non smentita dalla vicenda successiva.

⁸⁷⁸ Basta rileggere i commenti scritti a un quarto di secolo dal varo della Costituzione da G. GHEZZI, sub Art. 46, e da F. GALGANO, sub Art. 43, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 1980, t. III, p. 69 ss. e, rispettivamente, tomo II, 1982, p. 1 ss.: per GHEZZI, l’art. 46 ha sostanzialmente offerto una copertura costituzionale alla contrattazione collettiva in tema di diritti di informazione; per Galgano, la Costituzione economica, delineata dall’art. 43 insieme all’art. 41, comma 3, ha avuto una traduzione limitatissima, seppur con la non tramontata speranza di una programmazione a venire. V. ora il “necrologio” pronunciato da M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un’idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 427 ss.

⁸⁷⁹ A dire il vero, l’interesse dei “pubblicisti” per il rilievo accordato al lavoro nel testo costituzionale sarà immediato e influente nel tempo: M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-50, I, p. 1 ss.; C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 149 ss.; P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221. Ma poco dopo il tema sarà ripreso da un civilista e da un giuslavorista, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, e C. SMURAGLIA, *La costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.

spremendoli al di là di quanto fosse deducibile al tempo del loro varo: il che significherebbe riscrivere qui gran parte del diritto del lavoro vigente se non li rileggestimo così⁸⁸⁰.

5. La rinascita del diritto del lavoro all'insegna dell'autonomia dei privati.

5.1 L'autonomia collettiva.

Sarà un filosofo del diritto, Giovanni Tarello⁸⁸¹, a riconoscere che «Il più importante apporto della dottrina giuslavoristica, nel decennio seguente la Costituzione, resta la caratterizzazione dei rapporti sindacali come rapporti privatistici e non pubblicistici», se pur per criticarlo come funzionale ad un progetto di “astensionismo legislativo” e di “confinamento” del sindacato entro l'ambito economico-contrattuale. L'imputato eccellente è Francesco Santoro Passarelli, responsabile principale del nuovo lessico, estraneo sia al codice civile che al testo costituzionale: autonomia collettiva, interesse collettivo, conflitto di interessi collettivi, contratto collettivo di diritto comune, diritto di sciopero come diritto potestativo⁸⁸².

Il tempo ha già formulato il suo giudizio, non solo perché quello è rimasto il lessico base del nostro diritto sindacale, rivelandosi sufficientemente flessibile per adattarsi al cambiamento; ma perché, visto *a posteriori*, il ricorso al diritto “comune” si è rivelato non solo inevitabile, dato il “vuoto” conseguente all'azzeramento del sistema corporativo ed al mancato varo del sistema costituzionale; ma anche positivo per lo sviluppo di un movimento sindacale forte e genuino. Comunque, Santoro Passarelli non dava affatto per scontato che la legge attuativa dell'art. 39, co. 2 ss. non vedesse la luce, ma intendeva impedirne una scrittura pubblicista; e poteva al massimo compiacersi che, nella perdurante carenza di tale legge – dovuta a ben altro che ad una qualche influenza dottrinale – la *extra-large* veste privatistica apparisse a misura di una realtà sindacale in crescita.

Su un punto essenziale Tarello aveva ragione: il diritto “comune” di Santoro Passarelli – che non per nulla rinviava nel nome allo *Jus communis* medievale, cioè al diritto civile romano considerato fonte ultima in gran parte dell'Europa medioevale – appariva qualcosa fra un diritto di natura ed uno generale: il suo nocciolo duro era costituito dal principio cardine dell'autonomia dei privati, declinato non solo nella tradizionale dimensione individuale, ma anche e soprattutto nell'innovativa dimensione collettiva. Un *heri dicebamus*, che pare un'applicazione della tesi crociana del fascismo come “parentesi”, con un *continuum* rispetto al contributo dottrinale del periodo giolittiano, di Giuseppe Messina e di Ludovico Barassi⁸⁸³.

⁸⁸⁰ Un ruolo determinante al riguardo è stato giocato dalla Corte costituzionale: G. M. AMBROSO - G. FALCUCCI (a cura di), *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1956-1986)*, Roma, 1987, con saggi introduttivi di M. Dell'Olio, L. Mengoni, M. Persiani; e G. M. AMBROSO - G. FALCUCCI (a cura di), in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, Roma, 2006, vol. IX, con saggi introduttivi di M. Dell'Olio, R. De Luca Tamajo, M. Persiani, F. Carinci. Da ultimo v. P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, p.527.

⁸⁸¹ G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1972, p. 57 ss.

⁸⁸² F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 138; ID, *Stato e sindacato*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, I, p. 661 ss.; ID, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, cit.

⁸⁸³ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1901, cit.; G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffe*, in *Atti del Consiglio superiore del lavoro*, Roma, 1907 (ora in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 113 ss.).

Un diritto “comune” del fenomeno sindacale, che, come tale, non è necessariamente ancorato alla Costituzione ed è preesistente allo stesso codice civile; anche se, poi, sarà proprio nei libri I e IV c.c., che il grande civilista collocherà le espressioni tipiche dell'autonomia collettiva: il sindacato, come associazione non riconosciuta ex artt. 36-42; il contratto collettivo, come esercizio dell'autonomia contrattuale ex art. 1322, cercando di utilizzare la disciplina del mandato, a partire dalla spendita degli artt. 1723, co. 2, e 1726 c.c. a favore della sua efficacia “reale”⁸⁸⁴.

Certo la ricostruzione privatistica evidenziava il conflitto di interessi, ma lo collocava in un processo fisiologico, che vedeva il conflitto ricomporsi nel contratto; ed il contratto trasformare lo stesso conflitto in uno sui diritti, legittimante il ricorso al giudice. Questo comportava che – non senza un riscontro letterale e sistematico nel testo costituzionale – lo strumento elettivo del conflitto, lo sciopero, dovesse rimanere nel controllo del sindacato, chiamato a concludere il contratto (se non nella titolarità, nell'esercizio); ed essere utilizzato al fine esclusivo di un contratto collettivo *ex novo* o di un rinnovo, sì da permetterne la qualificazione nei termini di un diritto potestativo⁸⁸⁵, che avesse nel datore di lavoro coinvolto il soggetto capace di soddisfarne la rivendicazione.

Toccato il suo apice con il progetto Rubinacci del 1951, l'art. 39, co. 2 ss., cost. sarebbe andato progressivamente perdendo vigore nel corso del decennio '50, fino a trovare, nello stesso torno di tempo, gli autori del suo ultimo canto e del suo definitivo necrologio: Giuseppe Pera, nel 1960⁸⁸⁶, cercherà di offrirne un modello aggiornato al nuovo clima, restandovi, poi, fedele fino a quell'ultimo scorcio di secolo, destinato ad assistere ad un *revival* del “trentanovismo”; e, Federico Mancini, nel 1963⁸⁸⁷, enfatizzerà la contraddizione esistente fra la libertà di organizzazione sindacale, consacrata dal co. 1, e l'eredità corporativa, rappresentata dai successivi co. 2 ss. dell'art. 39, legittimando a pieno titolo quel co. 1 – riletto e reinterpretato a tutto campo – come il fondamento primo del nostro diritto sindacale⁸⁸⁸.

Non per nulla quegli anni avevano visto attenuarsi di molto il duplice problema circa l'efficacia del contratto collettivo comune, che il ricorso al libro IV aveva lasciato aperto. Da un lato, quello dell'efficacia “reale” era stato affrontato da una giurisprudenza pragmatica, disposta a mantenere in vita l'art. 2077 c.c., come regola propria del *genus* contratto collettivo, a prescindere dalla

⁸⁸⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. giust.*, 1950. Allo stesso scopo, faranno ricorso alla teoria della dismissione dei poteri individuali, A. CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, 157 ss., e A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sull'individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 562 ss.; e a quella della sovraordinazione del potere sindacale, R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 140 ss.

⁸⁸⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero* cit.

⁸⁸⁶ G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto del lavoro italiano*, Milano, 1960.

⁸⁸⁷ G. F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570.

⁸⁸⁸ Il primo comma dell'art. 39 è stato il mezzo utilizzato per valorizzare al massimo la libertà sindacale, con una diversa enfaticizzazione del rapporto fra individuale e collettiva: R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, 1963; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972; G. GIUGNI, sub art. 39, cit., p. 257 ss.; M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO - G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, pp. 3 ss. P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998. Da ultimo v. la ricostruzione delle forme e dei contenuti della libertà sindacale in F. SCARPELLI, *La libertà sindacale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Diritto del lavoro. Commentario*. Vol. I, *Il diritto sindacale*, Torino, 2007, in corso di pubblicazione.

species contratto collettivo corporativo⁸⁸⁹; dall'altro, quello dell'efficacia *erga omnes* era stato ridimensionato da una giurisprudenza orientata sulla costituzione, propensa a considerare immediatamente applicabile l'art. 36 cost.⁸⁹⁰ e, temporaneamente, risolto con la legge Vigorelli del 1959⁸⁹¹.

E questo "alleggerimento" della problematica relativa agli effetti permetterà alla dottrina e alla giurisprudenza di continuare a costruire il contratto collettivo come tagliato e cucito a misura di un preciso modello social tipico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322, co. 2 cod. civ., con una copertura costituzionale assicurata dall'art. 39 co. 1: un contratto composto da una parte obbligatoria e normativa, quest'ultima intesa peraltro nella consolidata accezione privatistica di una disciplina applicabile in via seriale⁸⁹².

⁸⁸⁹ La scienza giuslavoristica cercherà di recuperare la inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale per tramite di un'ampia gamma di teorie: il mandato, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune*, in *Dir. gius.*, 1950, p. 229 e ss.; la dismissione dei poteri individuali, v. A. CESSARI, *Il favor verso la prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, p. 157 ss.; A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo individuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 562; la sovraordinazione del potere sindacale, R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro cit.*, p. 140. Da parte sua la giurisprudenza farà ricorso all'art. 2077 cod. civ., conquistandosi la benedizione della dottrina solo in prossimità della riscrittura dell'art. 2113 cod. civ. (v. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro*, Atti del III Congresso Aidlass, Giuffrè, Milano, 1968; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva cit.*).

⁸⁹⁰ L'applicazione dell'art. 36 Cost. è largamente dovuta alla giurisprudenza degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, ma è stata confortata dalla dottrina: v., per tutti, T. TREU, sub Art. 36, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione cit.*, 1979, p. 72. Nel decennio '90 c'è stato un ritorno di attenzione: v. L. ZOPPOLI, *L'art 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO - C. ZOLI - L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, I; P. LAMBERTUCCI, *Determinazione giurisdizionale della retribuzione, minimi sindacali e condizioni territoriali*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 201; G. MARTINENGO - A. PERULLI (a cura di), *Struttura retributiva nel lavoro privato e riforma del pubblico impiego*, Padova, 1998, con contributi di B. Caruso, R. De Luca Tamajo, A. Garilli e O. Mazzotta.

⁸⁹¹ La vicenda, ormai consegnata al passato, fu seguita da una ricca produzione dottrinale e giurisprudenziale, con a sua coda più significativa l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale circa l'art. 39 c. 2 e ss, inapplicato ma pur sempre in grado di bloccare qualsiasi intervento legislativo ordinario finalizzato a conferire al contratto collettivo di diritto comune efficacia *erga omnes*: se già C. cost. 19 dicembre 1962, n. 126, aveva affermato con riguardo alla legge 14 luglio 1959, n. 741, che una legge la quale "cercasse di conseguire questo medesimo risultato della dilatazione ed estensione, che è una tendenza propria della natura del contratto collettivo, a tutti gli appartenenti alla categoria alla quale il contratto si riferisce, in maniera diversa da quella stabilita dal precetto costituzionale, sarebbe palesemente illegittima", pur dandole via libera in forza del suo «significato» e «funzione» di "legge transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata e a tutelare l'interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro"; la successiva C. cost. 15 maggio 1973, n. 70, concluderà per l'illegittimità costituzionale della l. 1 ottobre 1960, n. 1027, affermando che "anche una sola reiterazione della delega (a tale riducendosi la proroga prevista dall'art. 1 della legge impugnata) toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità... e finisce col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo".

⁸⁹² Sulla ricostruzione del contratto collettivo di diritto comune come contratto tipico in ragione della sua funzione sociale v. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, cit.; A. CESSARI, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit., p. 142 ss.; ID., *Poteri creativi della giurisprudenza e «natura dei fatti» nel diritto sindacale*, Milano, 1968, p. 30 ss.; G. SUPPIETI, *Funzione del contratto collettivo di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, vol. I, p. 223 ss. In particolare, sul contratto aziendale v. U. ROMAGNOLI, *Il contratto di impresa*, Milano, 1963.

Sulla distinzione fra parte obbligatoria e normativa, v. G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963, che, peraltro, individuava clausole miste obbligatorie-normative (p. 18 ss.), le quali secondo la dottrina successiva avrebbero trovato una progressiva estensione nella contrattazione collettiva (L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985, p. 284-285, P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 295 ss.; e M. MASTINU, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Torino, 2002 p. 108.).

Dopo il semaforo rosso acceso da C. Cost. 19 dicembre 1962, n. 106, la questione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo di categoria è praticamente sparita dall'agenda dottrinale, per ritornarvi nel corso degli anni '80 e '90.

Ma la legge Vigorelli si collocava nell'ambito di una intensa stagione interventista (la n. 264/1958 sul lavoro a domicilio; n. 1369/1960, sull'intermediazione di mano d'opera; n. 230/1962, sul lavoro a termine; n. 7/1963, sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio); e contribuiva a segnare la fine dell'astensione legislativa proprio alla vigilia del primo centro-sinistra, con la sua illusione di programmazione economica. Il che però, non comportava affatto una mortificazione della contrattazione collettiva, che, anzi, ne veniva indirettamente rafforzata: prossima ad uscire dalla minorità, con una contrattazione articolata destinata ad aprirle ufficialmente le porte delle aziende⁸⁹³.

E, proprio a mezzo di questa congiuntura, Gino Giugni lancerà, nel 1960, la sua teoria sull'ordinamento intersindacale⁸⁹⁴, traducendo in versione anglosassone la classica costruzione di Santi Romano⁸⁹⁵. Ora, pur dando per scontato il suo professato valore descrittivo – funzionale allo studio del fenomeno sindacale, colto nella sua effettività – certo il modello ben si prestava ad esser comparato con quello di Santoro Passarelli, di cui rappresentava un'evoluzione. La base portante era costituita sempre dall'autonomia collettiva; ma elevata da una serie di singole vicende ad unità ordinamentale, con una prevalenza della parte obbligatoria rispetto a quella normativa, affidata alla successiva amministrazione collettiva, secondo la logica del *continuu bargaining*. Questo in forza e ragione della rilevata "tendenza delle relazioni contrattuali sindacali a porsi come un 'sistema', con criteri autonomi di legittimazione rappresentativa, con proprie regole di competenza, con strumenti singolari di realizzazione di un ordine"; un sistema diretto prima ancora che a realizzare la tutela dei suoi destinatari, a fissare un equilibrio di interessi fra forze sociali contrapposte, tramite regole del gioco sanzionate per via dello sciopero.

Da Santoro Passarelli a Giugni, l'autonomia collettiva cambiava pelle, ma restava sempre caratterizzata come area privata, auto-conclusa ed auto-sufficiente, protetta da qualsiasi interferenza statale; e l'autotutela mutava funzione, ma rimaneva sempre finalizzata ad una pace sociale, elevata a situazione normale. Solo che la teoria dell'ordinamento intersindacale nasceva datata, perché il decennio '60 avrebbe visto sì persistere, come una caratteristica ormai consolidata, la configurazione privatistica del fenomeno sindacale, ma venir meno la pretesa di una separazione/contrapposizione rispetto allo Stato. E, alla fine, il canale di comunicazione, fra ordinamento intersindacale e statale, che Giugni aveva individuato nell'interpretazione del giudice, sarà costituito da quella stessa legislazione – che lo troverà nel ruolo di consulente del principe – destinata a recepire, rinforzandole e generalizzandole, regole elaborate dalla contrattazione (l. 15 luglio 1966, n. 604; l. 20 maggio 1970, n. 300, artt. 19 ss.). Giugni prescindeva, qui, dal codice civile, come proprio di quell'ordinamento statale che intendeva mantenere estraneo; ma, all'indomani stesso del suo fortunato libro, proprio la neonata contrattazione "articolata" verrà studiata e ricostruita secondo una concettualizzazione ed una metodologia civilistica, onde verificarne non l'effettività, ma l'efficacia giuridica. Mi basti citare, anche per comunanza di scuola, un

⁸⁹³ Per una ricostruzione a posteriori, che abbraccia anche l'evoluzione successiva v. L. MARIUCCI, *Contrattazione collettiva*, cit.

⁸⁹⁴ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960.

⁸⁹⁵ Parlando di variante anglosassone, ci si riferisce in realtà a una molteplicità d'influenze ricondotte ad una unità originale dall'autore (la scuola istituzionalista di R. Commons quella funzionalista di T. Parsons e quella pluralista di Oxford), con ad asse portante una teoria discussa, ma autorevole nella dottrina italiana, quale quella del Santi Romano.

libro apparso nello stesso 1963: quello di Giorgio Ghezzi, sulla responsabilità contrattuale delle organizzazioni sindacali⁸⁹⁶.

Nonostante un certo sforzo speso in proposito, la rinascita del diritto sindacale all'insegna dell'autonomia collettiva lasciava sul campo non solo l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, ma anche la legittimazione processuale attiva delle associazioni sindacali⁸⁹⁷. Si può dire che l'effetto congiunto di tale carenza e della impraticabilità della legittimazione processuale passiva delle stesse associazioni (data la limitata responsabilità loro riconosciuta in relazione al mancato esercizio del dovere di influenza a fronte di clausole esplicite di pace sindacale, secondo la "compromissoria" soluzione prospettata da Ghezzi) era quello di rendere il diritto sindacale privo di una "proiezione" processuale collettiva.

5.2. L'autonomia individuale.

Proprio in questi giorni Pietro Ichino⁸⁹⁸ ci ha offerto un quadro completo ed articolato dello sviluppo del diritto del lavoro nel corso del primo ventennio repubblicano, in un saggio di prossima pubblicazione, da cui emerge che il cammino relativo al rapporto individuale di lavoro, sia risultato non solo più travagliato, ma anche tutt'altro che compiuto, lasciando scoperto un lungo tratto accidentato. È sempre Santoro Passarelli a far da apripista, con la sua "riscoperta" dell'autonomia dei privati, che non poteva certo esser declinata in maniera diversa, data la stretta connessione fra "collettivo" ed "individuale": nella sua espressione più tipica, cioè la disposizione consensuale di interessi contrapposti, contratto collettivo di diritto comune e contratto individuale ubbidivano alla regola del *simul stabunt, simul cadent*. Una connessione di "natura", prima che di "funzione", costituita quest'ultima dalla efficacia normativa del contratto collettivo, peraltro fondata pur sempre su una rappresentanza volontaria.

Con assoluta coerenza, egli depurava la lettera dell'art. 2094 c.c. dalla influenza di Paolo Greco⁸⁹⁹; e vi recuperava la nozione offertane dalla seconda elaborazione barassiana, di un contratto di scambio, con a causa una promessa di prestazione subordinata contro una promessa di retribuzione: una prestazione che, dovendo scontare l'implicazione della persona del lavoratore, doveva atteggiarsi come tecnico-funzionale. E, va anticipato, una ricostruzione come questa non si prestava e non si presta ad una critica ricorrente, per cui non si potrebbe dedurre la caratteristica della prestazione dal contratto, essendo questa realizzata e verificata nel rapporto: il contratto si caratterizza subito come subordinato, in base allo scambio di promesse, tanto che se ne potrebbe chiedere il rispetto a fronte del rifiuto di darvi esecuzione. Né questo è revocato in dubbio dal fatto che un contratto avente ad oggetto una prestazione autonoma riveli nello svolgimento del rapporto l'esistenza effettiva di una prestazione subordinata, perché ciò equivale a leggere la "fisiologia" alla luce della "patologia": quest'ultima merita di essere affrontata con la consolidata strumentazione civilistica, sull'interpretazione (art. 1362, co. 2), sulla simulazione (artt. 1414 e

⁸⁹⁶ G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali* cit.

⁸⁹⁷ Ma v. U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1969.

⁸⁹⁸ P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti del 1966*, in corso di pubblicazione.

⁸⁹⁹ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1939.

ss.), sulla frode alla legge (art. 1344), senza alcuna inevitabile “fuga” verso una presunta peculiarità lavoristica⁹⁰⁰.

Certo, però, questa soluzione non risulterà acquietante, perché ristretta ad una rilettura dell’art. 2094 c.c.; come tale non sufficiente a giustificare ed a spiegare tutta la disciplina codicistica, come si è visto raccordata all’impresa, nella sua duplice veste di attività organizzativa e di attività organizzata. Quel che resterà fermo sarà la scelta del contratto di scambio come fonte del rapporto di lavoro, risultata vincente rispetto alla teoria del contratto di associazione o del mero “inserimento”; e, ciò, per un *mix* di ragioni, non sempre concorrenti: “tecniche”, con riguardo alla maggior spendibilità delle categorie civilistiche; e politiche, con rispetto alla miglior resa della contrapposizione di interessi, ricomposta solo nei termini e limiti dell’accordo, e, dunque, con una più precisa e puntuale “calcolabilità” della prestazione subordinata.

Dove la partita risulterà confusa, sarà sulla rilevanza da accordare al contratto e, rispettivamente, allo svolgimento del rapporto nella produzione degli effetti: matassa troppo complicata per districarla qui, si da trovar comodo rinviare al citato saggio di Ichino, che ravvisa una duplice linea, del “contrattualismo” (Barassi-Santoro Passarelli-Mengoni-Mancini) e dell’“acontrattualismo temperato” (Greco-Pugliatti-Scognamiglio). Peraltro la collocazione dei nomi all’interno di ciascuna linea è lungi dall’esser pacifica, a testimonianza della difficoltà di incasellare dottrine composite ed in evoluzione.

Sulla linea del “contrattualismo”, dopo Santoro Passarelli, è ancora un civilista come Luigi Mengoni, col suo saggio del 1954, sulle obbligazioni di mezzi e di risultato⁹⁰¹, che sgombra la via al fondamentale lavoro di Mancini, del 1957, sulla diligenza del prestatore di lavoro⁹⁰²; ed un decennio dopo, nel 1966, sarà un allievo di Santoro Passarelli, Mattia Persiani, a cercar di superare l’*impasse* contratto/rapporto perpetuato nel modello tralatizio di un contratto di scambio, con ad oggetto una prestazione di mera messa a disposizione; e lo farà col ricostruirlo come contratto di organizzazione⁹⁰³. A loro volta, sulla linea dell’ “istituzionalismo temperato” sono due civilisti, Salvatore Pugliatti e Renato Scognamiglio⁹⁰⁴, che fanno da battistrada di un percorso, peraltro interpretato in modo assai vario, con un occhio attento al bilancio netto dell’approccio istituzionalista, con riguardo sia ai rischi di un maggior coinvolgimento del lavoratore, sia ai vantaggi di un maggior controllo del potere imprenditoriale.

E quello del controllo dei poteri imprenditoriali è stato un filone coltivato fin dal decennio ’50 da un gruppo di studiosi riuniti intorno alla Rivista giuridica del lavoro, battezzato come

⁹⁰⁰ A quanto mi risulta, l’unico contributo significativo in tema di simulazione è G. NICOLINI, *La simulazione del rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1969; mentre la frode alla legge è stata oggetto di attenzione con riguardo a fattispecie “elusive” all’indomani del d.lgs. n. 276/2003: M. PEDRAZZOLI, *Il mondo delle collaborazioni coordinate e continuative fra genuinità e frode*, in *Dir. lav.*, 2004, 3, p.1177; M. T. CARINCI, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.leg. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, p.1113 ss.; G. DONDI, *Società collegate, frode alla legge e tutela del lavoratore licenziato*, in *Giust. civ.*, 1984, I, p.2316 ss.

⁹⁰¹ L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss.

⁹⁰² F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

⁹⁰³ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

⁹⁰⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato (diritto del lavoro)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, vol. XVIII; nonché F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974.

“costituzionalista”, perché ispirato al primato del testo fondamentale sul codice civile. Sarà ancora un civilista, Ugo Natoli, a giocare un ruolo di primo piano, con a bersaglio principale il recesso *ad nutum* dell’art. 2118 c.c., cercando di renderlo “giustificato”, con un approccio variegato, più attento al risultato che ai mezzi; si da finir per civettare con una versione istituzionale costituzionalizzata, quale quella dell’impresa come “formazione sociale” ex art. 2 Cost., dove il lavoratore può far valere un suo interesse legittimo alla conservazione del posto⁹⁰⁵.

Questo filone troverà il suo momentaneo approdo nelle l. 15 luglio 1966, n. 604, nella versione offertane dallo stesso “redattore” Gino Giugni, già nel 1963, a proposito delle “esigenze dell’impresa”, da tener presenti nell’esercizio dello *ius variandi*⁹⁰⁶: da buon contrattualista, egli vi aveva confutato ogni teoria “istituzionalista” o “comunitaria”, fondata sugli articoli del codice civile con richiami all’“interesse” o alle “esigenze” dell’impresa; e aveva declassato tali espressioni alle più modeste proporzioni di rinvii a regole tecnico-organizzative, applicabili secondo le massime di esperienza.

6. Lo Statuto dei lavoratori: la svolta “istituzionale”.

A smentita di ogni bollettino meteorologico, il clima sarà destinato a cambiare in quell’ultimo scorcio del decennio ’60, mettendosi decisamente al peggio: fra il 1969 ed il 1973, si apre e si chiude la stagione destinata a passare alla storia come quella della “conflittualità permanente”⁹⁰⁷. E, proprio all’inizio, nel 1970 – con Gino Giugni sempre nel ruolo di consulente del principe – vedrà la luce lo Statuto dei lavoratori: un testo con un passato onorevole, di cui vuole recepire il duplice lascito, “promozionale” e “costituzionale”, con un equilibrato dosaggio di radicamento del sindacato e di riconoscimento del lavoratore come cittadino nel luogo di lavoro⁹⁰⁸.

Ad un occhio attento e distaccato non sfugge il segno di questo duplice lascito, certo arricchito e rafforzato. Da un lato, l’indirizzo “promozionale” si traduce nel *favor* per il sistema sindacale vigente: le rappresentanze sindacali (cui vengono attribuiti diritti di cittadinanza nei luoghi di lavoro) sono modellate sulle sezioni associative dei sindacati categoriali aderenti alle tre grandi confederazioni (art. 19 St. lav.); i contratti collettivi (di cui vengono “incentivati” gli effetti normativi) sono i collaudati contratti territoriali, di categoria e di zona (art. 26 St. lav.); i legittimati ad

⁹⁰⁵ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

⁹⁰⁶ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

⁹⁰⁷ V. AA.VV., *Gli anni della conflittualità permanente. rapporto sulle relazioni industriali in Italia negli anni 1970-1971*, Milano, 1976; C. CROUCH - A. PIZZORNO, *The resurgence of class conflict in Western Europe*, London, Macmillan, 2 vol., 1978, trad. it parziale, *I conflitti in Europa*, Milano, 1979, per l’Europa; e A. PIZZORNO in AA.VV., *Lotte operaie e sindacato: il ciclo 1968-72 in Italia*, Bologna, 1978, VI, per l’Italia.

⁹⁰⁸ La letteratura sullo statuto è ormai amplissima. Ci si limita qui a citare i primi commentari destinati ad avere una grande influenza su tutta la successiva evoluzione dottrinale e giurisprudenziale: G. GIUGNI (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori: commentario*, Milano, 1979; G. GHEZZI - L. MONTUSCHI - G. F. MANCINI - U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori (art. 14-18)* in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981; U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, I e II tomo. Sullo stato di salute dello Statuto negli anni successivi al suo varo, v. i contributi in: *Lo statuto dei lavoratori: vent’anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* 1990, n. 6; *Tavola rotonda Garantismo, giurisprudenza e legislazione della crisi a dieci anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, p. 469 ss., G. PERONE, *Lo statuto dei lavoratori*, Torino, 1997, nonché gli atti di convegni “commemorativi”: A. GARILLI - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Napoli, 1992; AA.VV., *Lo statuto dei lavoratori tra passato e futuro* (atti del convegno, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, Cnel, 15 dicembre 2000), in *Economia e lav.*, 2001.

agire per comportamenti anti-sindacali – con cui vengono “repressi” gli scioperi – sono solo i tradizionali sindacali nazionali, per via dei loro organismi locali (art. 28 St. lav.). Dall’altro, l’indirizzo “costituzionale” si esprime nel riconoscimento sanzionato di diritti individuali, in continuità col percorso iniziato dallo Statuto dei lavoratori della Cgil, tenuto aperto da un consistente gruppo di giuristi e parzialmente ripreso dalla l. n. 604/1966 (in particolare artt. 13, 14, 15, 16, 18 St. lav.).

Ma se il testo era stato elaborato a conclusione di un intero periodo, cercando di “codificarne” il risultato, con un deciso salto in avanti, reso possibile dal mutato rapporto di forze e giustificato dall’intento di accrescerne le capacità di recupero delle Confederazioni; lo stesso testo, una volta calato ed interpretato nel clima incandescente del dopo “autunno caldo”, verrà omologato al clima prevalente, *de facto* e *de iure*, secondo un criterio di effettività: l’“azienda” – o la sua articolazione “unità produttiva”⁹⁰⁹ – colta nella dimensione spaziale-organizzativa, sarà vista e vissuta come sede di una fisiologica dialettica fra potere datoriale, da un lato, e contropotere sindacale e potere giudiziario, dall’altro. Da qui tutto il diritto del lavoro uscirà cambiato, tant’è che, esauritasi la spinta conflittuale, conserverà sì la sua originaria ascendenza privatistica, ma con una ben visibile influenza istituzionale-pubblica, che ce lo restituirà alquanto *mutatus ab illo*⁹¹⁰.

L’impatto immediato sul sistema sindacale modellato dal pensiero giuslavorista nel periodo precedente risulterà distruttivo. E sarà proprio il gruppo che aveva “teorizzato” l’equilibrio intrinseco di quel sistema, sia depurandolo nel modello astratto dell’“ordinamento intersindacale”, sia supportandolo nel momento maturo della contrattazione articolata; sarà questo stesso gruppo, prima, a dividersi nel giudizio sullo Statuto, poi – letteralmente affascinato dall’improvvisa accelerazione della storia – a ricompattarsi, nel seguirne simpateticamente lo smantellamento: l’associazione degradata ad una *species* del *genus* organizzazione, estesa dalla mera coalizione alla rappresentanza elettiva; la qualificazione “sindacale” resa autoreferenziale; il contratto collettivo di diritto comune declassato ad un mero armistizio, con un doppio livello del tutto disarticolato; il diritto di sciopero sottratto a qualsiasi controllo sindacale.

Quando, vent’anni dopo, nel 1993, ci verrà restituito un modello riecheggiante quello della contrattazione articolata, lo sarà in un accordo triangolare Stato-Confederazioni, collocato in un contesto ben diverso, teorizzato e battezzato come neo-corporativo o neo-istituzionale⁹¹¹. Un tempo lunghissimo per la vita di un uomo, ma lungo per la storia di un Paese e dello sviluppo di un sistema sindacale sempre più dipendente dall’assetto politico e socio-economico, sicché richiederebbe uno spazio ben maggiore di quello disponibile, per ripercorrerlo passo a passo. Ma dato il

⁹⁰⁹ V. C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983 e M. G. GAROFALO, *Sulla nozione di unità produttiva nello statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, pp. 609 ss.

⁹¹⁰ Interessante il dibattito a distanza ravvicinata fra due protagonisti del periodo precedente: G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 369 ss., e G. GHEZZI, *Osservazioni sul metodo dell’indagine giuridica nel diritto sindacale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 407 ss.

⁹¹¹ Protocollo del 23 luglio 1993, su cui esiste una ricca letteratura di cui si cita una selezione per nomi e luoghi di pubblicazione: M. D’ANTONA (*Riv. it. dir. lav.*, 1993, 411 ss.); M. GRANDI - M. RUSCIANO (*Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 213 ss.); T. TREU - P. G. ALLEVA - M. ROCELLA - M. RICCI (tutti in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, pp. 215 ss.- 243 ss.-263 ss.- 279 ss.); G. GIUGNI (*Lav. inf.*, 1994, 5, pp. 7 ss.), cui *adde* G. GHEZZI, *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, Torino, 1996; F. CARINCI, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 e il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, in F. CARINCI - B. VENEZIANI (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell’industria privata*, Milano, 1997, p. 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 357.

punto di vista prescelto, del rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro, è possibile limitarsi a percorrere rapidamente un duplice itinerario, tracciabile a partire dalla stessa legge n. 300/1970.

A colui che, stando sulla soglia di questo inizio del XXI secolo, volga indietro lo sguardo, lo Statuto appare il punto di partenza di un processo difficilmente immaginato da chi vi mise mano. Vincente si rivelerà la scelta di una “promozione senza regolamentazione”, effettuata sulla base di una lettura dell’art. 39 cost., che amputava il primo comma dai successivi, fino ad una loro “abrogazione sostanziale”; con la Corte costituzionale sempre più insofferente rispetto ad una loro sopravvivenza formale, pur ridotta a mera funzione preclusiva del conseguimento *aliunde* dell’efficacia *erga omnes* del contratto collettivo categoriale.

Il che permetterà al nostro diritto sindacale di mantenere i piedi piantati nel diritto privato “comune”; se pure in modo certo per l’associazione non riconosciuta⁹¹²; ed in modo problematico per il contratto collettivo⁹¹³. Qui l’impatto della crisi – apertasi con lo shock petrolifero del 1973 – avrà una ricaduta diretta ed indiretta che la dottrina si farà carico di classificare: diretta, per la regressione dei contenuti (contrattazione ablativa)⁹¹⁴ e per la frantumazione degli agenti contrattuali (contrattazione separata)⁹¹⁵; indiretta, per l’accrescersi di una legislazione sempre più ricca

⁹¹² Sul sindacato come associazione non riconosciuta, v. G. BRANCA, *L’associazione sindacale*, Milano, 1960; T. TREU, *L’organizzazione sindacale, I soggetti*, Milano, 1970; G. BALDUCCI - U. CARABELLI, *Il sindacato. L’associazione sindacale*, Torino, 1984, t. II; U. CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato*, Napoli, 1986; U. ROMAGNOLI, voce *Associazione (associazioni sindacali)*, in *Enc. giur.*, 1988, III: qui le due questioni centrali sono rimaste quelle della natura contrattuale o normativa dello statuto (con prevalenza della prima ipotesi) e della soggezione o immunità rispetto alla giustizia statale (con prevalenza almeno di fatto della seconda tesi). A favore dell’applicabilità al sindacato della disciplina delle associazioni riconosciute v. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile* cit., 1967, p. 104 ss. Ma contra D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 2 ss.

Dopo il varo dello Statuto dei lavoratori l’interesse si sposterà dalla “natura” quale associazione non riconosciuta alla qualificazione come sindacato maggiormente rappresentativo ex art. 19 co. 1 lett. a) destinato a diventare il vero e proprio *passé partout* di accesso allo statuto promozionale.

⁹¹³ V., in generale, S. SCIARRA, *Contratto collettivo*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1989, M. DELL’OLIO, voce *Sindacato*, cit. IV; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003, e, in particolare per il contratto aziendale, S. SCIARRA, *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Milano, 1985, e A. LASSANDARI, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Milano, 2001.

⁹¹⁴ Con tale termine la dottrina è solita designare i contratti collettivi c.d. in perdita o concessivi: cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2001, p. 147; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992. A proposito del contratto collettivo ablativo stipulato a livello aziendale, un indirizzo giurisprudenziale aveva cercato di recuperare lo schema del mandato, onde limitarne l’efficacia; questo peraltro prima della Corte costituzionale consacrasse il contratto gestionale.

⁹¹⁵ Anche l’accordo separato si colloca per lo più a livello aziendale, pur se non è mancato qualche caso a livello nazionale: a parte lo storico precedente costituito dal disaccordo di S. Valentino del 14 febbraio 1984 (che ebbe come coda una contrattazione separata a livello aziendale), il più recente è dato dal contratto collettivo dei metalmeccanici, non sottoscritto dalla FIOM-CGIL, su cui Trib. Roma 12 luglio 2000, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 819 ss. A proposito di un contratto firmato da un sindacato comparativamente più rappresentativo, Cass. 28 marzo 2004, n. 10353, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 287 ed in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 312ss., ha escluso che possa diventare efficace rispetto ai lavoratori aderenti ad un sindacato diverso di cui condividano l’esplicito dissenso “in ossequio al principio di libertà sindacale e in coerenza con il nostro sistema giuridico”; mentre Cass. 3 dicembre 2001, n. 15254, in *Lav. prev. oggi*, 2002, p. 134 ss., aveva dichiarato valido l’accordo aziendale concluso con taluni dei (e non tutti i) sindacati presenti in azienda, sempreché tutti i sindacati fossero stati invitati al tavolo ed i sindacati sottoscrittori fossero effettivamente rappresentativi del personale in azienda.

In dottrina la questione è stata ampiamente trattata, anche per cercare una qualche soluzione che superasse l’*impasse* di una contrattazione separata destinata ad avere una efficacia limitata, poco o niente funzionale a livello aziendale; v. G. PERONE, *L’organizzazione e l’azione del lavoro nell’impresa*, Padova, 1981, p. 180 ss.; C. ASSANTI, *La coppia “collettivo-collettivo”: responsabilità del sindacato ed “indivisibilità delle posizioni soggettive”*, in *Diritto e giustizia del lavoro oggi*, Milano, 1984, pp. 109-110; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 72; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit., 1992, p. 153 ss); G. PROSPERETTI, *L’efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989; P. TOSI, *Rappresentanza e rappresentatività*, relazione svolta al Collegio

di rinvii (contrattazione delegata). Una classificazione, questa, che risulta chiara sulla carta, ma assai meno nella realtà, perché l'ultima arrivata, la contrattazione delegata, porrà la stessa problematica, ben potendo essere al tempo stesso ablativa e separata.

Di certo è che la contrattazione ablativa e separata verrà a porre una questione di efficacia completamente diversa rispetto a quella acquisitiva ed unitaria: non più con riguardo ai datori di lavoro non iscritti alle associazioni stipulanti, ma con rispetto ai lavoratori non sindacalizzati, aderenti ad altri sindacati, associati ai sindacati firmatari, ma dissenzienti; e la porrà soprattutto a livello aziendale, in misura tanto più seria, quanto più la contrattazione tenderà ad essere insieme, ablativa e separata. Ma tale questione potrà essere affrontata senza rimettere in discussione la tesi classica circa la natura (di atto di autonomia privata) e la efficacia (*intra partes*) del contratto collettivo, salvo la tendenza a trovare qualche formula per assicurare comunque un'efficacia generalizzata soprattutto a livello aziendale, facendo perno sia sull'aspetto soggettivo (sottoscrizione da parte delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative o, comunque, rappresentative della maggioranza dei lavoratori sindacalizzati, e/o delle rappresentanze unitarie, approvazione da parte della maggioranza dei lavoratori) sia sull'aspetto oggettivo (unitarietà ed indivisibilità degli interessi in gioco), che, una volta licenziata dalla Corte costituzionale la figura del contratto gestionale, sfocerà nel ricorso a tale figura. La faccenda si complicherà con la crescita della contrattazione delegata, basata su rinvii *ex lege*, perché questa verrà ad enfatizzare la questione dell'efficacia *extra partes*; ma, così facendo, aggraverà la problematica di una trattativa e sottoscrizione separata da parte di solo alcune delle organizzazioni sindacali, legittimate, come maggiormente rappresentative o comparativamente più rappresentative.

Comunque, nella prima metà del decennio '80, la rinnovata rivendica di identità del diritto del lavoro rispetto al diritto privato, troverà piena e matura espressione in due opere, confortate più da richiami che da consensi: quella di Giuseppe Ferraro, del 1981⁹¹⁶, che eleva il contratto collettivo a fronte di diritto *extra ordinem* e lo dota di efficacia *erga omnes*, in ragione della qualificazione dei sindacati firmatari come maggiormente rappresentativi; e quella di Marcello Pedrazzoli⁹¹⁷, del 1985, che coniuga nella subordinazione la dimensione individuale e collettiva. Una dottrina, peraltro, anche qui in ritardo, perché il comune modello di riferimento era costituito, esplicitamente o implicitamente, da quel sindacalismo confederale che era stato sì promosso come egemone dallo Statuto dei lavoratori, ma che stava esaurendo la sua stagione d'oro.

Ma, ormai, stava acquistando una crescente rilevanza la contrattazione delegata, sulla quale si avrà occasione di ritornare più avanti. Per l'istante c'è da osservare come, dal canto suo, lo sciopero continuerà il cammino che lo aveva già da tempo portato al di fuori del suo stretto abito originario – di anonimo diritto potestativo – fino a venir ricostruito come diritto della persona o

Ghislieri di Pavia il 2 aprile 1990; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994; F. LUNARDON, *Efficacia del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Torino, 1999.

⁹¹⁶ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981; *Id.*, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione sulla flessibilità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 685 ss.

⁹¹⁷ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, cit.

diritto politico⁹¹⁸. Peraltro, al tempo stesso, veniva rafforzato direttamente nella sua protezione ed indebolito, indirettamente, nella sua disponibilità individuale, da quell'art. 28 St. lav., che segna l'ingresso a pieno titolo del sindacato nel processo: rafforzato direttamente per l'efficacia della tutela; indebolito indirettamente per la riserva dell'azione a capo delle istanze locali dei sindacati nazionali.

Se questo è vero, è anche vero che nello Statuto c'è il seme della svolta "istituzionale" del nostro diritto del lavoro: quella "macro", relativa al profilo sindacale, che gli permetterà di uscire a tutto busto nella dimensione politica, con la concertazione e con una contrattazione "delegata" a curvatura pubblicistica; e, quella "micro", relativa al profilo individuale, che gli consentirà di enfatizzare a tutto campo l'"impresa", come "attività organizzata", con una ricaduta sulla ricostruzione della fattispecie lavoro subordinato e sulla configurazione dei poteri imprenditoriali.

Prima di procedere oltre, è opportuno accennare a due "condizionamenti" crescenti del nostro diritto del lavoro, destinati ad acquistar peso e rilievo nel passaggio da un secolo all'altro. Il primo è costituito da un diritto comunitario che verrà a conformare sempre più il nostro diritto interno, con una certa tendenza al rialzo rispetto allo *standard* previsto a livello europeo: con riguardo alla variante *hard*, - oltre alle direttive in materia di coinvolgimento dei lavoratori di cui si farà parola più oltre, la Risoluzione del Consiglio del 3 giugno 2002 su una nuova strategia comunitaria per la salute e sicurezza sul luogo di lavoro, la Direttiva 1995/45/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (l. n. 675 del 1996), la Direttiva 2003/88/CE sull'orario di lavoro (legge n. 66 del 2003), la Direttiva 1997/81/CE sull'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (d.lgs. n. 61 del 2000), la Direttiva 1999/70/CE sull'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (d.lgs. n. 368 del 2001); e, con rispetto alla variante *soft*, gli Orientamenti annuali, nell'ambito della la c.d. Strategia Europea per l'occupazione inaugurata a Lisbona nel 2000, cui si sono ispirati la l. delega 14 febbraio 2003, n. 30, ed il relativo d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276⁹¹⁹.

⁹¹⁸ L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, Atti del primo convegno di studi di diritto e procedura penale, Milano, 1964, pp. 40 ss.; E. GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981

Il processo di "liberalizzazione" del diritto di sciopero seguirà un duplice percorso, sollecitato dalla dottrina, ma compiuto dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione: la prima con la sua giurisprudenza "creativa" circa la legittimità degli *articoli* del codice penale del 1930, che "di rimbalzo" è venuta ad individuare gli scopi perseguibili (v. C. SMURAGLIA, *L'attività interpretativa della Costituzione e il diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, I, p. 229 ss.; F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1971; G. SUPPIEJ, *Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e serrata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 30 ss.); la seconda con la sua giurisprudenza altrettanto "creativa" sui modi di esercizio (v. G. GHEZZI, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 24; L. MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero ed il c.d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 371 ss.; E. GHERA, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in *Indagine sul sindacato*, a cura dell'ISLE, Milano, 1970; P. ALLEVA, *L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, in *Riv. dir. lav.*, 1976, p. 371; A. DI MAJO, *Tutela civile e diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1980, p. 293). Dopo la l. n. 146/1990, relativa alla regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, c'è stato un ritorno di attenzione da parte della dottrina, che è andato ben oltre l'analisi della legge F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Torino, 1998; F. DE FALCO, *Diritto di sciopero ed interesse dell'impresa*, Napoli, 2003; G. PINO, *Conflitto e autonomia collettiva. Contributo allo studio della regolamentazione contrattuale del diritto di sciopero*, Torino, 2005; nonchè, per una riconsiderazione sistematica F. SANTONI, *Lo sciopero*, IV ed., Napoli, 1999.

⁹¹⁹ L'interesse è cresciuto nel corso di quell'ultimo decennio del secolo scorso, che è stato testimone del decollo dell'UE, come emerso nelle Giornate di studio Aidlass (Pavia, 6-7 novembre 1992), *Il dialogo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro*, con relazioni di T. Treu, F. Santoni, S. Sciarra, R. Foglia, L. Forlati-Picchio, Milano, 1994. In chiave sistematica v. B. CARUSO - M. D'ANTONA - S. SCIARRA, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, I, Napoli, 1995 e M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 3. ed., Padova, 2002; cui *adde*, A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato: la dimensione*

Il secondo condizionamento è rappresentato da un sistema previdenziale⁹²⁰ che, da “servitore”, tenderà a trasformarsi in “padrone” del diritto sostanziale, non senza una contraddizione fra legislatore e Inps. Da un canto, il legislatore si impegnerà ad estendere la copertura dei contratti c.d. atipici, moltiplicatisi nell’area grigia tra lavoro subordinato ed autonomo⁹²¹; ma senza affrontare la problematica dei tempi morti fra un contratto e l’altro, nell’ambito di una riforma degli ammortizzatori sociali sempre predicata, ma mai realizzata⁹²², anzi ridotta ad una politica congiunturale *ad libitum* del Governo di turno. Dall’altro, l’Inps si esibirà in una caccia all’evasione contributiva, benemerita se non fosse viziata dall’esigenza prioritaria di un riequilibrio di conti in profondo rosso, sì da realizzare una sorta di “pansubordinazione previdenziale”, in controtendenza rispetto all’evoluzione normativa di una moltiplicazione tipologica.

Due condizionamenti dati qui per scontati, perché per quanto via via più estesi ed incisivi, restano l’uno – quello comunitario – ancora largamente mediato dalla legislazione interna; e l’altro – quello previdenziale – rilevante soprattutto con riguardo alla scelta datoriale nella multiforme tipologia contrattuale, con cui gli è, oggi, possibile procurarsi la disponibilità del lavoratore. Se mai, va sottolineato come il diritto del lavoro di cui si tratta e si parla, è costretto a fare i conti con un fenomeno, certo comune ad ogni altro paese caratterizzato da un robusto sistema protettivo, ma del tutto peculiare al nostro, per dimensione e concentrazione, quel lavoro “nero” o “sommerso”, radicato in certe aree (meridione ed isole) ed in certe categorie (cassa-integrati, lavoratori in mobilità, pensionati, dipendenti “pubblici”, immigrati clandestini), con un effetto dirompente sull’ambito e sul livello del regime legale e contrattuale. Non per nulla l’intervento legislativo diretto alla repressione/emersione di tale fenomeno è venuto ad acquisire il rilievo di un vero sottosettore o ramo, peraltro tanto sofisticato, quanto poco risolutivo; solo che trattasi di un sottosettore o ramo funzionale proprio a rendere effettivo, “col bastone o con la carota”, proprio quel diritto del lavoro presentato ed illustrato dai manuali ai compendi di giurisprudenza⁹²³.

sociale dell’integrazione europea, Bologna, 2003; *Ordinamento comunitario e rapporti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 27, e, per un’informazione continua ed aggiornata, i *Working Papers* in www.lex.unict.it.

⁹²⁰ Sullo sviluppo del sistema previdenziale v. M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960. Mentre sul sistema vigente v., in generale, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005; M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006.

⁹²¹ P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo: problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2005 ed alle misure introdotte in campo previdenziale dalla finanziaria per il 2007, M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *La finanziaria 2007*, Milano, 2007, p. 189 ss.

⁹²² V. al riguardo la relazione di M. MISCIONE alle Giornate di studio Aidlass “Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro” (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in www.aidlass.org.

⁹²³ Sul lavoro sommerso, v. A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2000; M. DELL’OLIO, *Il lavoro sommerso e la «lotta per il diritto»*, *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 43; Il fascicolo monografico di *Dir. merc. lav.*, 2003, 63 ss.; M. SALA CHIRI, *Il lavoro sommerso ed il diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 731 ss.; G. PERONE, *Economia informale, lavoro sommerso e diritto del lavoro*, in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2003, 1 ss.; A. VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 379 ss. A. BELLAVISTA, *La legge Finanziaria per il 2007 e l’emersione del lavoro nero*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 55/2007; e, sul lavoro degli immigrati, v. A. VISCOMI, *Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato: tutele costituzionali, garanzie legali e regime contrattuale*, Napoli, 1991; G. DONDI, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Padova, 2001; Id. (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Milano, 2003; S. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005; M. BROLLO, *Immigrazione e libertà di circolazione*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 1069 ss.

7. L'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale.

7.1 Lo sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico".

Con l'ovvia considerazione che ogni individuazione in tal senso risulta forzante, sembra possibile ravvisare nell'evoluzione post-statutaria del diritto sindacale una duplice tendenza. Le denominazioni utilizzate per individuarle sono del tutto convenzionali, scelte in base meno alla loro precisione tecnica che alla loro forza suggestiva: lo sconfinamento dell'agire collettivo nel "politico" e nel "pubblico"; il contenimento del conflitto collettivo.

Come è intuibile i territori in cui operano questi *trend* sono diversi, ma segnalano un mutamento nel volto originario del diritto sindacale post-bellico, non più configurabile come un complesso di regole di un gioco limitato alle parti sociali ed affidato al libero confronto ed al mutevole equilibrio nel rapporto di forza. Cominciando dal primo *trend*, a costo di peccare per eccesso di *distinguo*, credo opportuno tenere separati due aspetti, perché toccano ambiti e utilizzano meccanismi differenti, ma soprattutto evidenziano due processi interconnessi, ma diversi: l'uno – la concertazione – con un coinvolgimento sullo scenario politico; l'altro, la contrattazione "delegata" (*et alia*), con un cointeressamento rispetto ad uno scopo pubblico.

7.1.1. La concertazione.

Il sangue non è acqua, si usa dire per l'uomo, ma lo si può utilizzare metaforicamente anche per il diritto, perché l'ascendenza di un istituto conta non poco. Qui il fatto che il concetto di sindacato maggiormente rappresentativo fosse già stato elaborato per accreditare la partecipazione del sindacalismo confederale alle attività e alle funzioni di organi pubblici, contribuisce a spiegare il suo recepimento nello Statuto. Da un punto di vista "soggettivo", perché permetteva l'ingresso nell'ordinamento statale – se pur tramite un concetto formalmente "neutro" – del principio di oligopolio rappresentativo paritario di Cgil, Cisl, Uil; da un punto di vista "oggettivo", perché tale ingresso aveva sì come "causa" la loro cittadinanza nell'"unità produttiva", ma come "motivo" la loro presenza sulla stessa scena politica, in funzione di canalizzazione e razionalizzazione della spinta rivendicativa⁹²⁴.

Recepimento, questo, realizzato dallo Statuto, con quell'art. 19 che paga in apertura un omaggio all'iniziativa di base, ma privilegia l'organizzazione *sub specie*, in via principale, di una rappresentatività confederale "qualitativa" (co. 1, lett. a); ed, in via secondaria – *rectius* residuale – di una rappresentatività "contrattuale" (co. 1, lett. b)⁹²⁵. Ma sarà la Corte costituzionale, di lì a qualche anno, a trasferire la legittimazione dalla dimensione aziendale a quella politica, con due sentenze:

⁹²⁴ M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in *La rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 5, pp. 7 ss.

⁹²⁵ La via è stata preparata dalla elaborazione giurisprudenziale della maggiore rappresentatività ai fini della partecipazione in organi e collegi pubblici, v. G. PERONE, *La partecipazione sindacale a pubbliche funzioni*, Padova, 1972.

Sulla distinzione fra rappresentanza e rappresentatività, v. M. GRANDI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro* cit. Sull'art 19 Stat. Lav., v. G. F. MANCINI, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, I, pp. 766 ss. In concomitanza con la legislazione della crisi e dell'emergenza, il criterio del sindacato maggiormente rappresentativo diventerà l'asse portante del contributo di G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale*, cit.

C. cost. 6 marzo 1974, n. 54⁹²⁶, sugli artt. 19 e 28 St. lav., e C. cost. 27 dicembre 1974, n. 290⁹²⁷, sull'art. 503 c.p.

Con la prima decisione, il Giudice delle leggi vede nell'art. 39, co. 1, scorporato ed estraniato dal resto del testo, sia una tutela "minima", essenzialmente negativa, per tutte le forme organizzative sindacali; sia una tutela "ulteriore", principalmente positiva – promozionale e quindi selettiva – per quelle associazioni confederali, qualificabili come maggiormente rappresentative; come tali idonee a raccogliere, omogeneizzare, rendere negoziabili le spinte centrifughe e destabilizzanti provenienti dai luoghi di lavoro, sì da renderle ricomponibili e sintetizzabili per via di ampie piattaforme di contrattazione e di riforma, da portare al tavolo delle trattative con la controparte datoriale e, rispettivamente, con il Governo. E se è vero che, stando al giudizio del giudice costituzionale, non c'è un pieno *continuum* fra "vecchio" e "nuovo" criterio, perché quello di cui all'art. 19, co. 1, lett. a) non può essere utilizzato in termini di "comparazione", ma solo di "soglia di accesso"; è anche vero che il destinatario del trattamento promozionale tenuto presente rimane sempre lo stesso, cioè il movimento sindacale confederale.

Sincronica e sintonica rispetto alla prima, è la seconda decisione, una specie di *summa* della legittimità dello sciopero, destinata a rimaner ferma ed imm modificata fino ad oggi. A conferma di un'evoluzione giurisprudenziale iniziata nel 1962 e confortata da parte significativa della dottrina, la Corte manipola l'art. 503 c.p., deducendone tre distinte fattispecie, con ben diverse discipline: lo sciopero "economico", riconosciuto come diritto; lo sciopero "politico in senso stretto", qualificato come libertà; lo sciopero "rivoluzionario" ed "eversivo", represso come reato. Quel che interessa è la correlazione instaurata fra l'art. 40 e l'art. 3, co. 2, per cui il riconoscimento del diritto di sciopero "economico" è funzionale alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale: non viene rimessa in discussione la titolarità individuale del diritto di sciopero, ma certo c'è sottesa la consapevolezza che solo la triplice confederale, quella stessa "promossa" dalla legislazione statutaria, possa promuovere, organizzare e gestire una tale forma di lotta.

Passando dall'una all'altra sentenza, si trova confermata una ricostruzione della Parte II della Costituzione che non è più quella scritta negli art. 55 ss., con un'assoluta ed esclusiva prevalenza del Parlamento, come unico canale istituzionale di rapporto/condizionamento del Governo. Il movimento sindacale confederale si vede riconosciuto un ruolo fondamentale nell'equilibrio costituzionale complessivo, come portatore di un interesse, che non è solo ristretto al suo nucleo associativo, ma esteso all'intero universo del lavoro subordinato, come destinatario privilegiato del suo impegno a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che ...impediscono...l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese": dunque un interesse generale per eccellenza, tale da meritare e comportare uno sbocco istituzionale. Questo verrà percepito da un protagonista autorevole del processo rifondativo del diritto del lavoro, Federico Mancini, che, nel 1977⁹²⁸, richiamerà proprio C. cost. n. 290/1974, per

⁹²⁶ C. cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.*, 1974, I, c. 963 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, così come sviluppatasi da questa sentenza in poi, v. G. PERA, in AA.Vv., *Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 1983, p. 171 ss.; L. MARIUCCI, *Il sindacato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, I, p. 331 ss.; F. CARINCI, *La rappresentatività sindacale e i conflitti di lavoro secondo la Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 477 ss.; M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, cit.

⁹²⁷ C. cost. 27 dicembre 1974, n. 290, in *Foro it.*, 1975, c. 259.

⁹²⁸ F. MANCINI, *Possibili sviluppi del diritto del lavoro nella fase di transizione*, in A. ARRIGO (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori, un bilancio politico*, 1977, p. 115 e ss.

teorizzare la fine del modello Parlamento-centrico: “dopo la decisione della Corte si può dire che in Italia la sovranità popolare non si esprime solo con il voto (art. 1) o con l’adesione ad un partito politico (art. 49), ma anche con la partecipazione ad uno sciopero. In altre parole la nostra non è più una democrazia rappresentativa”.

Un’affermazione enfatica, figlia di quel riformismo post-sessantottino che puntava molto sulla capacità di “governo” del sindacalismo confederale, in un quadro politico in movimento; ma certo servirà ad offrire una copertura alla lunga marcia della concertazione. Ripercorrerla qui sarebbe un fuor d’opera, sicché basta ricordarne l’incubazione nell’ultimo scorcio del decennio ’70; la fioritura e precoce gelata dell’inizio del decennio ’80; la “istituzionalizzazione” avvenuta nel corso del decennio ’90; la rilettura in termini di “dialogo sociale” all’inizio del 2000, subito passata di moda; l’andatura carsica, ma continua, del decennio in corso.

A dire il vero, la concertazione verrà sì molto teorizzata come espressione di una organizzazione neo-corporativa o neo-contrattuale o neo-istituzionale, ma riuscirà a trovare solo una legittimazione negoziale nella sequenza che va dal Protocollo del 1993 al Patto di Natale del 1998, con una formula finale tanto barocca ed inflazionata, da restare del tutto impraticabile; per, poi, essere declassata a “dialogo sociale” – sul modello europeo – all’inizio del 2000, nel Libro Bianco del secondo Governo Berlusconi, per enfatizzarne la riduzione dell’oggetto – da tutto campo al singolo tema settoriale di volta in volta affrontato – e la restrizione del tavolo alle stesse parti, con un intervento finale del Governo, libero da qualsiasi “veto” sindacale⁹²⁹.

Oggi come oggi è ritornata ad essere una prassi informale, basata non su una procedura predefinita, ma su una trattativa fra Governo e grandi Confederazioni, “asimmetrica”, cioè squilibrata a pro delle Confederazioni dei lavoratori e condizionata dalla presenza di un “Governo amico”. Né più né meno di una “trattativa privata”, priva di esplicita rilevanza costituzionale, che viene aperta in relazione all’“agenda governativa” in tema di sviluppo, mezzogiorno, fisco, mercato del lavoro, pensioni ... e condotta con la pressione del ricorso a manifestazioni, mobilitazioni, scioperi; e che viene conclusa da una convenzione “privata” – con la sua dichiarazione di intenti, di partite di scambio in termini di programmazione dell’attività governativa e della politica contrattuale, di legislazione contrattata – peraltro sprovvista di qualsiasi efficacia che non sia quella riconducibile alla rispettiva capacità sanzionatoria di “fatto”, a fronte di una sua inosservanza.

D'altronde la Corte aveva già detto la sua. Nel dichiarare la legittimità costituzionale del d.l. 17 aprile 1984, n. 70, C. cost., 7 febbraio 1985, n. 34, scriveva: «*gli accordi stessi rappresentano il*

⁹²⁹ Quello neocorporativo è un modello di “importazione”: H.L. WILENSKY, *The new corporatism. Centralization and the Welfare state*, Beverly Hills, 1976; M. MARAFFI, *La società neocorporativa*, Bologna, 1981; P. SCHWITZER - G. LEHMBRUCH, *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*, Bologna, 1984; ripreso largamente dalla nostra dottrina: F. CARINCI, *Il diritto del lavoro all’inizio degli anni 80: fra neo corporativismo e neo istituzionalismo*, in *Studi in onore di Tito Carnicini*, Milano 1983, vol. I, p. 419 ss.; A. CESSARI, *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, p. 167, T. TREU, *La scommessa del neo-contrattualismo*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 431; G. VARDARO, *Diritto del lavoro e corporativismo in Europa: ieri e oggi*, Milano, 1988.

Una disamina storico-giuridica delle diverse tappe della concertazione in L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999; E. GHERA, *La concertazione sociale nell’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 115 ss.; A. MARESCA, *Concertazione e contrattazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 197 ss.; G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003; F. CARINCI, *Storia e cronaca di una convivenza*, cit., e *Riparlando di concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 491, ss.

Per un inquadramento del fenomeno in un contesto più in generale, v. M. MARTONE, *Governo dell’economia e azione sindacale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2006.

frutto dichiarato di trattative triangolari che vedono ufficialmente partecipe il Governo, non solo nella veste di un semplice mediatore o in quanto datore di lavoro per ciò che riguarda il pubblico impiego, ma quale soggetto che assume a sua volta una serie di impegni politici, spesso assai precisi e rilevanti ... È da dubitare, quindi, che i fenomeni così ricostruiti, pur non contrastando con la Costituzione, rientrino nel campo tipizzato dall'art. 39, dal momento che le organizzazioni sindacali non sono in tal campo separate dagli organi statali di Governo, bensì cooperanti con esso. Ne segue, in ogni caso, che gli interessi pubblici ed i fini sociali coinvolti da tali trattative devono poter venire perseguiti e soddisfatti dalla legge, quand'anche l'accordo fra il Governo e le parti sociali non sia raggiungibile: così come spetta alla legge coordinare l'attività economica pubblica e privata ai sensi del terzo comma dell'art. 41 Cost. Diversamente ne verrebbe alterata la vigente forma di Governo... »⁹³⁰.

Dal passo, reso in corsivo, si deduce, direttamente, che il mancato accordo non è preclusivo ad un intervento del Governo, ma anche, indirettamente, che l'eventuale accordo non è vincolante, se non da punto di vista politico: perché, come nel primo, anche nel secondo caso, ne verrebbe modificato il modello costituzionale di un Governo parlamentare. Il che non vuol dire che il cammino concertativo non abbia avuto un impatto sul sistema contrattuale, perché ne ha accompagnato ed accelerato il controllo dal centro, con un primato confederale, realizzato tramite un sistema regolato negli agenti, nei livelli, nei raccordi e nei contenuti, che finisce per trovare il suo sbocco nel Protocollo del luglio 1993. Solo che trattasi di un accordo interconfederale, incorporato fisicamente e politicamente nel Protocollo, ma pur sempre espressivo del potere auto-regolativo delle parti sociali.

E, guardando al tempo trascorso, non pare esserci un segno dell'arretramento del confine "legale" assegnato a tale potere autonomo; anzi tutt'altro, almeno a stare all'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione. La Corte costituzionale aveva sì sostenuto l'inesistenza di una riserva a favore della contrattazione collettiva in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro, esplicitata già in C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106⁹³¹: in base all'argomentazione che non può neppure proporsene la questione, fino a quando l'art. 39, co. 2 ss., non sarà attuato; e confermata in C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34⁹³² e in C. cost. 23 giugno 1988, n. 697. Nella *prima* - C. cost. n. 34/1985, relativa al decreto legislativo n. 70/1994, assunto in base ad un accordo sindacale "separato" - perché al legislatore deve essere riconosciuta la «potestà» di imporre limiti inderogabili alla contrattazione collettiva nel perseguimento di «finalità di carattere pubblico, trascendenti l'ambito nel quale si colloca – per la Costituzione – la libertà di organizzazione sindacale e la corrispondente autonomia negoziale» tutelate dall'art. 39 Cost., tanto più in caso di accordi triangolari che vedono il Governo assumere «una serie di impegni politici, spesso assai precisi e rilevanti» e che quindi, «pur non contrastando con la Costituzione, non rientrano nel quadro tipizzato dall'art. 39, dal momento che le organizzazioni sindacali non sono separate dagli organi di Governo (come quel quadro presuppone), bensì cooperanti con

⁹³⁰ C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34, in *Foro it.*, 1985, I, c. 975 ss.

⁹³¹ C. cost. 19 dicembre 1962, n. 106, in *Foro it.*, 1963, I, c. 17 ss.

⁹³² C. cost. 7 febbraio 1985, n. 34, in *Foro it.*, 1985, I, 975 ss.

essi»⁹³³. Nella *seconda* – C. cost. n. 697/1998, relativa alla l. n. 91/1997, assunta in base ad un accordo sindacale “unitario” – perché il legislatore ha giustamente privilegiato il fine di perequazione tra settore e settore della vita economica del paese, ex art. 3, comma secondo.

Se questo è vero, è anche vero che nella più recente C. cost. 26 marzo 1991, n. 124, la Corte conferma che l'autonomia collettiva può essere assoggettata a criteri direttivi o a limiti di compatibilità con obiettivi generali di politica economica individuati ex art. 41, co. 2, cost., ma nell'ambito di questi deve essere lasciata libera, sì da escludersi l'imposizione di tetti massimi, se non in situazioni eccezionali, come tali destinate ad essere transitorie. A sua volta, la Corte di Cassazione, a partire dalla metà degli anni '80 è andata affermando che il conflitto fra contratti di diverso livello vada risolto “con il ricorso alla autonomia negoziale che compete ai diversi sindacati, con l'unico limite della presenza di clausole di organizzazione dell'attività contrattuale (rinvii negoziali e determinazione delle competenze soggettive e oggettive) e del coordinamento funzionale che le associazioni stabiliscono tra i vari ambiti contrattuali, deducibili dagli statuti o da altri atti comunque idonei a vincolare la libertà dei soggetti stipulanti”⁹³⁴. E nel passaggio dagli anni '80 agli anni '90 è giunta a consacrare l'inapplicabilità dell'art. 2070, co. 1 c.c.⁹³⁵; a superare la nozione onnicomprensiva della retribuzione⁹³⁶; mentre, negli anni successivi, è pervenuta ad affermare la recedibilità dal contratto collettivo a tempo indeterminato⁹³⁷, ad escludere l'applicabilità della parità di trattamento⁹³⁸, a ribadire la libertà di forma dello stesso contratto collettivo⁹³⁹.

⁹³³ Questa sentenza ha avuto una larga risonanza in dottrina, in quanto avrebbe costituzionalizzato una inderogabilità *in melius* della legge da parte della contrattazione collettiva nei rispetti della legge, così mettendo in discussione quel che fino ad allora veniva assunto come una sorta di dogma nella materia; ma, vista anche l'evoluzione successiva della giurisprudenza costituzionale, sembra *a posteriori* di poter parlare di una enfattizzazione eccessiva. Sul tema v. S. MAGRINI, *Sulla legittimità costituzionale della predeterminazione legislativa delle variazioni dell'indennità di contingenza nel semestre febbraio-luglio 1984*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 161 ss.; G. PERA, *La Corte Costituzionale sul blocco temporaneo della contingenza*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 624 ss.; G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, cit., p. 317 ss.; M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, 1986, p. 271 e 299; A. CATAUDELLA, *La legittimità costituzionale degli interventi legislativi sulla contrattazione collettiva nell'elaborazione dottrinale: dalla legislazione c.d. dell'emergenza alla legge n. 219/1984 sulla scala mobile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 343; P. ALLEVA e G. GIUGNI, *Accordi di concertazione e Corte Costituzionale*, in *Giorn. dir. lav. del. ind.*, 1987, p. 165 ss.

⁹³⁴ Cass. 12 luglio 1986, n. 4517, in *Foro it.*, 1987, I, c. 510 ss.; Cass. 9 febbraio 1989, n. 813, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 105; Cass. 4 febbraio 1988, n. 1147, *ivi*, 1988, p. 733; Cass. 27 maggio 1987, n. 4758, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 107. Da ultimo, nel senso che “esiste una naturale forma di sovraordinazione delle organizzazioni nazionali su quelle locali ma si pone, comunque, una esigenza di raccordo e di coesione dei diversi livelli di contrattazione sindacale, che formano nell'insieme l'ordinamento sindacale”, Cass. 17 novembre 2003, n. 17377, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 2.

⁹³⁵ Cass. S. U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 537 ss.

⁹³⁶ Cass. S. U. 13 febbraio 1984, nn. 1069, 1070, 1071, 1073, 1075, 1081, in *Orient. giur. lav.*, 1984, p. 42 ss. In dottrina cfr. M. PERSIANI, *Il tramonto del principio della onnicomprensività della retribuzione e il problema dei poteri del giudice sulla contrattazione collettiva*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1557; F. BIANCHI D'URSO, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche di retribuzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, pp. 269 ss. Da ultimo, per una rivisitazione critica, v. L. NOGLER, *Il contratto collettivo quale fonte di regolamentazione della retribuzione-parametro*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 375; M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p.

⁹³⁷ Cass. 1 luglio 1998, n. 6427, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 557 ss. In dottrina P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 576; A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 35.

⁹³⁸ Cass. S. U. 17 maggio 1996, n. 4570, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1989 ss.; Cass., Sez. Un., 10 ottobre 1993, n. 9804, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 265 ss.; Cass. S. U. 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1795 ss.; Cass. 29 maggio 1993, n. 6030, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 914 ss.

⁹³⁹ Cass. S. U. 22 marzo 1995, n. 3318, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1138 ss.

Casomai è interessante notare come la legittimazione delle Confederazioni, costruita sull'art. 19 co. 1, lett. a) St. lav. e sul collegamento fra l'art. 40 e l'art. 3, co. 2, cost. sarebbe sopravvissuta alla crisi dei due piloni portanti: crisi "fattuale" per il nesso fra uno sciopero a titolarità individuale e principio di uguaglianza sostanziale, dato il processo di terziarizzazione del conflitto, con conseguente prevalenza di una conflittualità corporativa⁹⁴⁰; crisi "legale" per il criterio della "maggiore rappresentatività confederale" di cui alla lett. a), prima inflazionato dalla giurisprudenza, poi privato del suo punto di sostegno costituito dall'art. 19, co. 1, lett. a) a seguito del referendum abrogativo dell'aprile 1995, anche se recuperato *aliunde* dalla successiva C. cost., 4 dicembre 1995, n. 492⁹⁴¹.

Una risposta tardiva e parziale sarà costituita dalla l. 12 giugno 1990, n. 146 (come modificata dalla l. 11 aprile 2000, n. 83), sulla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, che, al tempo stesso, verrà a riaprire la discussione sulla disponibilità individuale del diritto di sciopero e a introdurre una responsabilità sindacale, debitamente sanzionata.

7.1.2. La contrattazione "delegata" (et alia).

Non è un caso che la concertazione abbia avuto come sua compagna inseparabile proprio la contrattazione "delegata", per una duplice ragione, formale e sostanziale: formale, perché tanta della legislazione che l'ha prevista è stata previamente concordata con le organizzazioni sindacali; sostanziale, perché la delega che la caratterizza è stata ispirata da una politica occupazionale all'insegna di un *trade off* fra maggior flessibilità e tenuta/espansione della base occupazionale. Una vicenda, questa, che si è dispiegata nel corso dell'ultimo trentennio, con i suoi passaggi fondamentali, negli anni 1977-78, 1982-84 (con una coda nel 1985 e nel 1987), 1990-93; fino a culminare, prima, nella l. 24 giugno 1997, n. 196, poi, nella l. n. 30/2003 e nel relativo d.lgs. n. 276/2003, con una crescita quantitativa, ma anche con una mutazione qualitativa. Se pur con qualche forzatura semplificatoria, sembra possibile individuare una sequenza, che ha avuto, come sua prima tappa, la figura elementare di una contrattazione derogatoria *in pejus*, legittimata a ridimensionare la tutela legale, in una logica di mero abbattimento del costo lavoro, normativo ed economico; e, come seconda, una contrattazione regolativa, abilitata ad individuare od ampliare le ipotesi di ricorso ad un contratto o ad un istituto, a modificare un dato regime legale, a fissare percentuali, a prevedere criteri, in una logica di governo del mercato di lavoro *intra* ed *extra*

⁹⁴⁰ Sul difficile rapporto tra contrattazione collettiva e sciopero, v. le Giornate di studio Aidlass (Fiuggi, 8-9-10 aprile 1988) *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, con relazioni di M. Rusciano e P. Tosi.

Sul logoramento della nozione di sindacato maggiormente rappresentativo e sull'intento di una sua rivisitazione, v. gli scritti in *Lav. dir.*, 1987, nn. 3 e 4, e 1988, n. 1 e 2, in *La Rappresentatività del sindacato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 5, 1989, ed in Giornate di studio Aidlass (Macerata, 5-6 maggio, 1980) *Rappresentanza e rappresentatività*, con relazioni di B. Veneziani, G. Santoro Passarelli, U. Runggaldier, J. M. Verdier, M. E. Casas Baamonte, Milano, 1989; M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in Id. (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Napoli, XVII; B. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Milano, 1992;

⁹⁴¹ C. cost. 4 dicembre 1995, n. 492, in *Foro it.*, 1996, I, c. 5 ss. Sul nuovo art. 19 Stat.lav., vedi i contributi in M. MARESCA (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo il referendum*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 1996, 1; P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum. Problemi di applicazione della nuova norma e dibattito sulla riforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 313 ss.; M. D'ANTONA, *Nel "cratere" del referendum sulla rappresentatività sindacale (lavoro pubblico e privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi)*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 335 ss.

aziendale, con una progressiva conquista di autonomia ed auto-sufficienza della contrattazione gestionale⁹⁴².

Quel che interessa, è se tale vicenda ci abbia restituito un contratto collettivo diverso: con riguardo alla sua natura, ricostruibile come “fonte” normativa o pur sempre, come “atto di autonomia privata” e/o con rispetto alla sua efficacia, configurabile come estesa *erga omnes* o pur sempre ristretta *intra partes*. Una questione, questa, che ha finito per costituire un vero e proprio campo di battaglia per la dottrina e per la giurisprudenza, con un un’alluvione di contributi e interventi, senza, peraltro, raggiungere un tranquillante *ubi consistam*. Sia chiaro, non tanto circa la natura, che, a parte una significativa eccezione⁹⁴³, è stata mantenuta esente da qualsiasi significativa contaminazione, sì da rimanere quella originaria di un contratto collettivo di diritto comune; quanto circa l’efficacia, che, a ben guardare, riveste qui una duplice rilevanza, logica e sistematica: di relazione fra le “fonti”, legge e contratto collettivo; di individuazione degli ambiti applicativi, *erga omnes* o *intra partes*.

Il tutto è stato complicato dall’assenza di un coerente disegno da parte del legislatore, costretto, *bon grè mal grè*, ad un approccio congiunturale, con un andamento discontinuo nel tipo di intervento legislativo, temporaneo o definitivo; e nel modello di contratto prefigurato: quanto all’agente (il sindacato maggiormente rappresentativo o comparativamente più rappresentativo ovvero il sindacato *tout court*); al livello negoziale (nazionale o aziendale); all’inquadramento (quale “fattispecie”, considerata come autonoma o come parte di una procedura complessa); alla funzione (inquadabile come “derogatoria *in pejus*”, “regolativa”, “gestionale”)⁹⁴⁴.

Ora, prima di avventurarci oltre, occorre premettere che la regola generale per eccellenza deve essere ricercata nell’art. 39 cost. Nonostante il ricorrente tentativo dottrinale di dedurre dal suo primo comma (in quanto tale da costituzionalizzare il “tipo”) o addirittura dai suoi commi secondo e ss. (in quanto tali da legittimare fin d’ora l’estensione generalizzata dello stesso contratto nazionale, per via di una legge ordinaria rispettosa del principio di maggioranza) un’efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, rimane insuperabile l’ostacolo costituito dal testo costituzionale. Proprio una lettura dell’art. 39, c. 1, che ritenga coperta dalla libertà di organizzazione sindacale la contrattazione di diritto comune, contrasta con una attribuzione di efficacia generalizzata alla stessa contrattazione aziendale, che, all’estremo, potrebbe essere giustificabile solo in presenza

⁹⁴² Contrattazione “delegata” è un’espressione convenzionale, utilizzata dalla dottrina per indicare quella contrattazione cui la legge rinvia, con una delega che la dota di un’efficacia ulteriore rispetto alla propria, con riguardo alla disciplina legale e/o alla platea dei destinatari, in vista e ragione della rilevanza pubblica attribuita all’esercizio della stessa delega. Su tale contrattazione la dottrina è assai copiosa: per una ricognizione della tipologia dei rinvii, v. M. G. MATTAROLO, *Clausole di riserva sindacale, contrattazione collettiva “integrativa”, efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 403 ss.; e, dopo il d.lgs. n. 276/2003, M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l’impatto sul sistema delle relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, 635 ss.; F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, I, p. 4 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Torino, 2005, p. 77 ss.

⁹⁴³ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, cit. Ma contra G. PERA, *Un libro e un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 529 ss.; P. TOSI, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 364 ss.; L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 403 ss.; G. VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 246 ss.

⁹⁴⁴ V. gli autori citati alla nota 102.

di una “parte sindacale” trattante, rispettosa di un principio uguale od analogo a quello rispecchiato nell’ultimo comma dello stesso articolo, cioè di una rappresentanza “effettiva”. Mentre poi, i cc. 2 e ss. impediscono tale attribuzione al contratto collettivo nazionale, come confermato dall’orientamento del Giudice delle leggi, assunto all’inizio del decennio ‘60 e mantenuto fermo, almeno di principio, per tutto il successivo mezzo secolo.

Si potrebbe sostenere che questo valga solo per la funzione tipica della contrattazione collettiva, cioè quella “normativa”, coperta da una riserva di competenza nei confronti della stessa legge, sia pur nei limiti in cui la più recente giurisprudenza costituzionale è giunta a riconoscerla; non, invece, per un’eventuale funzione aggiuntiva, che, casomai potrebbe essere sindacata dalla Corte costituzionale in base ad altri parametri come l’art. 3, c. 1, e come lo stesso art. 39, c. 1, in quanto la modalità della delega risulti non ragionevole o discriminatoria. Un *distinguo* non facile, dato il progressivo ampliamento dei contenuti della “contrattazione collettiva”, come messo in luce da Raffaele De Luca Tamajo già in un saggio del 1985⁹⁴⁵, ma con una qualche rispondenza alla stessa giurisprudenza costituzionale ⁹⁴⁶.

La prevalente dottrina e la giurisprudenza non hanno fatto proprio questo *distinguo*, probabilmente perché non solo difficile, ma tale da rimettere in discussione il duplice caposaldo di un diritto sindacale radicato nell’*humus* privatistico⁹⁴⁷: dato, il primo, da una nozione di libertà di organizzazione sindacale *ex art. 39, c. 1* dilatata fino all’autoreferenzialità, sì da ricomprendere una contrattazione collettiva a tutto campo; costituito, il secondo, da una figura di contratto collettivo di diritto comune, riconosciuta *ex art. 1322 c.c.* e protetta *ex art. 39, c.1 cost.*, che ha la sua causa socialtipica nella composizione degli interessi delle parti contrapposte: la legge può

⁹⁴⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1985, I, p. 16 ss. V., ora, M. MAGNANI, *Articolazione funzionale e tipologica dei contratti collettivi*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione* (atti del 12. Congresso nazionale Aidlass - Milano, 23-25 maggio 1997), Milano, p. 216.

⁹⁴⁶ Cfr. G. PROSPERETTI, *L’efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano, 1989, p. 116 ss., secondo cui l’art. 39 co. 2 ss. cost. riguarderebbe soltanto le competenze “originarie” della contrattazione collettiva, sì da non entrare in gioco a fronte delle ipotesi di rinvio, che riguardano interessi generali solo “occasionalmente” coincidenti con quelli collettivi.

Di certo la giurisprudenza costituzionale mostra una certa insofferenza rispetto ad un’interpretazione rigida dell’esclusione di qualsiasi via alternativa a quella prefigurata dall’art. 39, co. 2 ss. cost., così come deducibile dalla risalente Corte cost. n. 106/1962, cit.; tant’è che trova una scappatoia ogniqualvolta considera di dover salvare una legge, per *self-restraint* o per condivisione consapevole: Corte cost. n. 34/1985, cit., per le trattative triangolari Governo-organizzazioni sindacali; Corte cost. n. 268/1994, cit., per la contrattazione in materia di criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità; Corte cost. n. 344/1996, cit., per la contrattazione in tema di prestazioni indispensabili nello sciopero nei servizi pubblici essenziali; Corte cost. n. 309/1997, cit. per la contrattazione nel pubblico impiego.

Non solo, perché, Corte cost. n. 344/1996 contiene un *obiter dictum*, significativo, anche se estraneo al filone argomentativo principale: vi si legittima la delega alla contrattazione collettiva di “funzioni normative con efficacia generale”, ricostruendo quest’ultima come “fonte di diritto *extra ordinem* destinata a soddisfare esigenze ordinarie che avrebbero dovuto essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall’inattuato art. 39, comma 4 Cost.”; per, poi, concludere che tale delega è giustificata “quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro”, cosa che esemplifica col richiamare i casi di lavoro part-time, i contratti di solidarietà, le ipotesi di assunzione a termine.

⁹⁴⁷ Ma per M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell’autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *Lav. dir.*, 1990, nn. 3 e 4, rispettivamente pp. 355 e 549, l’insieme dei rinvii costituisce “un sotto sistema lavoristico che si viene sempre più autonomizzando per differenziazione, ed in modo anche antagonistico rispetto al diritto privato” (p. 366).

utilizzare il contratto collettivo per una finalità generale, dotando lui o certe sue clausole di un'efficacia "rafforzata", ma senza snaturarne il carattere di libero accordo⁹⁴⁸.

La discussione si è concentrata su questa efficacia "rafforzata", secondo la già vista duplice prospettiva, che, però, non viene sempre colta con piena consapevolezza e coerenza⁹⁴⁹. Sulla questione a monte, della relazione fra le "fonti" (legge e contratto collettivo) c'è un ampio ventaglio di ipotesi: il contratto collettivo come oggetto di un rinvio "materiale" da parte della legge; oppure il contratto collettivo come concluso da un datore di lavoro legittimato ad hoc dalla legge; oppure, ancora, il contratto collettivo come contratto-fatto, cioè assunto come tale, ma declassato a "fatto" nel meccanismo causale, tale da non produrre, ma solo far scattare l'effetto derogatorio o regolativo, direttamente riconducibile all'intervento legislativo o al procedimento ivi previsto⁹⁵⁰. Lo stesso ampio ventaglio di ipotesi si riproduce, non sempre secondo una *consecutio* logica sulla questione a valle, dell'estensione degli ambiti applicativi, con una tendenza a privilegiare una efficacia *erga omnes*, sia in via generale, sia ipotesi per ipotesi⁹⁵¹. Certo, una volta messi sulla strada dell'*erga omnes*, torna, riacutizzata all'estremo, la problematica della contrattazione separata, che non sembra affatto risolta dalla sostituzione della figura del sindacato maggiormente rappresentativo con quella del sindacato comparativamente più rappresentativo⁹⁵².

Addentrarsi oltre, significherebbe perdersi in un meandro enormemente ramificato; sicché credo saggio prendere a guida Massimo D'Antona, che in un articolo del 1987⁹⁵³, ridimensionava l'impatto sistematico del fenomeno, ritenendo che sfiorasse solo il nucleo centrale dell'ordinamento del lavoro, tutt'ora saldamente ancorato al modello strutturale "privatistico-collettivo"; ed al tempo stesso ne offriva una ricostruzione consapevole sì della sua novità in termini di "tecnica" (procedimentale) e di "funzionalizzazione" (pubblica), ma non incompatibile con quel modello. Nell'ambito di una panoramica assai ampia ed articolata, egli individuava due tipologie

⁹⁴⁸ Come detto, la tesi del tutto prevalente è quella per cui il contratto collettivo oggetto di rinvio rimane atto di autonomia privata: in tal senso M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 13 ss.; M. DELL'OLIO, *Il diritto del lavoro italiano e le sue fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 518 ss.; e con una continuità di ispirazione seppur con una diversità di ricostruzione sistematica, v. S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1986; ID., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993; F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Milano, 1993.

⁹⁴⁹ Cfr. la descrizione dell'intreccio e della complessità delle relative problematiche in L. ZOPPOLI, *Il contratto collettivo come "fonte": teorie ed applicazioni*, in R. SANTUCCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 3 ss.

⁹⁵⁰ V. per una ricognizione di queste varie tesi P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, cit., p.96 ss.

⁹⁵¹ Pur restando fedele alla tesi per cui il contratto collettivo oggetto di rinvio rimane pur sempre un atto di autonomia privata, la dottrina favorevole a riconoscergli una efficacia generalizzata, sembra classificabile secondo una duplice variante: la prima "forte", per cui pare possibile dare una lettura unitaria agli sparsi dati normativi esistenti e così fondare un'efficacia *erga omnes*: P. ICHINO, *Funzione ed efficacia del contratto collettivo nell'attuale sistema delle relazioni sindacali e nell'ordinamento statale*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, pp. 457 ss. e M. V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 357 (spec. 396 ss., pur in maniera problematica); la seconda "debole" che riconducono l'eventuale efficacia *erga omnes* alle specificità che di volta in volta contrassegnano le diverse ipotesi: M. MAGNANI, *Commento all'art. 1, legge 19 dicembre 1984, n. 863*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, pp. 817 ss.; M. NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, cit., pp. 7 ss.; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, I, p. 40, nota n. 69.

⁹⁵² Sulla nozione v. MAGNANI, *Commento all'art. 1 della legge n. 196 del 1997*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il Pacchetto Treu*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp. 261 ss.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi pirata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, pp. 381 ss.

⁹⁵³ D'ANTONA M., *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1987, p. 226 ss.

destinate a rimanere centrali. Sul fronte della “protezione dei mercati del lavoro interni delle imprese industriali in crisi”, anticipava quello oggi conosciuto come “contratto gestionale”, prendendo ad oggetto il caso dell’intervento straordinario della Cig, dove l’eventuale accordo collettivo – sulla distribuzione delle sospensioni, sui criteri di scelta, etc. – “...non è altro che una forma di limitazione convenzionale del potere del datore di lavoro”. Sull’altro fronte del “controllo sull’occupazione flessibile”, configurava l’esistenza di contratti collettivi di autorizzazione “tipici”, rispetto cui i rinvii legislativi opererebbero nel senso di conferire una speciale legittimazione negoziale, senza peraltro comportare di per sé una alterazione della loro efficacia, ristretta ai datori di lavoro che abbiano sottoscritto, individualmente o per mezzo della propria associazione”.

Il “contratto gestionale” – così come ricostruito ex art. 5 della l. 23 luglio 1991, n. 223 – verrà costituzionalizzato dal Giudice delle leggi, con sent. 22 giugno 1994, n. 268⁹⁵⁴, come un passaggio del procedimento che il datore deve seguire per esercitare il proprio potere *ab origine* unilaterale, sì da ricollegarvi l’efficacia *erga omnes*, senza alcun contrasto con l’art. 39 cost. Ed il contratto di autorizzazione servirà ad inquadrare varie tipologie, dove il rinvio al contratto collettivo verrà letto ed interpretato, secondo l’approccio già visto.

Il titolo del paragrafo parla di contrattazione “delegata” *et alia*, facendo presumere con la criptica espressione latina, che c’è stata una coda riconducibile, ma non sempre riassorbibile nella contrattazione “delegata”. Da quel saggio di Massimo D’Antona, tanta acqua è passata sotto i ponti, con una tendenza dottrinale a dilatare la figura del contratto “gestionale”, ogniqualvolta un potere datoriale, in origine libero, venga procedimentalizzato, non solo *ex lege*, ma anche *ex contractu*; e con una legislazione quale quella tipizzata nella legge 12 giugno 1990, n. 146 e, ora, nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

La l. n. 146/1990 chiama in causa la contrattazione collettiva per la determinazione delle prestazioni indispensabili e delle misure idonee ad assicurarne la erogazione, se pur con l’assistenza della Commissione di garanzia. Anche qui la prevalente dottrina ha cercato di leggerla senza mettere in discussione la efficacia obbligatoria del contratto collettivo, ritenendolo sia meramente ricognitivo del contenuto del diritto di sciopero, quale deducibile dall’art. 40 cost., come sostenuto dal precedente indirizzo giurisprudenziale del Giudice delle leggi sugli artt. 330 e 333 c.p.; sia un momento di un processo concluso con l’approvazione della Commissione di garanzia e/o con la ricezione nel regolamento di servizio. La Corte, con sent. 18 ottobre 1996, n. 344⁹⁵⁵, ha ripercorso lo stesso itinerario con cui aveva precedentemente varato il contratto gestionale, cioè della limitazione del potere unilaterale del datore di lavoro, proprio tramite la ricezione nel

⁹⁵⁴ C. cost. 22 giugno 1994, n. 268, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 314 ss. in dottrina v.; G. PROSPERETTI, *I limiti dell’autonomia collettiva nella fissazione dei criteri di scelta per la collocazione in mobilità*, in *Dir. lav.*, 1994, I, pp. 523 ss.; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 1 ss.; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 64 ss.; G. NATULLO, *La contrattazione “gestionale”: distinzioni reali ed apparenti dal contratto “normativo”*, in R. SANTUCCI - L. ZOPPOLI, *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004, pp. 49 ss. (qui p. 51).

In giurisprudenza la “tipologia” del contratto gestionale è stata oggetto di studio e di applicazione soprattutto dopo il referendum del giugno 1995, di modifica dell’art. 19 St. lav.; in proposito v. Cass. 20 settembre 2004, n. 19271, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 549 ss. Si sofferma sulla distinzione tra accordo e contratto (intendendo il primo come gestionale ed il secondo come normativo) Cass. 23 marzo 1998, n. 3057, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 197.

⁹⁵⁵ C. cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 249 ss. sul cui percorso argomentativo cfr. A. VALLEBONA, *L’efficacia soggettiva degli accordi in materia di scelta dei lavoratori da licenziare e di individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei s.p.e.*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 542 ss. e E. GRAGNOLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle “prestazioni indispensabili”*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 5, p. 143 ss.

regolamento di servizio; un itinerario inerziale, che la modifica della l. n. 140/1990 – intervenuta con la l. 11 aprile 2000, n. 83 – avrebbe rimesso in discussione.

Un salto tale da avvicinarsi al limite di rottura si è avuto con la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, realizzata nell'arco di circa un decennio, per via di due leggi delega, la n. 421/1992 e la l. n. 59/1957, con un unico filo rosso costituito dal d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, corretto e ricorretto, fino a metter capo al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Ripercorrerlo qui sarebbe fuori luogo, visto che è sufficiente evidenziarne tre punti di "eccesso di carico" rispetto al modello del contratto collettivo di diritto comune assunto come referente, nel contesto di una riconduzione dell'intero universo del lavoro subordinato nell'ambito del diritto del lavoro privato.

Il primo, più noto e rilevante, è costituito dall'aver dotato il contratto di comparto e decentrato di efficacia generalizzata, per via di una serie di congegni ritenuti idonei a contrastare un'eventuale eccezione di incostituzionalità: la rappresentanza legale affidata all'Aran e la costituzione a carico delle pubbliche amministrazioni di un duplice obbligo, di osservare gli obblighi scaturenti dai contratti; di garantire la parità di trattamento a tutti i propri dipendenti e, comunque, un trattamento non inferiore a quello previsto dai medesimi contratti. Il dibattito dottrinale è stato ampio; ma è stato anche se non sedato, certo condizionato dall'intervento del Giudice delle leggi, che ancora una volta, con la sent. 16 ottobre 1997, n. 309, ha sterilizzato l'art. 39, co. 2 e ss., con un argomento così artificioso, da confermare un indirizzo teso ad un rispetto più formale che sostanziale del testo costituzionale. A farla breve l'efficacia generalizzata sarebbe riconducibile, per le pubbliche amministrazioni, all'esistenza di un obbligo *ex lege* ad osservare i contratti collettivi di riferimento, di per sé privi di tale efficacia; e per i singoli lavoratori, alla presenza, nei loro contratti individuali, di una clausola di rinvio⁹⁵⁶.

Il secondo punto di eccesso di carico è stato rappresentato dall'ormai esaurito "meccanismo di trasformazione", che prevedeva la sostituzione/soppressione della precedente disciplina legislativa e regolamentare per via della contrattazione collettiva, con una vera e propria rivoluzione nella gerarchia delle fonti. Qui la dottrina lavoristica prese a prestito da quella pubblicistica un'interpretazione elaborata a proposito della delegificazione per via regolamentare, adattandola alla bisogna: la legge avrebbe assunto la futura contrattazione collettiva come un mero "fatto", cui ricollegare un'efficacia "abrogativa" riconducibile alla legge stessa⁹⁵⁷. E se il "meccanismo di trasformazione" sarà destinato ad esaurire il suo scopo, l'interpretazione in parola resterà nella dotazione dello studioso, sì da esser ripresa con riguardo alla contrattazione delegata.

Il terzo ed ultimo punto è dato da un "presidio" introdotto a difesa della competenza contrattuale, che, nella sua versione ultima, prevede: "Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale". Il problema si complica, perché tale

⁹⁵⁶ C. cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 33 ss.; v. anche C. cost. 22 luglio 2003, n. 268 (ord.), in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 895 ss.

⁹⁵⁷ V. SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo* in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d. lgs. 29/1993 alla finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 123 ss.; nonché A. RICCARDI - V. SPEZIALE, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, vol. I, p. 156 ss.

disposizione legislativa attribuisce alla contrattazione la forza di togliere efficacia ad una legge o un regolamento non precedenti, ma successivi alla disposizione medesima. Sicché, dopo aver tentato di applicare anche qui l'interpretazione della contrattazione collettiva "fatto", si è dovuto ripiegare su una sua valenza meramente "interpretativa": la legge e i regolamenti successivi dovrebbero essere letti come se intendessero essere a termine, fino al varo dei rinnovi contrattuali.

Il limite di rottura non è stato superato, ma certo lo si è sfiorato molto da vicino⁹⁵⁸. Ma esclusa a tutt'oggi la configurabilità del contratto collettivo del pubblico impiego privatizzato come "fonte normativa", dotata *ex se* di efficacia *erga omnes* e addirittura funzionalizzata⁹⁵⁹, certo non è possibile identificarlo *in toto* con quello di diritto comune, perché "tipizzato" come figlio di un procedimento *ad hoc* e seguito da un corteo peculiare: la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, l'interpretazione "autentica", la ricorribilità in Cassazione per violazione o falsa applicazione delle clausole contrattuali. E tale modello, non è stato privo di *vis attractiva* rispetto a quello di diritto comune proprio del settore privato, a livello sia legislativo, dove il novellato art. 360, n. 3 c.p.c. estende i motivi di ricorso in Cassazione alla violazione e falsa applicazione anche delle clausole dei contratti e accordi collettivi di lavoro; sia giurisprudenziale, dove l'indirizzo consolidato a favore del ricorso al "codice ermeneutico" costituito dagli artt. 1362 ss. c.c., è stato rimesso in discussione da un recente orientamento della Suprema Corte, favorevole ad un metodo autonomo, per cui quel codice dovrebbe essere integrato "con le regole che formano il c.d. diritto vivente del lavoro", a dire il vero poco chiaro e poco persuasivo⁹⁶⁰.

Del lungo fiorire di contrattazione delegata nel passaggio da un secolo all'altro, fino all'attuale sbocco nel d.lgs. n. 276/2003, non è possibile occuparsi, se non per sottolinearne alcuni cambiamenti di rotta⁹⁶¹. Quello che nel decreto colpisce *ictu oculi* è il tramonto della gloriosa nozione

⁹⁵⁸ Sulla natura del contratto collettivo nel settore pubblico privatizzato, v. nel senso della specialità, G. U. RESCIGNO, *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale?*, in *Lav. dir.*, 1993, p.553; S. SCIARRA, *Natura e funzioni del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 485ss.; M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, negli atti del Congresso Aidlass (L'Aquila, 31 maggio-1 giugno 1996) *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1997, 69 ss.; G. GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle parti*, *ivi*, p.91 ss.; nel senso della riconducibilità alla disciplina del contratto collettivo di diritto comune, T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e strutture*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 1 ss.; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, p.35 ss.; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Le trasformazioni*, atti Aidlass cit., 3 ss.; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 621 ss.; M. MAGNANI, *Legge, sindacato e autonomia collettiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 181 ss.; F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 55 ss.; M. BARBIERI, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. CARINCI - L. ZOPPOLI (diretto da), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario cit.*, I, p. 353.

⁹⁵⁹ V. M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, cit., p. 69 ss. Di recente, per una rilettura in chiave di fonte normativa, v. M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro: all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia cit.*, 2005.

⁹⁶⁰ Da ultimo v. le due monografie di E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000; e di A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Padova, 2004, cui *adde* R. FLAMMIA (a cura di), *Interpretazione dei contratti collettivi di lavoro e Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, Roma, rispettivamente 1999 e 2000. Il dibattito è stato arricchito da *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, n. 1, *L'interpretazione del contratto collettivo*, con saggi di G. Amoroso, M. Persiani, R. De Luca Tamajo, G. Vidiri.

⁹⁶¹ Il dibattito in dottrina è stato ed è estremamente intenso, v. M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, 1990; M. RUSCIANO, *prospettive di riforma tra "deregulation" e nuove regole*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 289 ss.; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, pp. 515 ss.; e i vari contributi in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit.; e in Atti delle giornate di studio dell'Aidlass (Abano

del “sindacato maggiormente rappresentativo”, già superato per il pubblico impiego da quella del “sindacato rappresentativo” in ragione del superamento di una “soglia” mista, associativa-elettiva, e reso obsoleto per lo stesso impiego privato dal referendum abrogativo del 1995. Al suo posto emergerà fino a generalizzarsi quella del sindacato “comparativamente più rappresentativo”⁹⁶², di cui l’unica cosa chiara è l’esplicita opzione a favore della “comparazione” rispetto alla “soglia di accesso”: una sorta di ritorno al passato precedente a quella C. cost. n. 54/1974 che, peraltro considerava qui compatibile con il dettato costituzionale solo la seconda opzione. A prescindere da questo, il cambiamento lascia aperto il problema dell’eventuale dissenso intersindacale, che probabilmente voleva così risolvere; mentre consacra definitivamente la rottura di coordinamento “soggettivo” fra i vari livelli contrattuali, legittimando l’effettuazione della “comparazione” in modi e termini del tutto asistematici, circa i livelli di contrattazione e circa gli ambiti rispetto a cui effettuare la comparazione, come ho avuto occasione di mettere in evidenza in un mio scritto del 2004⁹⁶³. Il secondo dato è costituito dalla previsione di un potere “sostitutivo ministeriale”, per cui nel caso di uno stallo della contrattazione collettiva in quelle ipotesi in cui ciò si risolverebbe in un blocco delle discipline legali, un decreto interviene a render accessibili tali discipline, sia pur temporaneamente. Il terzo, dal *bypass* della contrattazione collettiva a favore dell’autonomia individuale, sia trasformando il precedente limite collettivo in motivo giustificatorio di esercizio di un potere unilaterale del datore di lavoro (v. il contratto a termine), sia eliminandolo a *pro* di un accordo diretto fra datore e lavoratore (v. il *part-time*). Il quarto, quello più enfatizzato e discusso, dal tasso di flessibilità in ingresso, introdotto nel sistema, tramite una moltiplicazione delle fattispecie.

Con riguardo al rapporto fra legge e contrattazione collettiva, la dottrina ha ripreso a tessere la sua tela, peraltro più o meno sullo stesso telaio già utilizzato in passato. Ma per quanto ammassato, il vecchio contratto collettivo di diritto comune è ancora qui con noi, sopravvissuto per lo stesso motivo per cui era stato partorito nell’immediato dopoguerra: cioè per quel “vuoto” di attuazione dell’art. 39 co. 2 e ss., che né si vuole riempire con una legge ordinaria, né si riesce a reinterpretare con una lettura aggiornata⁹⁶⁴ o ad eliminare con una legge costituzionale. A guardia del dettato costituzionale resta la Corte costituzionale, che, sia pur con qualche acrobazia, è riuscita a conciliarlo con il nuovo che avanzava, in questo preceduta, accompagnata, seguita da gran parte della dottrina. Il problema non è solo formale, ma anche sostanziale, perché, parafrasando il celebre principio “*no taxation without representation*”, non si può concedere un potere normativo, senza risolvere prima il problema della rappresentanza; tant’è che la stessa riconduzione del contratto collettivo del settore pubblico privatizzato al comune *genus* privatistico, sì da

Terme, 21-22 maggio 2004) sul tema *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, relatori M. NAPOLI e C. ZOLI. Da ultimo F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo* cit., p. ss.; nonché la tabella n. 6, in appendice al manuale F. CARINCI - R. DE LUCA TAMAJO - P. TOSI - T. TREU, *Il diritto sindacale*, Torino, 2006 (V ed.), p. 314 ss.

⁹⁶² Sul significato della formula cfr. M. MISCIONE, *Il lavoro interinale fra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 30, p. 2076 ss.; P. GRECO, *Dalla rappresentatività presunta a quella comparativa - verso la democrazia sindacale?*, in *Lav. prev. oggi*, 1998, p. 2142 ss.; per una sua lettura in chiave “continuista”, P. TOSI, *L’ordinamento italiano*, in *Introduzione al diritto del lavoro*, Bari, 2004, p. 177 ss.

⁹⁶³ F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit.

⁹⁶⁴ Cfr. M. D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione*, oggi, cit., p. 65 ss.

evitarne un giudizio negativo ai sensi dell'art. 39 cost., è stata certo facilitata dall'esistenza di una duplice "soglia" quantitativa, di legittimazione degli sindacati trattanti e di validità dell'accordo raggiunto ⁹⁶⁵.

Se questo è vero, ne dovrebbe seguire l'adozione di un prontuario ermeneutico articolato sul criterio di "tipicità". Nel caso di un rinvio riconducibile al contratto collettivo di gestione, sarebbe da verificare l'esistenza di un effettivo potere unilaterale del datore *ab origine*, fermo restando che il suo esercizio effettuato secondo l'accordo raggiunto, resterebbe pur sempre assoggettato al regime generale di tale potere, sì, ad esempio, da poter essere sanzionato in quanto discriminatorio. In ogni altro caso di rinvio, si dovrebbe partire dalla presunzione che il contratto collettivo mantiene il suo carattere di diritto comune, sì da non poter essere provvisto di un'efficacia *erga omnes*, a meno che non sia collocato nell'ambito di un procedimento idoneo a spiegare tale efficacia. E, nel dubbio, sarebbe più corretto fermarsi, senza presumere di svolgere un ruolo di *sup- plenza*, che mette in gioco un valore costituzionale, quale quello della libertà di organizzazione sindacale *ex art. 39, co. 1*, ancor prima e più di entrare in conflitto con l'art. 39, co. 2 ss.: si può e si deve lasciare spazio anche al principio di effettività, cioè di un'estensione dell'efficacia affidata alla prassi.

Per chiudere è certo significativo che quanto previsto dall'Accordo sulla politica sociale ed ora incorporato nel Trattato di Amsterdam, circa la possibilità degli Stati membri di "affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito" di dare attuazione alle direttive comunitarie varate nell'ambito del dialogo sociale, abbia sì alimentato un vivace dibattito dottrinale circa la legittimità costituzionale *in casu* di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*; ma senza trovare alcuno sbocco ⁹⁶⁶, perché tale attuazione è avvenuta per legge, ed anche quando la legge, come da ultimo il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, chiama in causa la contrattazione collettiva, in funzione integrativa, se resta discutibile che la fornisca o meno della sanzione amministrativa pecuniaria prevista per la violazione del decreto, certo non la dota di alcuna efficacia *erga omnes*.

7.2. Il contenimento del conflitto collettivo.

In questo paragrafo verrà considerato l'altro *trend*, che caratterizza il processo evolutivo del diritto sindacale post-statutario, anch'esso segnato da un duplice aspetto: quello di un movimento dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori e, rispettivamente, quello di un processo dal confronto "diretto" al confronto "mediato" da un terzo.

7.2.1. Dal contropotere sindacale al coinvolgimento dei lavoratori.

Se è possibile trovare un corposo precedente nello sviluppo che procede dai contratti collettivi del 1977 fino ai contratti di comparto del pubblico impiego privatizzato, con un ricco ed articolato campionario di informazioni, consultazioni, esami congiunti, codecisioni, pur tuttavia il colpo di acceleratore è stato dato al nostro ordinamento dal diritto comunitario: il d.lgs. n. 2 aprile 2002,

⁹⁶⁵ In materia v. D. GOTTARDI, *Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda*, Padova, 1989; P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano, 2000; G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale: quale modello di democrazia per il sindacato?*, Torino, 2004; S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Padova, 2005.

⁹⁶⁶ Cfr. in proposito (in chiave problematica), M. ROCCELLA - T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 363 ss.

n. 74 attua la Direttiva 1994/45 sull'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie; il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 188, la Direttiva 2001/86, sul completamento dello statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, la Direttiva CE 2002/14, sull'informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese e nelle unità produttive, con almeno cento dipendenti⁹⁶⁷.

L'impatto è non solo quantitativo, ma anche qualitativo, perché il diritto comunitario si muove in una logica non conflittuale, ma cooperativa, all'insegna di una valorizzazione dell'impresa non come "terreno di scontro" per un contro-potere sindacale che si serve dei diritti sindacali, come strumenti al servizio del conflitto, se non nello Statuto certo nella sua prassi applicativa; ma come "bene collettivo", per un potere sindacale responsabilizzato rispetto all'andamento produttivo ed economico-finanziario della stessa impresa. Per una sorta di associazione di idee torna alla memoria quella giurisprudenza della Cassazione⁹⁶⁸, la quale ridimensionò sì i limiti "interni" interni del diritto di sciopero, ma aggiunse il limite "esterno" costituito dalla "produttività dell'azienda", in quanto funzionale alla ripresa dell'attività produttiva e, quindi, alla continuità dell'occupazione.

Concentrandoci qui sull'ultimo e più importante dei decreti legislativi citati, il d.lgs. n. 25/2007, c'è da osservare come – quanto ai destinatari – menzioni, da un lato, colui che esercita un'impresa, anche non a fini di lucro, con un organico di almeno cento dipendenti, per l'impresa nel suo complesso o per la singola unità produttiva, così limitando il suo ambito applicativo alla medio-grande realtà occupazionale; e, dall'altro, i rappresentanti dei lavoratori ai sensi di legge e degli accordi interconfederali 20 dicembre 1993 e 27 luglio 1994 o, comunque, dei contratti collettivi applicati, così confermando il favore per quel modello *single channel*⁹⁶⁹, centralizzato e legittimato dall'alto, già proprio dello Statuto, ma, come detto, con un chiaro cambio di segno, da conflittuale a cooperativo, rispetto all'uso fattone nel dopo-Statuto.

Quanto all'oggetto ed ai modi, l'art. 4, co. 3 individua per l'informazione e la consultazione tematiche macro (andamento e situazione sia economica che occupazionale, decisioni "suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro..."); e l'art. 1, co. 2 rinvia per la determinazione delle "modalità di informazione e consultazione" al contratto collettivo di lavoro, precisando che questa deve avvenire "in modo tale da garantire comunque l'efficacia dell'iniziativa, attraverso il contemperamento degli interessi dell'impresa

⁹⁶⁷ In generale sul tema dei diritti di informazione v. M. D'ANTONA, *Programmazione e diritti sindacali di informazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1981, 12, p.597 ss.; G. G. BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 751 ss.; A. PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991; E. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996. Da ultimo su informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori nella gestione dell'impresa vedi L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 373 ss.; P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2005, p. 321 ss.

Sui decreti di attuazione nell'ordinamento italiano delle direttive europee in materia cfr. G. DONDI, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva n. 94/45/CE*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 103 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governance e democrazia economica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 243 ss.; ID, *La fine annunciata del modello partecipativo nello Statuto della Società Europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, p. 35 ss.

⁹⁶⁸ Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Foro it.*, 1980, I, c. 25.

⁹⁶⁹ V. F. CARINCI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione: la via italiana*, in C. ASSANTI (a cura di), *Dallo statuto dei diritti dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, Milano, 1991, p. 203 ss.; M. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, p. 137 ss.

con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti ed obblighi”

Il *punctum dolens*, però, è rappresentato dall’ampiezza e genericità delle clausole utilizzate, per definire gli obblighi di informazione e consultazione destinati ad essere messi a punto dalla contrattazione collettiva: per l’art. 4, l’“informazione avviene secondo modalità di tempo e contenuto appropriato allo scopo ed in modo da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione”; per lo stesso art. 4, co. 5, la consultazione avviene secondo un concorso di criteri, ben cinque, elencati nelle lettere a-e, di cui i più rilevanti appaiono essere quelli *sub a*) (“secondo modalità di tempo e contenuto appropriato allo scopo”), *sub d*) (“in modo tale da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di incontrare il datore di lavoro e di ottenere una risposta motivata all’eventuale parere espresso”), *sub e*) (“al fine di ricercare un accordo sulle decisioni del datore di lavoro...).

Proprio tale ampiezza e genericità conferma l’approccio cooperativo, perchè altrimenti ne conseguirebbe una vertenzialità ingestibile, capace di tradursi in una serie aperta di contestazioni circa l’osservanza di obblighi estesi fino al trattare in buona fede, come ben testimonia quella lett. e) ricordata per ultima.

7.2.2. Dal confronto “diretto” al confronto “mediato” da un terzo.

Più articolato e complesso è il passaggio dal confronto “diretto” al confronto “mediato” da un terzo, anch’esso radicato nel passato, ma caratterizzato da un crescendo, certo riconducibile all’accresciuto costo economico e sociale del conflitto: specie per il suo effetto macro nel terziario, ma anche per il suo impatto micro nelle aziende. Si è articolato questo ultimo *trend*, a seconda che il terzo chiamato in causa sia in prima battuta la Commissione di garanzia o il Giudice, perchè in seconda battuta la parola spetta sempre al Giudice.

7.2.2.1. La Commissione di garanzia.

La l. n. 146/1990⁹⁷⁰ è stata citata nel corso di questo scritto per l’impatto esercitato sul nostro diritto del lavoro sotto un triplice aspetto. *In primis* perchè è venuta a riaprire il dibattito sulla disponibilità individuale del diritto di sciopero, sia, direttamente, subordinando l’esercizio legittimo alla comunicazione scritta, data con debito preavviso, della durata, delle modalità di attuazione e delle motivazioni, nonché alla garanzia delle prestazioni indispensabili: il che richiede di

⁹⁷⁰ Sugli iter formativi della l. n. 146/1990 e n. 83/2000, F. CARINCI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali; dall’autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, I, p. 457 ss.; M. RUSCIANO, *L’iter formativo della legge n. 83/2000*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, p. 915 ss.

Fra i molti commenti, v. sulla legge nel testo originario M. RUSCIANO - G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 1991; U. ROMAGNOLI - M. V. BALLESTRERO, *Norme sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bologna-Roma, 1994; sul testo come novellato nel 2000, P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999; AA.VV., *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 25, 2001; A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Padova, 2004. L. MENEGHINI - M. MISCIONE - A. VALLEBONA, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Padova, 2000; M. MAGNANI, *La disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali alla prova dei fatti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p.69 ss.; M. RICCI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali: un primo bilancio*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej cit.*, p. 853 ss; nonché con riguardo al profilo comparato e comunitario E. ALES, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela. Spunti comparatistici*, Torino, 1995; G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d’integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Torino, 2003.

avere alle spalle un'organizzazione; sia, indirettamente, contemplando una responsabilità sindacale debitamente sanzionata⁹⁷¹. Poi, perché è intervenuta a rendere ancora più caldo il confronto su natura ed efficacia della contrattazione "delegata", investendola del compito di individuare le prestazioni indispensabili, le misure idonee ad assicurarne la continuità, le procedure di raffreddamento. Infine, perché è sopravvenuta ad estendere il ricorso all'art. 28 St. lav., con quella norma chiave che rafforza l'interpretazione di una sua utilizzabilità a fronte di una inosservanza della parte obbligatoria della contrattazione collettiva.

Ora, però, l'attenzione cade sulla Commissione di garanzia, perno dell'intero sistema, che, modellata come *authority*, appare investita della usuale ampia dote di competenza: propositive, regolatorie, decisorie, sanzionatorie, conciliative⁹⁷². La competenza primaria attribuitale è di promuovere e valutare l'idoneità a fronte degli obiettivi perseguiti dal legislatore (art. 13, c. 1, lett. a)) sia i contratti e gli accordi raggiunti dalle parti, con riguardo alla disciplina dello sciopero; sia i codici di autoregolamentazione delle associazioni e degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, con rispetto a "l'astensione collettiva dalle prestazioni, ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori". Ed in caso di valutazione negativa o di assenza dei contratti e accordi, ovvero dei codici, di formulare una proposta, che – se ed in quanto non accolta – la legittima a varare una regolamentazione provvisoria.

L'equiparazione fra sciopero dei lavoratori subordinati e astensione collettiva dei lavoratori autonomi testimonia come, di fronte alla possibile compromissione di beni costituzionali ritenuti prevalenti, la legge non faccia differenza fra soggetti e forme di lotta, fattualmente e legalmente distinte, ma comparabili in ragione e in forza della loro ricaduta lesiva⁹⁷³.

Mentre, relativamente all'attività sanzionatoria, essa viene esercitata nell'ambito di una procedura applicativa che, per le sanzioni previste a capo delle organizzazioni dei lavoratori, termina con la comminazione, da parte della Commissione, di una sospensione dei permessi sindacali retribuiti o dei contributi sindacali comunque trattenuti e/o di una sospensione dalle trattative; mentre, per le sanzioni contemplate a carico dei singoli lavoratori, culmina con un'attività di impulso della stessa Commissione che, peraltro, lascia il datore di lavoro libero sul procedere o meno all'irrogazione, fermo restando, comunque, che, se lo farà, dovrà rispettare i vincoli

⁹⁷¹ Il dibattito era già stato riaperto da M. G. GAROFALO - U. ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, p. 573 ss.; e poi è stato ripreso da M. RUSCIANO, *Il ruolo degli attori nel disegno della l. 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, I, p. 407 ss.; nonché da ultimo la monografia di A. ZOPPOLI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006. Per una rassegna della dottrina in materia vedi P. BELLOCCHI, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 163 ss.

⁹⁷² Sulla Commissione di garanzia, F. CARINCI, *L'attività della Commissione di garanzia (l. n. 146/1990)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 435 ss.; T. TREU, *Elementi per un bilancio della l. n. 146/1990*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 302ss.; e, dopo, la modifica legislativa del 2000, G. GHEZZI, *La Commissione di Garanzia nella legge di riforma tra profili funzionali e dinamica delle istituzioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, pp. 1 ss.; M. V. BALLESTRERO, *La Commissione di garanzia dieci anni dopo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 23 ss.; F. SANTONI, *Il potere sanzionatori della Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, p. 445 ss.

⁹⁷³ A. PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2000, pp. 64-70.

procedurali e sostanziali posti dall'art. 2106 c.c. e 7 dello Statuto dei lavoratori (unica eccezione l'impossibilità del licenziamento, ai sensi dell'art. 4 comma primo, l. n. 146/1990)⁹⁷⁴.

E, da ultimo, per quanto qui ci riguarda, la Commissione esercita un potere d'impulso e propositivo in ordine ad una precettazione, che risulta soggetta ad una procedimentalizzazione partecipata, secondo una precisa tendenza che è venuta affermandosi con riguardo all'attività *amministrativa* incidente sulle posizioni soggettive dei destinatari⁹⁷⁵.

7.2.2.2. Il comportamento antisindacale.

È lo stesso Statuto a portare il sindacato nel processo, con l'art. 28⁹⁷⁶; mentre la successiva l. 11 agosto 1973, n. 533, di riforma del processo del lavoro⁹⁷⁷, qui non aggiunge molto, limitandosi a prevedere nel novellato art. 425 c.p.c. che, su istanza di parte, si possa richiederli in formazioni ed osservazioni e, d'ufficio, la produzione dei contratti collettivi rilevanti; mentre incide sullo stesso diritto sostanziale sia indirettamente con il nuovo art. 409 c.p.c., sia direttamente con il novellato art. 2113 cod. civ.⁹⁷⁸

Oggi non è più di moda parlare di contro-potere sindacale; ma non solo nel clima dominante al tempo in cui lo Statuto vide la luce, bensì nell'equilibrio stesso da esso realizzato, il diritto di cittadinanza riconosciuto al sindacato nei luoghi di lavoro era funzionale anche alla tutela puntuale e tempestiva dei diritti dei lavoratori, altrimenti lasciati in balia di una giustizia, attivata solitamente alla fine dei loro rapporti, lunga e dispendiosa. Ed in tale equilibrio, affidato principalmente al rapporto di forza, il ricorso per comportamento anti-sindacale risultava un'arma estremamente utile, per tempestività della procedura, ampiezza della fattispecie repressa e della condanna, effettività assicurata dalla sanzione penale⁹⁷⁹; ma da utilizzare con prudenza e selettività, per non

⁹⁷⁴ Questa lettura mi sembra confortata dalla prevalente dottrina, anche all'indomani della novella del 200, ma v., in senso contrario, M. T. CARINCI, *L'immagine della l. n. 146/1990 nelle pronunce giudiziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *Quad.dir. lav.rel.ind.*, 2001, 25, p. 187 ss.

⁹⁷⁵ Con riguardo particolare alla precettazione "novellata", V. SPEZIALE, *La "nuova" precettazione e lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una svolta autoritaria?*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, p. 19 ss.; A. PERULLI, *Profili interpretativi della precettazione "rivisitata"*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 589 ss.

⁹⁷⁶ v. U. ROMAGNOLI, *Le associazioni sindacali nel processo*, Milano, 1969; D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980.

⁹⁷⁷ Sul processo del lavoro esiste una bibliografia amplissima: per una ricostruzione della dottrina e giurisprudenza in materia v. L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro nella giurisprudenza e nella dottrina (l. 11 agosto 1973, n. 533)*, II ed., Padova, 1986; dei molti commenti sistematici dedicati, mi limito qui a ricordare C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile - III: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e i processi locatizio e agrario*, XIV ed., Torino, 2002; D. BORGHESI, (a cura di), *Il processo del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. VI, Torino, 2005, e, da ultimo, con riguardo alla proposta di riforma della commissione ministeriale presieduta da R. FOGLIA, v. *La riforma del processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, f. 1.

⁹⁷⁸ Il dibattito sul novellato art. 2113 c.c. è stato molto ampio con riguardo sia al suo *fall out* sistematico che pratico, così mentre L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 186 ss.; Id., *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 693 e ss. lo ritiene compatibile con i principi del diritto privato, G. FERRARO, *ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, cit., p. 203 ss., tende a utilizzarlo a pro della sua equiparazione del contratto collettivo alla legge. In particolare, sul rapporto tra inderogabilità e indisponibilità; G. VARDARO, *Contratto collettivo e rapporti individuali di lavoro*, Milano, 1985; C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p.984 ss.; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto disc. Priv., Sez. comm.*, V, Torino, 1990, p.51 ss. P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Padova, 1990; A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997; P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 615 e ss.

⁹⁷⁹ M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979.

esautorare o turbare le relazioni collettive in atto, tanto da restar riservata alle istanze locali di un sindacato nazionale.

La storia non sarebbe stata questa. La giurisprudenza e la dottrina si faranno carico di offrirne una interpretazione estensiva, facendo perno sulle “clausole generali” utilizzate per determinare il comportamento anti-sindacale ed il potere del giudice: allargando, *il primo*, da una violazione di legge ad una della parte obbligatoria dei contratti collettivi, da un’attività illecita *ex lege* o *ex contractu* ad una altrimenti lecita, da una azione “intenzionale” ad una “teleologica”, da una lesione mono- ad una pluri-offensiva⁹⁸⁰; e dotando, *il secondo*, di un ampio strumentario repressivo. E la prassi attuativa si rivelerà estremamente ricca⁹⁸¹, con un’utilizzazione a tutto campo, riconducibile sia alla crescente debolezza del sindacato in azienda; sia alla progressiva frammentazione dello stesso universo sindacale fino al punto del ben noto abuso, costituito dal ricorso al comportamento anti-sindacale per risolvere *iussu iudicis* un conflitto intersindacale⁹⁸².

E il legislatore, la giurisprudenza, la dottrina ne estenderanno l’ambito. Il legislatore, prima, alla violazione della parte obbligatoria dei contratti collettivi, con l’art. 7 della l. n. 146/1990, peraltro riferito solo agli accordi *ex lege* quadro del 1983 e dei contratti collettivi disciplinanti i rapporti di lavoro nei servizi di cui alla stessa legge n. 146; poi, all’inosservanza degli obblighi di informazione ed esame congiunto nel trasferimento d’azienda, con l’art. 47 della l. n. 428/1990, come modificato dal d.lgs. n. 18/2001. E la giurisprudenza e la dottrina andranno ancora oltre, facendone un mezzo di portata generale, applicabile a tutte le violazioni di procedure “collettive” introdotte *ex lege* o *ex contractu*.

Il recente d.lgs. n. 25/2007 non include *expressis verbis* il ricorso all’art. 28 St. lav., ma prevede solo la sanzione amministrativa di una elevata somma di denaro, comminata dalla Direzione provinciale del lavoro. Tuttavia è probabile che sarà dato semaforo verde al ricorso *ex* 28 St. lav., visto l’intreccio fra legge e parte obbligatoria della contrattazione collettiva chiamata a darvi applicazione, con un’ampia area di discrezionalità decisionale lasciata al giudice del lavoro, tale da permettergli di mettere in discussione la stessa conformità della contrattazione collettiva alle disposizioni del decreto.

Un ulteriore passo del diritto sindacale sulla via giudiziaria. Ulteriore, ma non ultimo, perchè se si consolidasse l’indirizzo che ravvisa un comportamento anti-sindacale anche nell’inosservanza grave, estesa e sistematica della parte normativa⁹⁸³, il sindacato conseguirebbe così l’obiettivo strategico non solo di poter agire per l’osservanza della disciplina collettiva, ma anche di poterne

⁹⁸⁰ M. PERSIANI, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 543 ss.; T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974; M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell’imprenditore*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale, I (Disciplina sostanziale)*, in *Enc. giur. Trecani*, Roma, 1989, VI; A. VALLEBONA, *Condotta antisindacale ed elemento soggettivo*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 293 ss. Tuttavia la dottrina ha escluso che dal 28 St. lav. possa dedursi un obbligo generale a trattare (C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padova, 1992); sia un principio di parità di trattamento (T. TREU, *Obbligo dell’imprenditore di trattare, diritti sindacali e principio di uguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 395 ss.; P. BELLOCCHI, *La parità di trattamento fra sindacati: evoluzione giurisprudenziale e problemi attuali*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 13 ss.).

⁹⁸¹ Per la giurisprudenza v. F. LUNARDON, *La condotta antisindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, seconda ed., 2007, vol. I.

⁹⁸² L’uso dell’art. 28 St. lav. quale strumento di soluzione dei conflitti intersindacali è criticato da C. CECHELLA, *Repressione della condotta antisindacale e terzi (a seguito della l. 12 giugno 1990, n. 146)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 495.

⁹⁸³ T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori* cit. p. 83 ss.; M. G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell’imprenditore*, cit. p. 94 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale* cit. p. 6.

ottenere un'interpretazione giudiziale, con la parola finale affidata alla stessa Corte di Cassazione, ai sensi del novellato art. 360, c.p.c.

L'itinerario percorso dall'art. 28 St. lav. appare, così, non solo lungo e fortunato, ma, come si è visto, tale da ampliarne il ruolo, facendolo diventare lo strumento elettivo, posto a salvaguardia della procedimentalizzazione "collettiva" dei poteri del datore di lavoro, introdotta dalla legge e dalla contrattazione; e, così aprendo un cammino giudiziale alternativo rispetto a quello conflittuale, proprio nell'ambito che dovrebbe essere cooperativo per eccellenza, cioè quello dei diritti di informazione, consultazione, esame congiunto, codecisione.

C'è di più, perché l'art. 28 St. lav. ha fatto scuola, sì da essere assunto a modello nel campo delle violazioni dei diritti di accesso ai dati personali: art. 150, co. 2 (provvedimenti a seguito del ricorso al Garante) d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; nonché sul terreno delle discriminazioni in base al sesso: artt. 37 (legittimazione processuale a tutela di più soggetti) e 38 (provvedimenti avverso le discriminazioni) del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, contenente il Codice delle pari opportunità fra uomo e donna. Ma qui, però, come mezzo efficace e tempestivo di tutela di diritti individuali considerati, al tempo stesso, particolarmente esposti e meritevoli.

Senza entrare nell'ambito di un discorso processual-civilistico complesso e delicato, si può concordare sul carattere speciale del procedimento di repressione della condotta anti-sindacale, tale da renderne problematica la riconduzione nell'ambito delle classiche misure anticipatorie; si presenta diverso anche da quell'art. 700 c.p.c. – cui più si avvicina e rispetto a cui si rivela più fungibile per il contenuto atipico del provvedimento del giudice – avendo carattere decisorio e non meramente strumentale rispetto alla decisione di merito⁹⁸⁴. Esso costituisce un sintomo del carattere ormai insufficiente della sanzione civilistica principe, cioè la invalidità dell'atto; ma non per questo solo può essere assunto come segno di una fuori-uscita dal diritto civile, attenendo non alle posizioni giuridiche protette, ma alle strumentazioni ritenute idonee a tutelarle.

D'altronde, a fronte di situazioni considerate particolarmente "sensibili", l'ordinamento è pronto ad accompagnare la sanzione dell'invalidità con legittimazioni ed azioni configurate *ad hoc*: come nelle procedure di cui agli artt. 142 e ss., 145 e ss. del d.lgs. n. 196/2003 e agli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 198/2006; nelle inibitorie contemplate dalle ll. 6 febbraio 1996, n. 56 (contro le clausole vessatorie nei confronti dei consumatori), 30 luglio 1998, n. 281 (con riguardo più in generale agli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti), 9 ottobre 2002, n. 231 (con rispetto ai ritardi nelle transazioni commerciali)⁹⁸⁵; nella estensione dell'inibitoria messa a disposizione degli utenti dalla l. n. 281/1998, effettuata dall'art. 7 bis della l. 146/1990.

7.2.2.2.2. Legittimazione ad agire e giurisdizione.

Anche nel diritto del lavoro emerge la tendenza a dar rilevanza a soggetti istituzionali ed associativi diversi da quelli ritenuti i tradizionali depositari degli interessi meritevoli di tutela, sia coinvolgendoli nei procedimenti, sia dotandoli di strumenti istruttori, propositivi, processuali: tendenza, questa, che costituisce la risposta ad una crescente complessità ed articolazione della struttura

⁹⁸⁴ Cfr. artt. 150, co. 1, e 152, co. 6, d.lgs. n. 196/2003.

⁹⁸⁵ V. ora il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, contenente il Codice del consumo.

sociale, in sé e nella sua proiezione rappresentativa, cui un diritto “riflessivo” – per dirla con Luigi Mengoni⁹⁸⁶ – è tenuto a dar debita rilevanza.

Il che, tradotto nel nostro linguaggio, vuol dire che l’interesse collettivo rappresentato dal sindacato non è più esclusivo, capace di assorbire e garantire al meglio l’intero vissuto del lavoratore, nel suo *status* di dipendente. Così nella l. n. 146/1990 è costretto a convivere con l’interesse collettivo del consumatore e utente, lavoratore subordinato e non, in un rapporto potenzialmente conflittuale, destinato ad essere composto da un autorità terza, Commissione di garanzia o autorità giudiziaria: le associazioni dei consumatori e degli utenti devono essere sentite, con la possibilità di formulare pareri, dalla Commissione di garanzia, in sede di valutazione delle discipline contrattuali e possono agire nei confronti delle associazioni responsabili e delle amministrazioni, enti e imprese erogatrici dei servizi, nelle ipotesi esplicitamente previste. E così, ancora, nell’attuale Codice della parità tra uomo e donna, è condannato a lasciare il passo alla rete dei Consiglieri di parità: essi sono legittimati ad acquisire informazioni, per via delle Direzioni provinciali del lavoro, a richiedere ed a valutare piani di rimozione delle discriminazioni accertate, ad agire in giudizio (con legittimazione esclusiva nel caso dell’art. 37, co. 1 e 4, concorrente con l’interessato nel caso dell’art. 36, su delega del lavoratore nel caso dell’art. 38), nonché a promuovere azioni positive.

Al tempo stesso è ravvisabile una tendenza a privilegiare la giurisdizione del giudice ordinario pur in presenza di provvedimenti amministrativi, secondo una linea di politica legislativa generale, tendente a sostituire il criterio di ripartizione, coll’incardinarlo non più sulle posizioni soggettive tutelate, ma sulle materie. Emblematiche in tal senso sono la l. 24 novembre 1981, n. 689 ed il d.lgs. n. 196/2003, entrambi di portata generale, ma di particolare rilevanza nella nostra materia. La prima prevede che il ricorso in opposizione, contro l’ordinanza-ingiunzione erogante una sanzione amministrativa, venga presentato al pretore (oggi giudice) del luogo della violazione contestata; anche se trattasi del giudice civile ordinario, competente anche in materia di “tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro” e di “previdenza e assistenza obbligatoria” (art. 22-*bis*, co. 2, lett. a e b), eccezion fatta per la ordinanza-ingiunzione emanata dagli Enti previdenziali per omissioni contributive, per le quali è il giudice del lavoro ad essere competente (art. 35, co. 4). A sua volta, il secondo, attribuisce la giurisdizione all’autorità giudiziaria per «tutte le controversie che riguardano, comunque, l’applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o di loro mancata adesione», in significativa eccezione all’art. 23-*bis* della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 per cui ricadono nella giurisdizione del Tar “i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti”

A giudizio del sottoscritto un riparto per materie sarebbe ravvisabile nell’art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, con riguardo sia alle posizioni individuali (co. 1), sia quelle collettive (co. 3): in quest’ultimo comma la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni e alle procedure di contrattazione collettiva

⁹⁸⁶ Secondo la definizione offerta da L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, p. 7, il diritto riflessivo è il “diritto (statale) che si ripiega su se stesso lasciando spazio alla normazione di altre fonti e limitandosi a regolarne le procedure e i presupposti di legittimazione”.

sembra prescindere – almeno rispetto a quelli mono-offensivi – dalla qualificazione, pubblica o privata, degli atti contestati⁹⁸⁷.

Il discorso non appare sempre lineare e coerente. Nella l. n. 146/1990, non dice di fronte a quale giudice è possibile ricorrere contro le delibere di idoneità o di sostituzione provvisoria della regolamentazione consensuale (ma pare al giudice amministrativo, in forza del già citato art. 23-*bis* della l. n. 1034/1971); mentre prevede che sia il giudice del lavoro a decidere sulle delibere in materia di sanzioni (art. 20-*bis*). Neppure dice innanzi a chi è possibile impugnare le ordinanze-ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro - sezione ispettorato del lavoro; ma pare innanzi al giudice civile ordinario, in ragione del citato art. 22-*bis* della l. n. 689/1981; mentre sottopone le ordinanze di precettazione all'amministrativo (art. 10).

Un bel "ingarbuglio", non c'è che dire, che finisce per trovare un riscontro nella certificazione introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, che, al suo art. 80, prevede – con riguardo all'atto certificatorio – nel co. 1, la possibilità di proporre ricorso al giudice ordinario "per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione"; e nel co. 5, la possibilità di presentare ricorso al giudice amministrativo "per violazione di legge o per eccesso di potere"⁹⁸⁸.

In chiusura meritano di essere segnalati i casi in cui il sindacato può agire su mandato dei lavoratori interessati: ai sensi dell'art. 16 St. lav. (Trattamenti economici collettivi discriminatori), in ragione del peculiare rilievo sindacale del tema; ai sensi dell'art. 38 (Comportamenti diretti a realizzare le discriminazioni sessuali nell'accesso al lavoro ex art. 27), in forza del particolare rilievo generale dell'oggetto.

8. L'evoluzione post-statutaria del diritto del rapporto individuale di lavoro.

8.1. Il filo rosso della subordinazione.

Qui il sostanziale difetto di dialogo fra, da un lato, una dottrina autoreferenziale ed immaginifica – resa progressivamente ipertrofica da una concorrenza fra le fonti di produzione (manuali, riviste, commenti) e da una concorsi-dipendenza (monografie), cui il sottoscritto ha dato un sostanziale contributo – e dall'altro, una giurisprudenza casistica e pragmatica ed una legislazione compromissoria, appare in tutta la sua cruda evidenza.

8.1.1. Il "tormentone" dottrinale.

Se si lascia alle spalle il diritto sindacale, per passare a quello del rapporto individuale, si riscontra anche qui un'evoluzione post-statutaria, che, non solo per amore di simmetria, sembra possibile distinguere in due correnti: la prima, in progressiva controtendenza rispetto allo Statuto (battezzata in seguito come il "filo rosso della subordinazione"); la seconda, in continuità cumulativa con riguardo allo Statuto (denominata in seguito come il "controllo dei poteri del datore *vis-à-vis* dei diritti individuali").

⁹⁸⁷ F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pub. amm.*, 2006, p. 1049 ss.

⁹⁸⁸ V. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 203 ss. G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004; L. DE ANGELIS, *La certificazione all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 235 ss.

Riprendendo il filo di quel discorso che riteneva di poter ravvisare nello Statuto dei lavoratori il germe di una “svolta istituzionale” *double face* del nostro diritto del lavoro, si può, ora passare da quella macro (politica) a quella micro (aziendale). La l. n. 300/1970 introduce un regime a diverso ambito di applicazione, con un duplice destinatario: in generale il *genus* datore di lavoro, in particolare la *species* imprenditore, cui è riservato formalmente il suo “nocciolo duro” – quale costituito dall’originario art. 18 e dal tit. III – e sostanzialmente qualche altro articolo, come il 4, 6, 9, 11: non solo, perché con riguardo allo stesso nocciolo duro recupera ed amplia la distinzione dimensionale di cui alla l. n. 604/1966, se pur con riguardo, prima, alla nuova nozione di unità produttiva e, poi, all’impresa.

Ora la l. n. 300/1970, proprio per aver questo duplice destinatario viene a segnare un punto di passaggio nel flusso legislativo. Da un canto, costituisce il punto più alto di un diritto del lavoro imprenditore-centrico, che dal codice si prolunga nelle leggi a cavallo fra il decennio '50 e '60 (disciplina dell'apprendistato, tutela del lavoro a domicilio, divieto di intermediazione ed interposizione, norme sui licenziamenti individuali), per, poi, trovare un fisiologico *continuum* nel post-Statuto, in quella legge 6 agosto 1975, n. 427, contenente norme in materia di garanzia del salario. Dall'altro, apre il cammino ad un diritto del datore di lavoro datore-centrico, assumendolo a referente costante, tanto da allineare in tal senso anche la legislazione varata con a protagonista l'imprenditore: così la l. 18 dicembre 1973, n. 877, che rivede la disciplina del lavoro a domicilio, con a destinatario il datore e non più l'imprenditore; la l. 11 maggio 1990, n. 108, che estende al datore la normativa in tema di tutela reale contro il licenziamento illegittimo, riservata dallo Statuto al solo imprenditore; il d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110, che espande al datore la disciplina in materia di licenziamenti collettivi, introdotta per il solo imprenditore dalla l. 23 luglio 1991, n. 223. Un elemento di discontinuità che per quanto non assoluto e non dotato di uno grande rilievo pratico, riesce assai significativo da un punto di vista sistematico.

Lo Statuto costituisce il punto più alto di un diritto del lavoro imprenditore-centrico, perché pre-dispone quel palcoscenico che un certo indirizzo vorrebbe già allestito dal codice, con a protagonisti privilegiati la grande impresa industriale e l'operaio-massa, non senza una significativa ricaduta sulla ricostruzione della subordinazione: nella sua natura e nella sua fonte. Riprendendo l'aforisma che un mio vecchio amico, chirurgo di eccellenza, soleva ripetermi, “l'addome è la tomba del medico”, mi viene da dire che “la subordinazione è la tomba del giuslavorista”. Ed io eviterò il rischio di finirci dentro, perché intendo limitarmi a quel tanto bastevole per vedere se sia o meno condivisibile un giudizio largamente diffuso: qui e proprio qui, *in apicibus*, diritto civile e diritto del lavoro incontrerebbero il bivio destinato a separarli per sempre, come due rami del darwiniano albero evolutivo. Ma, intanto, appare uno “scherzo” della storia della nostra materia, quello anticipato nel secondo paragrafo, con riguardo al peculiare regime codicistico del “prestatore di lavoro subordinato”: si converte in “fuga dal codice civile”, quella che in realtà è “fuga” dalla ripulitura “contrattualista”, operata dalla prima dottrina post-bellica, col ricollegare al contratto una subordinazione tecnico-funzionale.

A dire il vero, nessuno rimette in discussione il contratto, inteso come contratto di scambio⁹⁸⁹, certo perché questo è un dato costante tenuto presente dal legislatore e dal giudice; ma anche, perché rimane prevalente un approccio fondato su un conflitto di interessi enfatizzato fino all'antagonismo, che rinviene nello scambio il suo strumento migliore: scambio sempre ineguale, però, tale da giustificare un'assoluta rigidità del "tipo" ed una altrettanto assoluta eteronomia dello "statuto protettivo", con un'implacabile sequenza gerarchica delle fonti, attenuabile solo *in melius*. Il che, va detto, non crea alcuna discontinuità rispetto al codice, che, in punto di eteronomia compensava di fatto la scarna disciplina degli artt. 2094 sgg. con l'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva corporativa; ma, neppure crea di per sé, alcuna incompatibilità insuperabile con la lettura "contrattualista", perché, con l'affermarsi e l'estendersi della tutela del "contraente debole", anche il diritto dei contratti di cui al libro IV del codice ha dovuto assorbire una sostanziale riduzione dell'autonomia negoziale. A ben guardare se il *quantum* dello "statuto protettivo" varia, a scalare da quello massimo previsto per il lavoratore subordinato, il *quomodo* del suo collegamento al contratto resta lo stesso: l'art. 1374 c.c. (integrazione del contratto), per cui "Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano, secondo la legge"⁹⁹⁰.

Ma già a cavallo dello Statuto, Romagnoli nel 1967⁹⁹¹ e Mengoni nel 1971⁹⁹², mostreranno di preferire a quella tecnico-funzionale (che dell'endiadi codicistica tende a privilegiare "sotto la direzione") una nozione socio-economica della subordinazione (che della endiadi tende a enfatizzare "alle dipendenze"), sintetizzabile come della duplice alienazione, rispetto ai mezzi ed al risultato dell'attività produttiva. E Luciano Spagnolo Vigorita, nella sua monografia apparsa nel 1967⁹⁹³, criticherà la metodologia seguita dalla giurisprudenza, per ritrovare sotto la copertura degli "indici" utilizzati la figura corposa dell'operaio industriale. Due teorie diverse, che sembreranno potersi coniugare nello Statuto, specie nel suo "nocciolo duro", trovando un raccordo fra natura e

⁹⁸⁹ Se la specificità del diritto del lavoro è stata solitamente ricollegata alla subordinazione, tuttavia ritorna anche con riguardo alla controprestazione retributiva: a prescindere da una isolata lettura della subordinazione che la interpeta in funzione della stessa retribuzione (R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989), è pacifica l'affermazione che l'aggettivo "retributivo" o "corrispettivo" spetta solo a ciò che è dovuto in virtù del sinallagma contrattuale: sul punto è d'obbligo il rinvio a T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto*, Milano, 1968; ID., *Commento all'art. 36 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione* cit., 1979, pp. 72 ss.; nonché, da angolazione prettamente civilistica, A. DI MAJO, *Aspetti civilistici dell'obbligazione retributiva*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, I, pp. 393 ss.; L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991.

Il sinallagma si instaurerebbe fra la prestazione lavorativa e la retribuzione corrispettiva, come insieme dei compensi che trovano titolo nella medesima prestazione e non nel rapporto; ma la retribuzione corrispettiva non coincide con quella rilevante nei vari contesti normativi o contrattuali, perché qui occorre tenere conto di quanto risulti allentato il nesso di corrispettività: cfr. T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, p. 4; M. PERSIANI, *I nuovi problemi giuridici della retribuzione*, Padova 1982; M. D'ANTONA, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, pp. 275 ss., spec. p. 278; L. ANGIELLO, *La retribuzione. Commentario Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990.

In questa prospettiva è possibile leggere gli artt. 2110 e 2111 cod. civ., che pur stabilendo la sospensione del rapporto di lavoro in determinate ipotesi (malattia, infortunio, gravidanza, etc.), contestualmente impongono il mantenimento del posto e della (così impropriamente definita) retribuzione. Sul punto cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in *Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992; nonché M. RUSCIANO, voce *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993.

A giudizio di L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 376, tali articoli (come quelli dello Statuto, artt. 10, 20 e 23, che tengono fermo l'obbligo di retribuzione pur in mancanza di prestazione di lavoro) non "alterano la concezione contrattualistica del rapporto" ovvero la sua sinallagmaticità.

⁹⁹⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

⁹⁹¹ U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967.

⁹⁹² L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, cit.

⁹⁹³ L. SPAGNOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Profili storico-critici*, Napoli, 1967.

fonte, una subordinazione socio-economica destinata a prolungarsi dal contratto ad un rapporto incardinato dentro un'“impresa” vista e vissuta come attività organizzata, non per nulla indicata come “azienda” o “unità produttiva”.

Il che si prolungherà nella dottrina, mentre la figura dell'imprenditore tenderà a svanire nella lingua legislativa e la fattispecie subordinazione continuerà ad essere gestita dalla giurisprudenza con la sua collaudata tecnica, di una definizione tralaticia e di una prassi pragmatica, capace di assorbire la crescente tensione sulla linea di confine. Ma il dopo-Statuto porterà con sé la prima grande crisi post-bellica, originata dallo *shock* petrolifero del 1973, con una imponente ristrutturazione della struttura produttiva del nostro Paese, interpretata come una fuga, proprio dal “nocciolo duro” dello Statuto. E la risposta dottrinale, troverà nella crisi della nozione tecnico-funzionale della subordinazione, la chiave di lettura espansiva sia nella legislazione pre-statutaria (l. n. 1369/1960, sul divieto di intermediazione e di interposizione), sia nella legislazione post-statutaria (l. 11 agosto 1973, n. 533, sul nuovo processo del lavoro; la l. n. 877/1973 sul lavoro a domicilio). Il che comporterà inevitabilmente il dover privilegiare la nozione di impresa come attività organizzativa rispetto a quella di attività organizzata, dotata della fisicità di tempo e luogo chiaramente percepibile nello Statuto.

Le ll. nn. 877/1973 e 1369/1960 saranno lette e rilette per riportare dentro l'impresa tutta la variegata fenomenologia del decentramento produttivo, come evidenziato dalle ricerche economiche e sociologiche di quegli anni: rienterando la nozione dell'art. 2094 alla luce dell'art. 1 della l. n. 533/1973, sì da ricondurre nell'“impresa”, la molteplice tipologia del conto terzi a domicilio; riesaminando gli artt. 1 e 3 della l. n. 1369/1960, sì da riportare nell'impresa la straordinaria fioritura di “esternalizzazioni”, viste come simulate o come, comunque interne al ciclo produttivo⁹⁹⁴. Non solo, perché si cercherà di dar rilevanza al gruppo d'impresa, al di là della “finezza” costituita dall'esistenza di distinte personalità giuridiche, così da render rilevante ai fini dell'applicazione dello Statuto dei lavoratori l'intero organico del gruppo medesimo⁹⁹⁵.

Ma saranno teorizzazioni messe a punto solo sul finire del decennio '80, allorché il vento era già cambiato, con un decentramento rivalutato largamente come “fisiologico”, auspice il lancio del modello dei “distretti”; e stava cambiando anche il rapporto di forze, come avrebbe rivelato la “marcia dei quarantamila” del 1980.

Nello stesso torno di tempo, in accordo con un barometro che metteva al “brutto”, veniva prendendo sostanza la figura dei co.co.co., lavoratori collocati sul confine fra lavoro subordinato ed autonomo, che trovavano quale unico referente legale l'art. 409, co. 1, n. 3, così come novellato dalla l. n. 533/1973: la competenza del giudice del lavoro veniva estesa ai “rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato.” Assecondando una tendenza espansiva della materia, la dottrina traslò quella fattispecie dal diritto processuale a quello sostanziale, in forza della condizione socio-economica sottesa; e questo secondo una duplice variante, “forte”, in base

⁹⁹⁴ L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, e, rispettivamente, O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979.

⁹⁹⁵ P. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit.

alla dipendenza socio-economica; “debole”, in ragione della disparità di forza contrattuale (con una applicazione limitata e selettiva della stessa disciplina)⁹⁹⁶.

Ma, ormai, siamo entrati in un'altra stagione, che sia pur comprensiva di fasi diversamente battezzate (dell'emergenza, della crisi, della flessibilità)⁹⁹⁷, si svolge con indubbia continuità dalla fine del decennio '70, secondo un duplice filone. Costituito, *il primo*, da un contenimento del costo del lavoro, vero filo rosso del serrato confronto politico-sindacale, iniziato all'indomani stesso di quell'accordo interconfederale del 1975, dal forte impatto inflattivo; e proseguito fino alla fine del decennio '90, con il *de profundis* della scala mobile. Rappresentato, *il secondo*, dal “mercato” del lavoro, contenitore polivalente, con a comune denominatore, lo spostamento dell'attenzione del legislatore dal “rapporto” al “mercato”; e questo tramite un intreccio che diviene più fitto e complesso col trascorrer degli anni, fino ai nostri giorni: crisi della grande impresa; disoccupazione giovanile; tutela dell'area grigia fra lavoro subordinato ed autonomo; flessibilità in ingresso; riforma del collocamento⁹⁹⁸.

La dottrina coglierà la *ratio* sottesa a quella disciplina innovativa, cioè, di una risposta – criticabile fin che si vuole in termini di politica del diritto e di tecnica legislativa – ad una sfida reale. La struttura produttiva ed occupazionale che aveva fatto da scena al nostro diritto del lavoro, dalla sua rinascita alla sua maturità, era cambiata, sì da restituirci non poco ridimensionati i due protagonisti principali di un passato con a suo *climax* lo Statuto dei lavoratori, cioè la grande impresa e il lavoratore a tempo indeterminato e a orario pieno⁹⁹⁹. Essa cercherà di tenere il passo, con un'esegesi puntuale; ma non rinuncerà ad una rincorsa sistematica sulla linea dogmaticamente strategica – spesso intrecciata – della “contrattazione delegata” e della “flessibilizzazione contrattuale”: se, là – come visto – la partita è stata giocata intorno alla figura del contratto collettivo di diritto comune; qui, invece, lo sarà intorno alla fattispecie della “subordinazione”, con una fioritura di libri, saggi convegni dedicati alla “madre” della materia¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁶ V. A. M. GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983 e, rispettivamente, G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979. Ma nel senso di una rilevanza solo processuale della “figura”, v. C. cost. 24 luglio 1995, n. 365, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 325 ss.

⁹⁹⁷ R. DE LUCA TAMAJO - L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979; A. CESSARI - R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1987. Peraltro la stagione della flessibilità sarà destinata a durare fino ai nostri giorni, sì da acquisire stabilità e continuità, a prescindere dalla valutazione, positiva o negativa, fattane dalla dottrina; cfr. gli atti delle Giornate di studio Aidlass (Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002) *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003.

⁹⁹⁸ Per una ricostruzione, mi permetto di rinviare adue miei saggi: *Rivoluzione tecnologica* cit., e *Un diritto del lavoro “classico” alla vigilia del terzo millennio*, cit.

⁹⁹⁹ Oggi è tutta una riscoperta sul post-taylorismo: v. da ultimo E. GHERA, *IL NUOVO DIRITTO DEL LAVORO*, Torino, 2006, p. 145 ss. Modestia a parte, avevo anticipato tutto questo nella mia relazione *Rivoluzione tecnologica* cit., ben ventitre anni fa. *Nemo profeta in patria ...* specie se ‘scomunicato’ dal piccolo Marx del diritto del lavoro italiano (v. U. ROMAGNOLI, *Noi e loro. Diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 377 ss.).

¹⁰⁰⁰ Come lavori monografici, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit.; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, cit.; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989; Oltre ai molti articoli, v. le raccolte collettive AA.VV., *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, 1988; AA.VV., *Lavoro e i lavori*, in *Lav. dir.*, 1988 e 1989; M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989; AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, Bari, 1997; AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1998, nonché le giornate di studio Aidlass (Salerno 22-23 maggio 1998) *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999.

Agli occhi dei più la lezione del passato e la scommessa del presente non lasciavano dubbi: una nozione unitaria doveva confrontarsi con una dote protettiva estremamente ricca, che già riusciva contraddittoria rispetto all'area ricoperta, estesa com'era dal massimo dirigente all'ultimo ex-operaio; ed in più risultava talmente pesante da non poter essere estesa *sic et simpliciter* oltre quell'area stessa. Si cercherà, dunque, di valorizzare la volontà nella conclusione del contratto; e di utilizzare il metodo tipologico, mutuato dalla dottrina civilistica, nella ricostruzione della fattispecie. Solo che il ricorso alla *lex voluntatis* – assunto dalla Corte di cassazione¹⁰⁰¹, come criterio sussidiario di individuazione – non serviva ad una articolazione della dote protettiva; e, a sua volta, l'utilizzo del metodo tipologico¹⁰⁰² – discutibile e discusso come sostituto di quello sussuntivo – non risultava aver mai messo capo ad una differenziazione della tutela del lavoratore subordinato, eccezion fatta per la dirigenza privata, secondo un'anticipazione di Paolo Tosi del 1974¹⁰⁰³, ripresa in anni recenti dalla Corte di Cassazione.

Ma proprio in quel decennio '90, che vedrà la Corte costituzionale¹⁰⁰⁴, auspice il giudice Luigi Mengoni, leggere nella carta fondamentale una correlazione inscindibile fra una nozione di subordinazione come duplice alienità – dal prodotto della prestazione e dall'organizzazione produttiva – e la dote protettiva, una dottrina sfiancata e disillusa da quella che appariva ormai una vera e propria fatica di Sisifo, passa dall'interpretazione dell'esistente alla proposta per il futuro; ed allarga l'orizzonte di riferimento all'intero spettro del lavoro, quello *sans phrase*, che ricomprende e ricomponde secondo un *continuum* subordinazione e autonomia. A dire il vero, questo passaggio sarà anticipato *de iure condito*, da Marcello Pedrazzoli, con la sua lettura dell'art. 2222 c.c.¹⁰⁰⁵,

Sul lavoro autonomo, con l'inevitabile problema del suo confine col lavoro subordinato, v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO, Milano, 1996; cui *adde* P. DI NUNZIO, *Problemi di disciplina del contratto d'opera*, Torino, 2000.

¹⁰⁰¹ A partire dalla seconda metà degli anni ottanta la Suprema Corte è pervenuta ad affermare che «ai fini della qualificazione non si può prescindere dalla preventiva ricerca della volontà delle parti, giacché il principio secondo cui ai fini della distinzione in questione è necessario aver riguardo all'effettivo contenuto del rapporto stesso indipendentemente dal *nomen iuris*, non implica che la dichiarazione di volontà di queste in ordine alla fissazione di tale contenuto debba essere stralciata nell'interpretazione del precetto contrattuale: pertanto, quando le parti abbiano dichiarato di volere escludere l'elemento della subordinazione, non è possibile, specie nei casi caratterizzati dalla presenza di elementi compatibili con l'uno e con l'altro tipo di rapporto, pervenire ad una diversa qualificazione se non si dimostra che in concreto il detto elemento della subordinazione si sia di fatto realizzato nello svolgimento del rapporto medesimo»: Cass. 17 giugno 1988, n. 4150, in *Foro it.*, 1989, I, 2908; Cass. 7 aprile 1992, n. 4220, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 258; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, in *Dir. prat. lav.*, 1996, 3338; Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 280. *Contra*, cfr. Pret. Pavia, 30 giugno 1987, in *Lav. prev. oggi*, 1987, II, 1400; Pret. Milano 22 ottobre 1994, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1995, 384. In tema cfr. la rassegna *Autonomia e subordinazione: «nomen iuris» e rilevanza delle manifestazioni di volontà delle parti*, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 21 ss. In dottrina, per la valorizzazione dell'elemento volontaristico (c.d. *nomen iuris*), vedi in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro - Vol. I: Fonti e principi generali - Autonomia individuale e collettiva - Disciplina del mercato - Tipi legali - Decentramento produttivo - Differenziazione dei trattamenti e inquadramento*, Milano, 2000, p. 255 ss.

¹⁰⁰² In proposito cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit.; L. MENGONI, *La questione della qualificazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 5 ss.; e più di recente L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 182; *Id.*, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 107; G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Milano, 1997.

¹⁰⁰³ P. TOSI, *Il dirigente d'azienda*, Milano, 1974.

¹⁰⁰⁴ C. cost. 12 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 389. Sulla disponibilità del tipo M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1, p. 63 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 95 ss.

¹⁰⁰⁵ M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 545.

secondo la quale la definizione ivi contenuta del lavoro come “compimento di un’opera o di un servizio con lavoro prevalentemente proprio” costituirebbe già la categoria generale cui ricondurre il contratto d’opera, i vari contratti di lavoro autonomo di cui al libro IV, il contratto di lavoro subordinato. Ma il prosieguo sarà tutto *de iure condendo*, con una molteplicità di proposte, classificabili secondo due grandi categorie: quella diretta alla creazione di un *tertium genus* (De Luca Tamajo-Flammia-Persiani), con qualche ritaglio a scapito sia del lavoro subordinato che del lavoro autonomo; quella, invece, finalizzata alla configurazione di una sequenza di fattispecie, caratterizzata da una progressione decrescente in direzione di una nozione di subordinazione ristretta (D’Antona) o crescente a partire da una nozione di subordinazione allargata (Alleva), con una redistribuzione diversamente graduata delle rispettive discipline¹⁰⁰⁶.

8.1.2. L’ “ipse dixit” del legislatore: dalla legge n. 196/1997 al decreto legislativo n. 276/2003.

Altro non è il caso di aggiungere, perché proprio sul finire di quel decennio ‘90, che aveva ospitato il dibattito accademico, il legislatore darà un improvviso colpo di accelerazione, con un crescendo dalla legge n. 196/1997¹⁰⁰⁷ al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368¹⁰⁰⁸, al d.lgs. n. 276/2003¹⁰⁰⁹. Se è innegabile l’influsso dottrinale su quello Statuto dei lavori che rimase il progetto prediletto, ma incompiuto, del giustilavorista bolognese; non lo è altrettanto sul legislatore¹⁰¹⁰.

A fronte di un ultimo sussulto del processo di estensione del lavoro subordinato in forza di quella legge 3 aprile 2001, n. 142 che riconosce al socio lavoratore un duplice ruolo, non sempre

¹⁰⁰⁶ I testi delle proposte richiamate sono pubblicati in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 21, pp. 285 ss; per una loro lettura sinottica (in chiave anche grafica) cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, pp. 173 ss.

¹⁰⁰⁷ V. M. NAPOLI (a cura di), *Il “Pacchetto Treu” cit.*

¹⁰⁰⁸ Prima del d.lgs. n. 368/2001 v. L. MONTUSCHI, *L’evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all’alternatività: un modello per il lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 23, p. 9 ss.; dopo la riforma v. L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del contratto a termine. D. lgs. n. 368/2001*, Milano, 2002; A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine: istruzioni per l’uso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 151 ss.; F. LUNARDON, *L’eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla “specificazione” delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 41 ss. V., da ultimo, A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, fasc. 1.

¹⁰⁰⁹ Sul d.lgs. n. 276/2003 la produzione dottrinale è estremamente ricca e articolata, sicché è d’obbligo limitarsi a citare i commentari più accreditati: P. ALLEVA (e altri), *La riforma del mercato del lavoro: dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*, Roma, 2003; F. CARINCI (coordinato da), *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, Milano, 2004 (4 tomi, più il tomo d’aggiornamento 2005); P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti: a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006; R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema: dalla Legge 14 febbraio 2003 n. 30 al Decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Napoli, 2004; G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, cit.; E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali: commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004; M. MAGNANI - P. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali: commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005; M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro: commento al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 Bologna*, Bologna, 2004 (con volume d’aggiornamento 2005); M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit.

¹⁰¹⁰ V. M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo statuto dei lavori*, in *Dir. rel. ind.*, 1998, p. 297 ss.

facilmente compatibile¹⁰¹¹¹⁰¹², l'*aliquid novi* del periodo a cavallo del millennio non è di poco conto. Il modello esclusivo del contratto a tempo indeterminato viene relativizzato dal crescente spazio legale concesso al contratto a termine ed al *part-time*, peraltro con un certo contro-bilanciamento: costituito, sia dalla loro conversione, nei casi previsti, in contratto a tempo indeterminato e, rispettivamente a tempo pieno; sia dalla legislazione incentivante la conclusione di un contratto a tempo indeterminato. E – fatto altrettanto, se non più significativo – viene ampliato lo strumentario contrattuale con cui il datore può procacciarsi il fattore lavoro, con a “pezzi” caratteristici il lavoro interinale, che destabilizza un punto fermo del diritto del lavoro, quello della coincidenza del titolare del contratto e dell'utilizzatore della prestazione, con una conseguente dissociazione dei poteri del datore, restando quello disciplinare a capo del somministrante e passando quello direttivo a capo dell'utilizzatore¹⁰¹³; e, rispettivamente, il lavoro a progetto, che picchietta l'ambito dell'art. 2222 sul lato esposto sull'art. 2094, sì da impedire uno sconfinamento del lavoro autonomo sul lavoro subordinato.

Non c'è stata, però, alcuna evoluzione nel senso di un lavoro *sans phrase*, che si svolgesse senza soluzione di continuità dal lavoro subordinato all'autonomo, con un crescendo di autonomia ed un decrescendo di tutela; e neppure nel senso di un *tertium genus* fra lavoro subordinato ed autonomo: tale non si può certo dire il lavoro a progetto, ricalcato com'è sul modello del lavoro autonomo, con ad oggetto una “attività funzionale ad un risultato”¹⁰¹⁴. Se c'è un *continuum* rispetto non solo al discorso dottrinale, ma allo stesso indirizzo legislativo precedente, è nell'impegno a diminuire il divario in termini di costo normativo ed economico, specie previdenziale, fra lavoro subordinato e lavoro autonomo di confine, fatto ben visibile con riguardo, prima alle collaborazioni coordinate continuative, poi, allo stesso lavoro a progetto: impegno riconducibile sia all'onda inerziale della risalente “pan-subordinazione”, sia alla nuova attenzione per una scelta datoriale genuina, sia, cosa meno commendevole, all'insaziabile fame dell'Inps.

Il che non deve far sottovalutare il rilievo teorico e pratico del compromesso inscritto nel d.lgs. n. 276/2003: un più elevato tasso di flessibilità all'ingresso, in cambio di un più saldo presidio al

¹⁰¹¹ La legge recepisce sostanzialmente la proposta già formulata da Marco Biagi: per una sua analisi v. L. NOGLER - C. ZOLI - M. TREMOLADA, *La riforma della disciplina del socio di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 339; L. MONTUSCHI - P. TULLINI, *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Torino, 2002; L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari - Riflessioni sulla l. n. 142/2001 e successive modifiche*, Milano, 2005; S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006.

¹⁰¹² A questa estensione della subordinazione fa da *pendant* la diffusione del rapporto di volontariato: sulla l. 5 febbraio 1992, n. 104 v. G. BRUSCUGLIA (a cura di), *Commento alla legge quadro sul volontariato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 785; I. MARIMPIETRI, *Lavoro e solidarietà sociale*, Torino, 1999; L. MENGHINI, *Lavoro gratuito e volontariato*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, vol. II.

In particolare il lavoro nel settore *non-profit* è stato analizzato da F. CARINCI (a cura di), *Non profit e volontariato*, Milano, 1999; M. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore. Occupazione, mercato e solidarietà*, Torino, 2005.

¹⁰¹³ Cfr. P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. lav.*, 2005, I, p. 35 ss.; G. SUPPIEI, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma (commento al d.leg. 10 settembre 2003 n. 276)*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 205 ss.; ID., *L'interposizione brevettata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, I, p. 17 ss.; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001.

¹⁰¹⁴ M. MARAZZA, *Il concetto di progetto e programma di lavoro nel confronto con la giurisprudenza*, di prossima pubblicazione su *Arg. dir. lav.*

Per la continuità e discontinuità fra il prima e il poi del d.lgs. n. 276/2003, cfr. M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, I, p. 203 ss.; *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 1 ss.

confine fra lavoro autonomo e subordinato rappresentato proprio dalla sostituzione della “lassa” collaborazione coordinata e continuativa con il “rigido” lavoro a progetto. Presidio, questo, che pone un delicato problema, peraltro affrontabile e risolvibile da un punto di vista non sistematico, con riguardo alla nozione di subordinazione, ma sanzionatorio, con rispetto alla tutela protettiva. Se, invero, si ritenesse che in caso di difetto formale o sostanziale del progetto scatti non una *praesumptio* semplice¹⁰¹⁵, ma *iuris et de iure* dell’esistenza di un contratto di lavoro subordinato¹⁰¹⁶, con un’automatica conversione, ne seguirebbe certo una “estensione”: non però – come pur è stato detto – della nozione di subordinazione, quale non può derivare anche da una mera omissione formale, bensì della relativa disciplina¹⁰¹⁷.

Se, ora, si solleva lo sguardo, sì da poter cogliere il *trend*, l’impressione è che raggiunto il suo picco con lo Statuto dei lavoratori, lo stesso modello di un collegamento stretto fra una prestazione “etero-diretta e soggetta” e “impresa come attività organizzata” stia sbiadendo: da un lato, si evidenzia la richiesta di una attività “autonoma e collaborativa”; dall’altro, si sottolinea la recuperata centralità dell’impresa come “attività organizzativa”. Non bisogna lasciarsi distrarre dalla corrente superficiale, la quale ben può ingannare su quella profonda, più lenta e composita, sì da dar l’impressione che a scorrere sia solo o prevalentemente acqua nuova. Senza dubbio la legislazione, nel passaggio da un secolo all’altro, parla una lingua diversa, diversa rispetto al passato prossimo, se pur in qualcosa riecheggiante quello remoto risalente fino a Ludovico Barassi e recuperato dall’indirizzo dottrinale rappresentato da Francesco Santoro Passarelli e da Mattia Persiani¹⁰¹⁸: di un datore ammesso ad un *self service*, dove lo stesso piatto “lavoro subordinato” viene cucinato in modo da poter essere condito in molte salse e mangiato al di fuori di un *menù* fisso, che preveda l’inserzione in una “impresa” o “azienda”, intesa fisicamente.

Un *trend* parabolico, che dalla svolta “istituzionale”, in versione micro, dello Statuto dei lavoratori, porta ad una relativa astrazione della tipologia contrattuale dall’impresa come “attività

¹⁰¹⁵ A favore della presunzione semplice o relativa che “può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio la prova dell’esistenza di un rapporto effettivamente autonomo” v. P. TOSI, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, cit.; A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in *Guida al lavoro*, speciale su *Riforma Biagi. Le nuove collaborazioni*, gennaio 2004, p. 11 ss.; e in giurisprudenza Trib. Ravenna 24.11.2005, in *Lav. giur.*, 2006, 3, 273. In tal senso si è pronunciata la Circ. Min. Lavoro 8 gennaio 2004, n. 1, definita non a caso “circolare di pentimento” da A. VALLEBONA A., *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 293 ss.; una seconda circolare, 14 giugno 2006, n. 17, pur collocandosi in parziale controtendenza rispetto alla prima per quanto riguarda i contenuti del progetto (sembrando ora le indicazioni ministeriali più favorevoli ad una lettura restrittiva del requisito della “specificità”), sul punto tace.

¹⁰¹⁶ Nel senso della presunzione assoluta di subordinazione v. M. MISCIONE, *Collaborazioni a progetto e prestazioni occasionali nelle circolari amministrative*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, n. 7, pp. 463 464; M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, sub Artt. 61-69, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. n. 276/2003 cit.*, 2004, p. 742; A. PERULLI, Art. 61, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro cit.*, p. 707 ss. L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, n. 3, p. 248.

¹⁰¹⁷ Così P. ICHINO, *L’anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e “dipendenza” nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, relazione al convegno del Centro Studi Domenico Napoletano, Napoli, 28 gennaio 2005, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 131 ss. Da ultimo, sul tema, v. *Opinioni sul lavoro a progetto*, con interventi di A. PERULLI, e G. SANTORO PASSARELLI, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 375 ss.

¹⁰¹⁸ Questo non vuol dire che ci sia stato un significativo cambio di passo nell’atteggiamento dottrinale, che non di rado appare più inerziale dello stesso diritto: continuano a privilegiare il rapporto rispetto al contratto R. SCOGNAMIGLIO, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 675 ss. e E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 1 ss., di cui v. anche *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2006.

organizzata”; ed, al tempo stesso, ad una individualizzazione della sua utilizzazione. Cosa, quest’ultima, resa possibile, sia dalla facoltà offerta al datore di scegliere in una gamma assai ampia: lavoro a tempo indeterminato, a termine, a tempo pieno (modulato e flessibilizzato)¹⁰¹⁹, *part-time*, lavoro interinale (compreso lo *staff leasing*), lavoro intermittente, accessorio, ripartito, occasionale, più un apprendistato uno e triplice ed un contratto di inserimento; ed, al di là del confine del lavoro subordinato, lavoro “a progetto”, appalto d’opere e di servizi, “smaterializzato” e reso meno costoso, trasferimento esteso fino ad un ramo d’azienda “convenzionale”; dall’apertura effettuata a favore dell’autonomia individuale nella modulazione della disciplina, come risulta evidente in materia di *part-time* ¹⁰²⁰. Una facoltà di scelta del datore, questa, del tutto insindacabile nel merito, perché – anche a prescindere da una più ampia rilevanza sistematica degli artt. 27, c. 3, e 69, c. 3, del d.lgs. n. 276/2003 – certo questi non possono che riguardare ogni ipotesi in cui si preferisca utilizzare un tipo contrattuale piuttosto che un altro, sempreché nel rispetto delle relative discipline.

Interessante riesce proprio il duplice caso dell’appalto e del trasferimento, perché rivela, almeno nel testo letterale, un legislatore compreso e permissivo rispetto alla progressiva perdita di fisicità ed oggettività dell’impresa: l’art. 29, co. 1, d.lgs. n. 276/2003, reputa l’appalto “genuino” anche quando risulta “in relazione alle esigenze dell’opera e del servizio, dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati”; e l’art. 2112, co. 4 considera trasferimento anche quello di “parte dell’azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un’attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”. Tutto questo, a prescindere dagli sforzi interpretativi fatti per riportarli dentro i confini collaudati, cioè – per l’appalto – quelli tracciati nei confronti della intermediazione e di intermediazione di manodopera, lecita solo in presenza di un contratto di somministrazione; e – per il trasferimento – quelli delineati nei rispetti di un’individuazione meramente soggettiva del ramo d’azienda¹⁰²¹. Come interessante appare anche il fatto

¹⁰¹⁹ Sui tempi di lavoro v. P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. I e II, Milano, rispettivamente 1984 e 1985; Id., *L’orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1987; *Il Tempo di lavoro*, Giornate di studio di diritto di lavoro (Genova, 4-5 aprile 1986), con relazione di R. De Luca Tamajo, Milano, 1987; G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell’Ue*, Milano, 2005.

In particolare, sull’orario di lavoro v. *L’orario di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 1995, n. 17; LECCESE V., *L’orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, 2001; e, dopo il d. lgs. n. 66/2003, v. C. CESTER, M. G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell’orario di lavoro. Commentario al d.leg. 8 aprile 2003 n. 66*, Milano, 2004; V. LECCESE (a cura di), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, 2004; M. NAPOLI (a cura di) *L’orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria (d.leg. 8 aprile 2003 n. 66). Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 2004; p. 1231 ss.

¹⁰²⁰ Il lavoro a *part-time* rinvia il suo primo regime organico nella l. 863/1984, per, poi, essere rivisto dai dd.Lgss. n. 61/2000, 100/2001, 276/2003; v. M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991; Id. (a cura di) *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001; M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Padova, 2004.

Sulla rilevanza dell’autonomia individuale, v. S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 87; M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p.455; P. ICHINO, *Chi ha paura dell’autonomia individuale?*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, p.81; Giornate di studio Aidlass (Abano Terme, 21-22 maggio 2004), *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, con relazioni di M. Napoli e C. Zoli, Milano, 2005.

¹⁰²¹ Su questi temi, fino al d. lgs. n. 276/2003 v. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell’azienda*, Milano, 1993; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell’impresa e rapporto di lavoro*, Napoli, 1999; A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d’azienda: la nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 587 ss.; a commento del d. lgs. del d. lgs. n. 276/2003 v. AA.Vv., *Il trasferimento d’azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004; AA.Vv., *Trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro*, in

che, quando nell'art. 31 dello stesso decreto legislativo, riconosce alla società capogruppo la possibilità di svolgere su delega tutti gli adempimenti per l'amministrazione del personale dell'intero gruppo, si preoccupi, però, di precisare che da ciò non è possibile dedurre alcuna configurazione unitaria del datore di lavoro, sì da permettere una concentrazione dei servizi e dei costi, senza mettere in discussione la distinta personalità giuridica, funzionale ad un'organizzazione reticolare^{1022 1023}.

L'ampliarsi della gamma utilizzabile dal datore esponeva al rischio di una sovrapposizione e confusione, con conseguente ricaduta in termini di una perdita di certezza e di una accresciuta controversialità. Il legislatore ha creduto di potervi far fronte con la certificazione: estesa a tutti i contratti di lavoro, alle rinunzie e transazioni ex art. 2113, al regolamento delle cooperative di produzione e lavoro, alla stipulazione e alla successiva attuazione dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c. ed aiutata dalla predisposizione di "codici di buone pratiche" da parte del Ministro del lavoro; ma con limitata efficacia, che – se pur risolta sostanzialmente nel costringere l'Inps a impugnarla, prima di poter procedere nei confronti del datore di lavoro (artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003) – non va sottovaluta in una stagione di caccia indiscriminata all'"evasione" contributiva.

Prima di chiudere, vale la pena di richiamare la parte finale della premessa metodologica, qui più che altrove meritevole di essere tenuta presente. Riscontrare nell'evoluzione legislativa un'attenuazione del carattere esclusivo del contratto a tempo indeterminato e pieno ed una moltiplicazione del modo di utilizzo del lavoro non vuol dire affatto che tutto questo abbia un riscontro nell'apparato produttivo: a stare al dato dell'Istat, il contratto a tempo indeterminato e pieno rimane ancora il tipo assolutamente prevalente; né pare a tutt'oggi esser stato seriamente ridimensionato a seguito dell'intervento del legislatore. Riprendendo qui un autore risalente, ma tradotto in Italia solo nel 1995 e divenuto in breve citatissimo, R. H. Coase, la scelta del datore di lavoro dipende dai "costi di transazione", cioè, in versione adattata al nostro discorso, da quanto debba spendere per un lavoratore stabile e quanto per un lavoratore da ricercare volta a volta

Dialoghi dottr. giur., Milano, 2004; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004. Da ultimo, sul decreto correttivo n. 251/2004, v. C. CESTER, *Il trasferimento di azienda e di parte dell'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, F. CARINCI (coordinato da), *Il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, 2005, p. 109 ss.

¹⁰²² Quello dei gruppi d'impresa è ritornato ad essere un argomento d'attualità proprio nell'ultimo decennio del secolo: v. T. TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1988, 641; R. DE LUCA TAMAJO, *Gruppi di imprese e rapporti di lavoro: spunti preliminari*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, 67; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995; F. LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi d'impresa*, Torino, Giappichelli, 1996.

¹⁰²³ La relativa fungibilità di tutta una certa tipologia contrattuale è ben testimoniata dalla tendenza dottrinale ad affrontarla in "blocco": v., da ultimo, R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 59 ss.; C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Giappichelli, Torino, 2006.

Sullo sfondo v'è quel tema classico del decennio '70 che riemerge a cavallo della fine del secolo per poi ritornare in primo piano dopo il d.lgs. n. 276/2003, cioè il decentramento produttivo: cfr. Giornate di studio Aidlass (Trento, 4 - 5 giugno del 1999), *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, con relazioni di P. Ichino, R. Romei e P. Lambertucci, Milano, 2000; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002; AA.VV., *Trasferimento d'azienda e esternalizzazioni nel diritto del lavoro*, Roma, 2004; V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.leg. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 3 ss. Per un approccio comparato v. R. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti* e A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 3 ss. e, rispettivamente, 29 ss.

sul mercato¹⁰²⁴. E, non per nulla, il legislatore, nel mentre, ha dilatato l'ambito contrattuale di scelta del datore, si è preoccupato, da un lato di incentivare il ricorso al contratto a tempo indeterminato e, dall'altro di accrescere il costo normativo e previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e del lavoro a progetto.

8.2. Il controllo dei poteri del datore di lavoro vis-à-vis dei diritti individuali.

Non si deve credere che il lungo e tormentato dibattito sulla "subordinazione" non abbia influito sull'*hard-core* del diritto del lavoro. Come si è già accennato, la scelta circa la "fonte" (contratto o rapporto) e circa la "natura" (tecnico-funzionale o socio-economica) della subordinazione, ha condizionato la sua estensione quantitativa e qualitativa, quale vista e vissuta dal lato dei poteri del datore: poteri articolati di regola nei due sottotipi fondamentali, direttivo e disciplinare¹⁰²⁵. Tale pendolarismo ermeneutico ha avuto il suo punto di "forza teorica" nel potere disciplinare, caso peculiare di autotutela affidata allo stesso creditore e finalizzata ad una funzione "esemplare", all'insegna del punirne uno per educarne cento; ma il suo punto di "ricaduta pratica", nel potere direttivo: cosa, questa, alimentata dalla ben maggiore attenzione dedicatavi dal legislatore.

Il filone del controllo dei poteri del datore è continuo ed ininterrotto dal codice ad oggi, con un intreccio fra legislazione, giurisprudenza e dottrina, in chiave espansiva: la legislazione segue un suo corso, che tipizza nuove forme ed allarga e rimodella le vecchie, secondo un duplice itinerario principale, quello "giustificatorio" e quello "antidiscriminatorio"; mentre, a loro volta, giurisprudenza e dottrina intervengono in via anticipatoria, classificatoria, estensiva. E proprio la giurisprudenza e la dottrina, nella loro attività ermeneutica, rivelano una certa tendenza *border line* rispetto al diritto privato, come ben sottolinea Adolfo Di Majo in un suo scritto del 1983¹⁰²⁶. Da un lato, valorizzano categorie civilistiche (l'abuso di diritto, la correttezza e la buona fede, l'integrazione del contratto); dall'altro, civettano con figure socio-economiche (i "poteri forti") o mutuuate dalla cultura pubblicista (gli "interessi legittimi" e la "parità di trattamento"), tutte già recuperate ed utilizzate dalla precedente dottrina privatistica.

L'uso del termine "poteri" è introdotto dalla dottrina degli anni '30, a cominciare da Ludovico Barassi, che distingue fra un "potere gerarchico" e "direttivo" ed un "potere disciplinare", con un

¹⁰²⁴ R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995. Solo negli ultimi anni si è andato sviluppando in Italia un interesse sul rapporto tra economia e diritto del lavoro, che ha avuto in P. ICHINO l'autore più convinto e continuo, da *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996 a *La stabilità del lavoro e la regola dell'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 165 ss. Ma il dibattito è stato assai ricco: G. LOY, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 547 e ss.; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento fra costituzionalismo e analisi economica*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, n.2, p. 415 ss.; R. DEL PUNTA, *Economia e diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 3 ss.; L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, 2004.

¹⁰²⁵ Come è ovvio il problema può essere affrontato sia dal lato passivo dei doveri del prestatore di lavoro fra cui *in primis* quello di obbedienza, sia da quello attivo dei poteri del datore di lavoro; ma poiché il processo legislativo e contrattuale ha operato soprattutto sul piano di una limitazione dei poteri, questo è divenuto il fronte privilegiato: v. comunque M. G. MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in C. CESTER - M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro, sub. Art. 2104 c.c.*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2007, pp. 269 ss.

¹⁰²⁶ A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, p. 341.

chiaro rinvio ad una organizzazione gerarchica, destinata a trovare ospitalità nel codice civile¹⁰²⁷. L'uso – se pur depurato di tale connotazione da Francesco Santoro Passarelli, fin dal 1936, che riconosce l'esistenza di un "potere di direzione" e di un "potere disciplinare"¹⁰²⁸ – sopravvive nella dottrina post-costituzionale: qui non mancherà di supportare l'idea di una "realtà" dove c'è una sproporzione di forza tale da sollecitare una regolamentazione ispirata agli artt. 2, 3, 41, co. 2¹⁰²⁹. Di fatto tutta la storia del secondo dopoguerra sarà segnata da un processo "al rilancio" di un controllo su tali poteri, che rinviene nel legislatore il suo principale protagonista, con un crescendo dagli anni '60 ai nostri giorni¹⁰³⁰.

Non senza una necessaria puntualizzazione. Quando si parla di poteri direttivo e disciplinare nel senso classico del termine, ci si riferisce a poteri esercitati nel corso del rapporto al fine di una sua gestione; ma ce ne sono altri attinenti all'"ingresso" e all'"uscita" dal rapporto, meno rilevanti in termini di ricostruzione della fonte e della natura della subordinazione, ma certo non meno in termini di attenzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale. Con linguaggio divenuto di moda, potremmo battezzarli come poteri relativi allo svincolo fra rapporto e mercato: da un canto, il potere negoziale, attinente alla scelta del contraente e alla modulazione del contratto, che rigido all'inizio, in ragione della originaria disciplina del collocamento e della preferenza assoluta accordata al contratto a tempo indeterminato e a tempo pieno è stato reso via via più flessibile nel

¹⁰²⁷ V. L. BARASSI, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Milano, 1930, p. 100 ss.; in seguito, ID., *Diritto corporativo e diritto del lavoro*, Milano, 1942, p. 76 ss.

¹⁰²⁸ V. F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Padova, 1936, p. 86 ss.

¹⁰²⁹ S. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; A. LERNER, voce *Potere (Dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 630.

¹⁰³⁰ Il tema dei poteri direttivo e disciplinare del datore di lavoro è strettamente correlato a quello della subordinazione, costituendone l'aspetto attivo, assunto dalla giurisprudenza come indice privilegiato della presenza di un rapporto di lavoro subordinato. E non per nulla questo è ben presente alla dottrina, che ha trovato più facile ricondurre ad una logica contrattuale il potere direttivo (come espressione di una subordinazione tecnico-funzionale) che il potere disciplinare (forma peculiare di autotutela). Se questo è vero dal punto di vista teorico, da quello pratico il *pressing* sul controllo dei poteri datoriali si è esercitato soprattutto sul potere direttivo, ben difficilmente irreggimentabile in un regime procedimentale e sostanziale univoco ed omogeneo.

All'indomani dello Statuto dei lavoratori, il tema è stato oggetto delle Giornate di studio Aidlass (Saint-Vincent, 3-6 giugno 1971), *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, con relazioni di G. Suppiej e L. Spagnuolo Vigorita; cui *adde* L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, ora in *Diritto e valori*, cit., 1985; C. ZOLI, *Subordinazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, 241 ss.

In particolare, con riguardo al potere disciplinare, già G. F. MANCINI, in *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1965, aveva manifestato la difficoltà di ricondurlo al contratto di lavoro, posizione, questa, che si ritrova in L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 1 ss.; mentre per la tesi contrattualista v. C. ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963; M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2002. V. inoltre con riferimento al licenziamento disciplinare M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993. Il potere direttivo si è rivelato meno consono ad un trattamento sistematico unitario tanto che per lo *jus variandi*, M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore - Mutamento di mansioni e trasferimento (art. 2103)*, Milano, 1997, ci offre una rassegna critica delle varie letture dottrinali: manifestazione del potere direttivo; scelta del creditore della prestazione richiesta nell'ambito di obbligazioni alternative; modifica consensuale dell'oggetto del contratto. L'unico lavoro monografico che mi risulti è quello di A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992. Il tema è comunque tornato di attualità in questo secolo: oltre a G. ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del convegno di studi di Venezia, 12 aprile 2002, Milano, 2002, cfr. M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002; U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-Taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 1 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 467; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004.

corso degli ultimi decenni; dall'altro, il potere di recesso, vero e proprio "guardiano" del rapporto, che è stato disciplinato secondo un crescendo regolatorio, continuo, se pur non regolare.

Nel discorso che segue non si terrà conto dei poteri relativi all'ingresso, se non con riguardo all'apposizione del termine, essendo qui in gioco lo stesso "tipo contrattuale", come esemplarmente per il lavoro a progetto; mentre non si potrà prescindere dal potere di recesso. E si procederà con un'ovvia limitazione di campo, cioè con riguardo alla "procedimentalizzazione" ed alla "giustificazione" di tali poteri, senza allargarsi né ai requisiti formali, né ad altri tipi di limiti sostanziali, come quelli relativi alla restrizione della scelta in ragione di un'elencazione di ipotesi escluse (come per il contratto a termine); alla predeterminazione di vincoli temporali (come per l'orario di lavoro), spaziali (come per il distacco), di adibizione a particolari lavori (come per le donne e per i minori), ecc.

La parola passa, ora, ad una panoramica della legislazione, che, facendo di necessità virtù, sarà estremamente sintetica, tale, quindi, da non dar ragione della sua grande complessità e problematicità, ma solo da offrire un'idea della sua direzione di marcia. Panoramica, questa, che verrà articolata su una ricognizione delle "tecniche": la previsione di un procedimento che deve precedere l'esercizio del potere; l'introduzione di un controllo sul "criterio" o sul "motivo", giuridicamente rilevanti per l'esercizio del potere medesimo.

8.2.1. La "procedimentalizzazione".

Percorrendo a ritroso la vicenda della "procedimentalizzazione"¹⁰³¹, essa può essere classificata secondo una triplice variante che, peraltro non sempre si presenta nella sua forma pura: "legale" o "contrattuale", con riguardo alla fonte, legge o contrattazione collettiva; "collettiva" o "individuale", con riguardo al soggetto coinvolto, sindacato o singolo lavoratore; "forte" o "debole" con riguardo all'impatto sul potere del datore: "forte" se serve a costituire un potere *ex novo* o se non esaurisce il controllo su un potere originario, lasciandolo pur sempre soggetto ad un sindacato sul "criterio" o "motivo" del suo esercizio; e, rispettivamente, "debole", se, viceversa, una volta terminato l'*iter*, il potere originario che ne è stato oggetto, può essere esercitato liberamente.

È questa una tecnica ampiamente utilizzata dalla legge. Se ne ritrova un'esemplificazione nello stesso Statuto dei lavoratori, dove è presente come "collettiva" in senso "forte", negli artt. 4 e 6, che, in tema di impianti audiovisivi e, rispettivamente, di visite personali di controllo, prevedono un sistema misto di divieti generali e di eccezioni motivate, rimesse ad una sequenza collettivo-amministrativa che, solo a seguito dell'accordo raggiunto o dell'intervento sostitutivo dell'Ispettorato del lavoro, legittima il datore di lavoro ad introdurre i previsti sistemi di controllo; e come "individuale" in senso "forte", nell'art. 7, che, in materia di sanzioni disciplinari, introduce un procedimento che, una volta espletato, permette al datore di irrogare la sanzione, ma vincolandolo

¹⁰³¹ V. U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1048 ss; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, Milano, 1982; C. ZOLI, *Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Napoli, 1990, p. 379; F. LISO, *Mercato del lavoro: il ruolo dei poteri pubblici e privati nella legge n. 223/1991*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, pp. 3 e ss.; M. MISCIONE, *La "procedimentalizzazione" dei poteri imprenditoriali*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 109 ss.; M. NAPOLI, *I rinvii legislativi e i caratteri dell'autonomia collettiva*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., pp. 165 ss.

Nel senso che nel caso della procedimentalizzazione "la contrattazione collettiva è tecnica di condizionamento dei poteri imprenditoriali e non una tecnica proiettiva sul piano collettivo degli interessi individuali del lavoratore" M. NAPOLI, *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 168.

sia nel “criterio” da seguire per le sanzioni conservative (quello della “proporzionalità” ai sensi dell’art. 2106 c.c.), sia nel “motivo”, tanto per le sanzioni conservative che per quelle espulsive. Per non parlare del fatto che l’eventuale ricorso al collegio arbitrale, comporta la sospensione stessa delle sanzioni, tanto da far parlare del tramonto dell’autotutela del datore di lavoro.

Ed il legislatore continuerà a ricorrere alla procedimentalizzazione “collettiva”, sia pure secondo una casistica variegata. Casistica che riecheggia la variante “forte” negli artt. 5 l. n. 164/1975 e 1 l. n. 223/1991, dove la procedura per la concessione della cassa integrazione guadagni contempla un esame congiunto che precede il provvedimento amministrativo legittimante il potere datoriale di sospensione; nonché negli artt. 4, 5, 24 della l. n. 223/1991 in tema di messa in mobilità/riduzione di organico e di individuazione dei criteri per la scelta dei lavoratori da mettere in mobilità e nell’art. 47 della l. n. 428/1990, in tema di trasferimento d’azienda: ipotesi tutte, queste ultime, dove, una volta esaurita la procedura collettiva, senza realizzare alcuna intesa, il potere del datore resta sindacabile per il “criterio” o per il “motivo” spesi nel suo esercizio. Casistica che ricorda, invece, la variante “debole”, negli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 25/2007, in tema di informazione e consultazione sindacale, dove, una volta espletata la procedura sindacale, senza raggiungere alcuna intesa, il potere del datore resta di regola insindacabile.

A sua volta, la contrattazione collettiva, utilizzerà largamente la tecnica della procedimentalizzazione, come esemplarmente, a partire dalla tornata contrattuale del 1977, in materia di informazioni, consultazioni, esami congiunti.

Ora, l’eventuale inosservanza delle procedure, considerate in sé e per sé, vizia l’esercizio del potere del datore, rendendolo inesistente (art. 4 e 6 St. lav.), nullo (artt. 7 St. lav.), annullabile (artt. 4, 5, 24 l. n. 223/1991), comunque illegittimo (art. 47 l. n. 428/1990; artt. 4 e 5 d.lgs. n. 25/2007; procedure introdotte dalla contrattazione collettiva). Come visto a suo tempo, il sindacato potrà far ricorso a quell’art. 28 St. lav., che costruisce ormai uno strumento di utilizzo generale; mentre il singolo, potrà, di regola, impugnare l’atto del datore, contentandone i vizi procedimentali. Di regola, ma non sempre: la Cassazione lo ha escluso per la procedura relativa al trasferimento d’azienda; e lo si può escludere di massima, per le procedure di informazione e consultazione dei lavoratori introdotte dal d.lgs. n. 25/2007 e dalla contrattazione collettiva.

8.2.2. Il controllo sostanziale sul “motivo” e/o sul “criterio”.

Fermo restando i precedenti – rinvenibili nello stesso codice civile (artt. 2103, 2106 e 2119) del 1942 e nelle ll. n. 860/1950 (licenziamento della lavoratrice madre) e n. 7/1963 (licenziamento per causa di matrimonio) – il punto di decollo del controllo deve esser individuato nella l. n. 604/1966: questa, coi suoi artt. 3 (sul giustificato motivo “soggettivo” ed “oggettivo”) e 4 (sul licenziamento discriminatorio) apre la via al duplice percorso del controllo sui “motivi” e sui “criteri” giuridicamente rilevanti per l’esercizio dei poteri del datore di lavoro: “giustificatorio” e, rispettivamente, “antidiscriminatorio”. Percorso ripreso ed ampliato, da lì a qualche anno dallo Statuto dei lavoratori che, da un canto, con l’art. 7, regola *ex novo* il potere disciplinare e, rispettivamente con l’art. 13, novella l’art. 2103 c.c., disancorando sì lo *jus variandi* dalle “esigenze dell’impresa”, ma ancorando il trasferimento, da un’unità produttiva all’altra, a «comprovate ragioni tecniche organizzative e produttive»; e ricollega alla dichiarazione di inefficacia o invalidità del licenziamento, intimato in unità produttive o imprese al di sopra dei limiti dimensionali previsti, la tutela “reale”. E, d’altro canto, dilata la tutela antidiscriminatoria, con gli artt. 15 e 16.

A questo punto è solo il caso di riepilogare sinteticamente il cammino legislativo del dopo-Statuto. Sul fronte “giustificatorio”, i passaggi rilevanti sono rappresentati dall’art. 1 della l. n. 108/1990, che amplia la tutela “reale” dell’art. 18 l. n. 300/1970 e dall’art. 2, co. 1, 2, 3 che dilata e rafforza la tutela “obbligatoria” di cui alla l. n. 604/1966, nonché dagli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991, che disciplinano la messa in mobilità ed i licenziamenti per riduzione del personale¹⁰³²; dall’art. 1, co. 1 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, che libera l’uso del contratto a termine dal vincolo “casistico” legislativo o collettivo, collegandolo, l’apposizione del termine, a “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” e, rispettivamente, la proroga, a “ragioni oggettive”; dall’art. 20, co. 3 e 4, del d.lgs. n. 276/2003, che giustifica l’utilizzo della somministrazione a tempo determinato per le stesse ragioni previste per il contratto a termine; dall’art. 30, co. 1 e 3, che vincola il distacco ad un interesse “proprio” del datore di lavoro e, rispettivamente, nel caso di un distacco comportante un trasferimento ad unità produttiva distante più di 50 km da quella cui il lavoratore è adibito, lo considera legittimo solo in ragione di “comprovate ragioni tecniche, organizzative e sostitutive”.

Mentre, sul fronte “antidiscriminatorio”, i passi significativi sono costituiti dagli artt. 1 e 3, co. 2 e 13 della l. n. 903/1977, che vietano qualsiasi discriminazione in ragione del sesso nell’accesso al lavoro, nell’attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e nella progressione di carriera; dall’art. 3 della l. n. 108/1990, che ricollega alla nullità del licenziamento determinato da ragioni discriminatorie, ai sensi degli artt. 4 della l. n. 604/1966 e 15 dello Statuto dei lavoratori, la tutela “reale”, a prescindere da qualsiasi limite dimensionale e dall’art. 13 della stessa legge, che novella l’art.

¹⁰³² I licenziamenti hanno costituito un vero e proprio cavallo di battaglia della dottrina, costretta a inseguire una legislazione e giurisprudenza in continua evoluzione. Sui licenziamenti individuali, il punto classico di partenza resta tutt’oggi l’opera di G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I e II, Milano, 1962 e 1965; poi la produzione ha toccato i suoi picchi all’indomani degli interventi del legislatore: dopo la l. n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori v. M. PERSIANI, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO - G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, cit., p. 593 ss.; G. F. MANCINI, *Commento all’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile cit.*, 1972; M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975; M. D’ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982; cui *adde* *Atti delle giornate di studio dell’Aidlass* (Torino, 16-17 maggio 1987), sul tema *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Milano, 1988, con relazioni di M. Dell’Olio e F. Mazziotti; dopo la legge n. 108/1990 v. P. SANDULLI - A. VALLEBONA - C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990; G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali*, Napoli, 1990; F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, Torino, 1991; R. DE LUCA TAMAJO - M. D’ANTONA (a cura di), *Commentario della l. 11 maggio 1990, n. 108*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, p. 133 ss.; F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004; M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia cit.*, 2005. E da ultimo v. la relazione di L. NOGLER alle Giornate di studio Aidlass *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro* (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in www.aidlass.org.

Sui licenziamenti collettivi, dopo la legge 223 del 1991 v. G. FERRARO - F. MAZZIOTTI - F. SANTONI, *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 236 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA - L. GUAGLIONE - F. SCARPELLI, *Commento alla l. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1103; M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla l. n. 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, p. 930; AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19; A. TOPO, *I poteri dell’imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova 1996; G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Milano, 2004; R. SANTUCCI (a cura di), *I Licenziamenti collettivi tra questioni interpretative e nuove regole*, Milano, 2005; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia cit.*, 2006. E da ultimo v. la relazione di M. Ricci alle Giornate di studio Aidlass “Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro” (Venezia 25-26 maggio 2007), pubblicata in www.aidlass.org.

Sui licenziamenti individuali e collettivi v. G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993; O. MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999; *I licenziamenti individuali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005; R. DE LUCA TAMAJO - F. BIANCHI D’URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006.

15 dello Statuto dei lavoratori, estendendone l'ambito ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso; dall'art. 4 della l. n. 125/1991, dall'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998, dall'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, che dichiarano nulli, in un crescendo, gli atti e patti che rechino pregiudizio in ragione del sesso (discriminazioni dirette o indirette), per motivi razziali, etnici e religiosi, per diversi motivi.

Ma non ci si deve lasciar ingannare: la continuità nella modellistica delle "tecniche" di controllo dei poteri datoriali, non nasconde una duplice sostanziale discontinuità rispetto allo Statuto. La prima è stata già ricordata, costituita com'è dalla transizione da un diritto del lavoro imprenditore-centrico ad uno datore-centrico, con a *pendant* una progressiva perdita di primazia del lavoratore a tempo indeterminato e pieno: il d.lgs. n. 368/2001 e i dd.lgs. nn. 61/2000 e 276/2003, "liberalizzano" il ricorso al termine e, rispettivamente, al *part-time*; mentre la l. n. 196/1997 e il d.lgs. n. 66/2003, sia pur nell'ambito di una riduzione dell'orario di lavoro, ne permettono una modulazione ed una flessibilizzazione. La seconda discontinuità riguarda uno spostamento di enfasi e di rilevanza, simmetrico a quello segnalato per il diritto sindacale, cioè verso il controllo giudiziario.

Nel duplice filone, quello "giustificatorio" e quello "antidiscriminatorio", la configurazione di diritti soggettivi pieni e perfetti che si possono far valere di fronte al giudice è fuori discussione. Il modulo è quello classico del diritto privato, cioè di un rapporto, che viene a costituire il "supporto" di posizioni soggettive attive e passive, con una duplice variante, la quale contraddistingue il diritto del lavoro come peculiare. Quantitativa, la prima, data dalla ricchezza di tali posizioni, introdotte *ex lege*; qualitativa la seconda, rappresentata dalla loro tecnica "sanzionatoria".

La ragione è al tempo stesso semplice e nota, essendo alla base della nostra materia, cioè l'implicazione della persona del lavoratore, che chiama in causa tutta una serie di valori costituzionalmente garantiti, destinati a "penetrare" nel rapporto attraverso una mediazione legislativa, divenuta col tempo sempre più diffusa ed intensa. Questo, però, risponde ad una tendenza generale, non esclusiva *del*, se pur elettiva *per il* contratto di lavoro subordinato, con una dilatazione ipetrofica della sua etero-regolamentazione, di per sé non tale da portarlo al di fuori del diritto privato; come non avviene per altri rapporti come per quelli di locazione e del consumatore in generale. Il problema non concerne tanto la quantità, ma la qualità della tecnica utilizzata; cosa, questa, che rende necessario ripartire dalla distinzione fra filone "giustificatorio" e "antidiscriminatorio".

8.2.2.1. Il filone "giustificatorio".

È questo il filone più importante, non solo da un punto di vista pratico, ma anche teorico, dato che il controllo esercitato può sconfinare in un sindacato di merito sulla libertà di iniziativa economica del datore di lavoro.

8.2.2.1.1. Il controllo sul motivo.

L'esempio classico è dato dal recesso, con riguardo non tanto al licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, riconducibile ad un inadempimento; quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ricollegabile ad un fattore economico-produttivo. E proprio quest'ultimo è venuto a costituire il modello di riferimento del licenziamento per riduzione del personale, del ricorso al contratto a termine, del trasferimento del lavoratore, del distacco. Ora – senza pretendere di entrare in un dibattito che ha fatto versare il classico fiume d'inchiostro –

fin dall'inizio ha pesato quel che costituisce il vero e proprio punto di non ritorno, oltrepassato il quale ci si lascia alle spalle l'autonomia privata, cioè la "funzionalizzazione" dell'impresa", come demonizzata da Gustavo Minervini in un saggio del 1961¹⁰³³. Si può dire che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie abbiano fatto quadrato al riguardo; e – a prescindere dal caso significativo ma peculiare della c.d. privatizzazione del pubblico impiego – ne costituisce un ultimo significativo esempio il fatto che lo stesso esercizio del potere disciplinare nei confronti dei lavoratori scioperanti in violazione dei limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, così come accertati dalla Commissione di garanzia, sia stato ricondotto nell'ambito del regime comune, escludendosi che possa considerarsi "funzionalizzato".

Il discorso, però, merita un approfondimento. La dottrina ha teorizzato una linea difensiva basata sulla distinzione fra limiti interni ed esterni, condivisibile solo a condizione di intenderla correttamente¹⁰³⁴. Come noto, per limiti interni si intendono quelli attinenti al "perché" il potere viene esercitato e per limiti esterni, quelli riguardanti il "come": sia il "perché" che il "come" sono quelli e solo quelli giuridicamente rilevanti.

Ora il ragionamento classico, con cui si ricostruisce il *modus operandi* di un potere datoriale che deve essere "giustificato", distingue fra una scelta organizzativa a monte ed una scelta gestionale (relativa al rapporto di lavoro) a valle, con una diversa conseguenza in termini di controllo giudiziario.

Il controllo della scelta organizzativa a monte è limitato alla *effettività*, senza potersi spingere oltre; interpretazione, questa, che trova oggi una puntuale conferma negli artt. 27, c. 3, 69, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, che, a proposito del sindacato del giudice sui presupposti causali della somministrazione e del lavoro a progetto, lo limita "esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'esistenza" di tali presupposti, "e non può essere spinto fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano" al committente e, rispettivamente, all'utilizzatore. E che il discorso sia sistemantico, e non casistico, relativo ai casi richiamati, lo testimonia ampiamente l'espressione "in conformità ai principi generali dell'ordinamento", che rinvia implicitamente all'art. 41 c. 2 Cost. e alla legislazione giuslavoristica; anche se di per sé l'espressione in parola non è in grado di elevare a principi generali quelli che non siano tali in ragione dell'*analogia iuris*.

Mentre, il controllo della scelta gestionale a valle, attiene alla *relazione causale* con la scelta organizzativa a monte; con una precisazione, che, cioè, la ricostruzione della relazione *sub specie* di "causalità", deve essere retta intesa. La scelta organizzativa è causa "finale", non

¹⁰³³ G. MINERVINI, *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, III, Padova, 1961, p. 23 ss.

¹⁰³⁴ La distinzione tra limiti interni e limiti esterni è stata valorizzata dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento al diritto di sciopero, per determinarne l'ambito con riguardo al titolare, al modo e allo scopo e rispettivamente al rapporto con altro diritto costituzionalmente tutelato: v. F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, cit. Parte autorevole della dottrina sostiene che i limiti posti ai poteri del datore di lavoro sarebbero solo esterni, (v. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità* cit.; O. MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, pp. 583 e ss.); ed in particolare lo sarebbero quelli relativi al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, p. 90 e 153 e ss.). In senso diverso, ma che non pare sconfinare in un sindacato sulla scelta a monte del datore di lavoro, P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p.473 ss., che porta il discorso sul piano di un calcolo economico del costo sopportato dal datore in caso di mantenimento e licenziamento del lavoratore, e E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi* cit., 2006, che fa ricorso a una nozione estensiva di correttezza e buona fede; mentre pare sconfinare, M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato* cit.

“efficiente”, sì da “giustificare” non produrre quella gestionale; e da giustificarla come *una* scelta “compatibile” (secondo ragionevolezza), non come *la* scelta “ottimale” (secondo razionalità e proporzionalità).

Solo che, dovendo la scelta gestionale riuscire giustificata in base a tale relazione causale, è certo soggetta ad un limite interno, essendo il suo “perché” giuridicamente rilevante costituito proprio dalla relazione in parola. Coerentemente l’onere della prova è a carico del datore e la sanzione è quella dell’invalidità dell’atto per carenza della “giustificazione”: annullabilità, nel licenziamento per giustificato motivo obiettivo, per mancanza sia di “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso” (art. 3, l. n. 604/1966); sempre annullabilità, nel licenziamento per riduzione del personale, per mancanza di una “riduzione o trasformazione di attività o di lavoro” (art. 24, co. 1, l. n. 223/1991); nullità del trasferimento, in assenza delle “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive” (art. 2103, co. 1 c.c.); nullità del distacco non fondato su un interesse “proprio” del datore di lavoro o implicante il trasferimento ad una unità produttiva situata ad oltre 50 km dalla originaria sede di lavoro, in assenza di “comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive” (art. 30, co. 1 e 3, d.lgs. n. 276 /2003); nullità dell’apposizione del termine nel contratto di lavoro e nella somministrazione, in assenza delle “ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo” (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368/ 2001) e, rispettivamente, di “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferite all’ordinaria attività dell’utilizzatore” e (20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003); nullità della proroga del termine in carenza di “ragioni oggettive” (art. 4, d.lgs. n. 368/2001).

Ora, a prescindere dai ricorrenti tentativi operati sia per sfondare il tetto costituito dalla insindacabilità della scelta organizzativa a monte sia per dilatare l’ambito della sindacabilità della relazione causale fra scelta organizzativa e gestionale; proprio quella appena delineata costituisce la intelaiatura di base su cui la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria declinano le varie formule usate dal legislatore. Dando atto che, poi, tale declinazione comporta per ogni ipotesi una problematica specifica, anche se c’è una tendenziale coincidenza fra le espressioni utilizzate dalla legge, ci si può limitare a segnalare come a proposito del licenziamento per riduzione del personale, la giurisprudenza tenda a limitarsi alla verifica dell’osservanza della procedura, al cui interno viene ricondotto anche il *repechage*, sotto forma di assenza di alternative (c.d. acausalità del licenziamento collettivo)¹⁰³⁵, per concentrarsi sull’utilizzazione dei criteri di scelta; mentre parte autorevole della dottrina, riconducendo ad uno stesso *genus* il licenziamento per giustificato motivo obiettivo e il licenziamento per riduzione del personale, in base alla comunanza delle ragioni

¹⁰³⁵ Secondo una delle più recenti, Cass. 23 marzo 2004, n. 5794, in *Not. giur. lav.*, 2004, n. 5, p. 676, l’istituto del licenziamento collettivo ha rilevanza “esclusivamente procedimentale, di modo che il sindacato giudiziale” può svolgersi “soltanto sull’osservanza degli obblighi procedurali” (per una ricca rassegna, G. SPINELLI, *Profilo causale dei licenziamenti collettivi e ruolo della procedura sindacale*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 362, nota n. 28). Conformi L. SPAGNOLO VIGORITA, Commento all’art. 24, in, p. 1112; M. PERSIANI, *I licenziamenti collettivi nella riduzione del personale nella l. n. 223/1991: le procedure*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, p. 2112.

La dottrina maggioritaria è schierata in senso contrario: prima, in base alla tesi che tutti i licenziamenti fossero, comunque, individuali (G. GIUGNI, intervento, in *Aidlass, I licenziamenti nell’interesse dell’impresa* cit., p. 100; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; p. 258); poi, in forza della teoria della “consustanzialità” tra licenziamento per g.m.o. e licenziamento collettivo (M. NAPOLI, voce *Licenziamento*, in *Digesto disc priv.*, Sez. comm., Torino, 1993, p. 93; R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *Quad. dir. lav. rel. Ind.*, 1997, p. 99 ss.; U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p.213 ss.; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale: fra licenziamenti individuali e collettivi* cit., p.117 ss.

giustificatrici – con ad unico *distinguo*, il dato numerico e spaziale/temporale – concluda per una comune causalità.

8.2.2.1.2. Il controllo sul “criterio”.

Da un punto di vista concettuale è possibile distinguere, anche quando coesistano, fra limiti riguardante i “motivi” e quelli riconducibili ai “criteri”, utilizzati in senso assoluto o comparativo. Così nel caso dell’esercizio del potere disciplinare, la sanzione applicata deve essere non solo fondata su un inadempimento, ma anche proporzionata alla sua gravità (senso assoluto); e nei casi della messa in mobilità e del licenziamento per riduzione del personale, una volta che i rispettivi requisiti causali risultino soddisfatti (ma qui, come visto, rileva la tesi della c. d. “acausalità” dei licenziamenti per riduzione del personale, fatta propria dalla Cassazione), i recessi devono avvenire nel rispetto delle “esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale” – declinate secondo i criteri *ex contractu* o/e *ex lege*¹⁰³⁶ (senso comparativo).

Un *pendant* è riscontrabile in quella contrattazione collettiva che è venuta a disciplinare le promozioni. In prima battuta la Cassazione aveva creduto di poter ricostruire le posizioni soggettive lese in termini di “interessi legittimi di diritto privato”, sulla linea di autorevole contributo privatistico¹⁰³⁷. Ma poi si è assestata sulla linea classica, condivisa dalla dottrina giuslavoristica, che ritiene di individuare non “interessi legittimi”, ma diritti strumentali contrapposti ai diritti finali: relativi, i primi, allo svolgimento del processo selettivo; riguardanti, i secondi, il conseguimento del risultato utile di tale processo¹⁰³⁸.

Ora pare che il controllo sul “criterio” si risolva in un limite “esterno”, perché qui il vincolo, in sé e per sé considerato, riguarda non *il perché* della scelta gestionale, ma *il come* della selezione di coloro che ne sono destinatari. Tanto è vero che – nel caso di una selezione rivelasi illegittima ai fini di una messa in mobilità o di licenziamento per riduzione del personale – il datore può procedere nei confronti di altrettanti lavoratori, quanto sono quelli riammessi in servizio.

8.2.2.2. Il filone “anti-discriminatorio”.

Il filone “antidiscriminatorio” è quello che si è venuto più ingrossando nel corso del tempo, con un chiaro cambio di segno. L’art. 4 della l. n. 604/1966 considera discriminatorio il licenziamento

¹⁰³⁶ Con riguardo specifico al tema dei criteri v. F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p.319; R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 775; F. LUNARDON, *Il licenziamento per riduzione del personale: presupposti e criteri di scelta dei lavoratori*, in *Giur. piemontese*, 1993, p.7; L. CASTELVETRI, *I criteri di scelta nelle riduzioni di personale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 497 ss; R. DEL PUNTA, *L’ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 566; S. LIEBMAN, *I criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2002, 820;

¹⁰³⁷ Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro. It.*, 1979, I, c. 2548, che con riguardo a promozioni effettuate con procedure selettive di origine pattizia, chiamava in causa la figura dell’interesse legittimo nel caso di promozioni discrezionali (promozioni per scelta) e la correttezza e buona fede nel caso di promozioni vincolate nei modi e nei termini sì da mettere capo a veri e propri obblighi (promozioni per concorsi privati in senso stretto). Per la figura dell’interesse legittimo nel diritto privato v. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; ID., *Osservazioni minime su “poteri privati” ed interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 259 ss.; cfr. anche, M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 1 ss e 212 ss.

¹⁰³⁸ In questo senso v. O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 188; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, cit.; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

“determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali” e l'art. 15 St. lav. qualifica come discriminatorio ogni patto o atto riconducibile alle stesse ragioni. Ma già nell'aggiornamento successivo di tali articoli, riesce evidente il carattere trainante assunto dal fattore sesso: l'art. 15, ult. comma, St. lav., è esteso dall'art. 13 della l. n. 903/1977 alle ragioni “razziale, di lingua o di sesso”; e l'art. 4 della l. n. 604 /1966 è dilatato dall'art. 3 della l. n. 108/1990 a tutte le ragioni ex art. 15 St. lav., come precedentemente novellato¹⁰³⁹.

Solo che lo sviluppo successivo, centrato sul “sesso” conosce un arricchimento, perchè sullo stesso filone si innesta un indirizzo promozionale delle pari opportunità fra uomo e donna¹⁰⁴⁰. Il tutto è oggi ricomposto nel d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, battezzato come “Codice delle pari opportunità tra uomo e donna”: un testo compilativo, appesantito da un libro I di ben 22 articoli, dedicato ad un sistema operativo ipertrofico (una Commissione e di un Comitato nazionale, Consiglieri nazionali, regionali e provinciali, con relativa rete nazionale, un Comitato per l'imprenditoria femminile), tutto all'insegna di una burocratizzazione partecipata tanto *politically correct* quanto inefficace. Qui, però, interessa il libro III, che sotto il comune titolo “Pari opportunità nel lavoro” dedica i sui capi I, II e III alla “discriminazione” ed il suo IV alla “promozione delle pari opportunità”, tematiche da tenere distinte proprio con riguardo alla loro ricaduta sui poteri del datore di lavoro¹⁰⁴¹.

Dato il carattere compilativo del codice, vengono riprese dalla legislazione precedente, da un lato – in tema di discriminazione – le definizioni di discriminazioni dirette ed indirette, di molestie e di molestie sessuali, nonché i divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro, di discriminazione retributiva, di discriminazione nella prestazione lavorativa, nella carriera, nell'accesso alle prestazioni previdenziali, al divieto di licenziamento per causa di matrimonio; dall'altro – in materia di promozione delle pari opportunità – le azioni positive.

Ora non è mia intenzione scendere, qui, ad un esame di quello che ben può essere considerato un ramo del diritto del lavoro, configurabile nei termini di un sotto-sistema. Mi è sufficiente sottolineare come di massima ci si trovi di fronte, da un canto, al classico bando del “fine discriminatorio”; dall'altro, ad un intervento incentivante delle azioni positive, disciplinate con riguardo alle finalità, ai promotori, ai finanziamenti, ma destinate a rimanere volontarie e temporanee, affidate ad un'iniziativa unilaterale o bilaterale, almeno per il datore di lavoro privato.

L'aver ravvisato un filone anti-discriminatorio non vuol dire dar per scontato un comune regime, se non nel suo nocciolo duro, dell'onere della prova – a carico del lavoratore – e del rimedio sanzionatorio – costituito dalla nullità dell'atto. Ma proprio qui il riferimento prioritario ad un atto appare del tutto insufficiente, essendo assai spesso lo scopo discriminatorio realizzato attraverso un comportamento che non si risolve in un atto. Tant'è che, a fronte di una tutela costruita sulla nullità degli atti o patti (art. 15 St. lav.) e del licenziamento discriminatorio (art. 3 l. 108/1990, la

¹⁰³⁹ Ex plurimis cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole: eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001.

¹⁰⁴⁰ C. SMURAGLIA, (a cura di), *Le discriminazioni di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*, Roma, 2005; S. FABENI, G. TONIOLLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005; D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie e sovrapposte: le transizioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 447 ss.

¹⁰⁴¹ Cfr. P. CHIECO, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 559 ss.; R. SCIOTTI, *Novità legislative in tema di pari opportunità tra uomo e donna*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 337 ss.

legislazione poi confluita nel Codice delle pari opportunità fra uomo e donna ha introdotto la nozione di comportamento discriminatorio in base al sesso; e, come detto, a suo tempo, vi ha posto a guardia dei divieti, dei ricorsi ricalcati sull'art. 28 St. lav., rimedio tagliato a misura proprio di un comportamento, sia nel presupposto che nello strumentario repressivo.

Così, con rispetto al licenziamento discriminatorio, la giurisprudenza di legittimità privilegia la tesi c.d. soggettiva (art. 1345 c.c.), nell'ambito del ricorso al tradizionale strumentario giudiziale, con un onere della prova rimesso ad un esame comparativo riguardante una pluralità di situazioni soggettive o di circostanze di fatto ed una sanzione degradata ad una sanzione di nullità accompagnata dalla tutela reale. Mentre, con riguardo al comportamento discriminatorio in base al sesso, la quasi unanime dottrina fa propria la tesi c.d. oggettiva (artt. 1343, 1344, 1418 c.c.), nel contesto di ricorsi contraddistinti da un onere della prova che, ex art. 40 del Codice, – a fronte di elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori – viene scaricato sul datore di lavoro¹⁰⁴²; e per i ricorsi previsti dagli artt. 37 e 38 possono mettere capo ad un provvedimento che “ordina all'autore del comportamento denunciato, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”.

Un caso peculiare continua ad essere rappresentato dall'art. 16 St. lav., in tema di trattamenti discriminatori ai sensi dell'art. 15, perché non solo l'azione è esperibile sia dai singoli lavoratori, sia dalle associazioni sindacali cui abbiano conferito mandato, ma la condanna è a favore di un “terzo”, consistendo nel pagamento a favore del Fondo pensione dei lavoratori dipendenti di “una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno”.

8.2.2.3. La “tipicità” del controllo.

Non si è mancato di sottolineare come la dottrina abbia giocato ad un “*continuo rilancio*” del controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore, sia cercando di generalizzarlo al di là delle fattispecie legislative previste; sia tentando di renderlo più stringente all'interno di quelle stesse fattispecie. Premetto che la tendenza mi sembra comprensibile, ma non giustificabile: può essere che la ragione profonda di questa mia contrarietà sia una deformazione neo-positivistica; ma l'argomentazione che la supporta è perlomeno meritevole di attenzione. La chiamata in causa dell'art. 41, co. 2 è ricorrente, ma con troppa facilità si dimentica che c'è un co. 1 che precede il co. 2; e l'inveramento di quest'ultimo rimane compito del legislatore: non è un fatto formale, ma sostanziale, di un “compromesso” fra due principi, che il Parlamento deve realizzare ed il Giudice delle leggi sindacare, secondo il fondamentale criterio del temperamento degli interessi in gioco. Interessi, fra l'altro, che non sono meramente individuali, come se tutto si risolvesse in un confronto fra singolo imprenditore e singolo lavoratore; ma generali, cioè tali da richiedere un bilanciamento fra sviluppo del sistema e regime garantista, fra chiusura agli *insiders* ed apertura agli *outsiders*.

¹⁰⁴² Cfr. T. TREU, *Commento all'art. 1*, in T. TREU (a cura di), *Legge 9 dicembre 1977, n. 903 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, p. 795 ss. e 822; S. SCARPONI, *Il giudice e il divieto di discriminazione*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 235 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 214 ss.; E. GHERA, *Azioni positive e pari opportunità*, in *Giorn. dir. lav. rel. Ind.*, 1995, p. 17 ss.; R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *Atti del XI Convegno Aidlass*, Milano, 1996, p. 35 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Molestie sessuali sul lavoro. Fattispecie giuridica e tecniche di tutela*, Padova, 2000, pp. 99-104.

D'altronde una giustificazione ad una "supplenza interpretativa" in chiave costituzionale ci sarebbe se mancasse una nutrita ed articolata legislazione *ad hoc*. Ma così non è; e trattasi di una legislazione che interviene su dei poteri che, scaturenti dal contratto o dal rapporto, si debbono ritenere liberi nella forma e nella sostanza, nei limiti derivanti dalla loro fonte costitutiva: gli ulteriori limiti *ex lege* devono essere interpretati nei modi e termini consentiti dai criteri ermeneutici generali, tanto più che risultano posti da norme imperative ed assistiti dalla sanzione dell'invalidità, di norma *sub specie* di nullità.

Risulta, peraltro improprio il ricorso a presunti principi generali dell'ordinamento o del diritto del lavoro, quali quelli della parità di trattamento o della razionalità e della proporzionalità¹⁰⁴³. Come noto, il principio della parità di trattamento può essere declinato in positivo e in negativo: nel primo senso, trova riscontro nel nostro diritto del lavoro, a cominciare dalle ll. nn. 1369/1960 e 230/1962, che lo hanno introdotto, sotto forma di parità di trattamento economico per dipendenti dell'appaltatore negli appalti intro-aziendali e, rispettivamente, per i lavoratori a termine; nel secondo senso, ha una valenza anti-discriminatoria, come nell'ipotesi tipica della parità uomo/donna¹⁰⁴⁴.

Ogni sforzo, ispirato dal pensiero privatista e condotto con prevalente richiamo a principi costituzionali (artt. 3, co. 1 e 36) è rimasto largamente minoritario: significativo è il percorso iniziato da C. cost. n. 103/89¹⁰⁴⁵ e, in un primo momento, recepito dalla Corte di Cassazione¹⁰⁴⁶, circa l'esistenza di un obbligo di parità di trattamento, sindacabile secondo ragionevolezza, con riguardo non solo all'esercizio dei poteri datoriali, ma anche al contenuto dei contratti collettivi; ma, subito dopo, disatteso da quella stessa Corte, con l'esclusione di un tale obbligo, in quanto lesivo della libertà d'impresa e della libertà sindacale. Ed, a sua volta, il tentativo di dedurre dalla legislazione e dalla casistica giurisprudenziale una applicazione dei criteri di razionalità e di proporzionalità può risultare interessante; ma quand'anche il suo riscontro rispetto alle singole ipotesi considerate dovesse considerarsi non solo suggestivo, bensì persuasivo, non se ne potrebbe dedurre alcuna conclusione di carattere generale.

Diverso discorso vale per la spendita, specie da parte della dottrina, di categorie civilistiche come l'abuso di diritto¹⁰⁴⁷ o la clausola generale di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. Anche qui il debito nei confronti della dottrina privatistica è cospicuo, anche se non sempre contratto correttamente, perché forzato oltre al limite originario, per ottenere così un *plus* di

¹⁰⁴³ A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 1 ss.

¹⁰⁴⁴ In generale, sul principio di parità v. L. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Padova, 1970; L. VENTURA, *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984. In particolare, con riguardo alla parità di trattamento tra i lavoratori, v. M. TREMOLADA, *La parità di trattamento fra i lavoratori*, in F. CARINCI (coordinato da), *Diritto del lavoro. Commentario*. Vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, Torino, 2007, vol. II; e alla parità uomo-donna, M. BARBERA, *Discriminazioni e uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

¹⁰⁴⁵ C. cost. 9 marzo 1989, n. 103, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, p. 389, con nota di G. PERA, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, e U. NATOLI, *La Corte Costituzionale e la parità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, p. 7 ss.

¹⁰⁴⁶ Cass. 9 febbraio 1990, n. 947, e Cass. 8 marzo 1990, n. 1888, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, pp. 380 ss. e 947 ss.

¹⁰⁴⁷ V. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss e ora *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, e R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001. Da ultimo, per il ricorso a questa figura nel nostro diritto M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato* cit., p. 119 e 120, e nota 67.

controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri imprenditoriali. Non è qui possibile scendere al particolare, se non per segnalare quel che dovrebbe risultare ovvio con riguardo all'abuso di diritto: qualificare l'esercizio di un potere come non *secundum ius* richiede previamente di delinearne lo spettro, né riducibile né ampliabile solo in forza di battezzarlo come abuso. Meno ovvio, ma tuttavia ribadito dalla maggioranza della dottrina privatistica e lavoristica, è il dato che la correttezza e la buona fede non possono essere utilizzate per costituire *ex novo* obblighi e limiti, ma solo per integrare gli adempimenti di quelli già esistenti¹⁰⁴⁸.

8.2.2.4. La "peculiarità" del sistema sanzionatorio.

Molto è stato detto finora sul sistema sanzionatorio con riguardo all'uso ingiustificato e discriminatorio dei poteri del datore di lavoro, sicché quel che segue deve essere integrato con quanto ricordato in precedenza. Ora, non v'è dubbio che il diritto del lavoro presenta la "peculiarità" di un sistema sanzionatorio, esteso ed articolato¹⁰⁴⁹. Può dirsi esteso, per il carattere riconosciutogli di sistema costituito di disposizioni inderogabili o, comunque inderogabili, secondo un *continuum* che procede dalla legge alla contrattazione collettiva¹⁰⁵⁰: un *continuum* tendenzialmente

¹⁰⁴⁸ La dottrina privatistica si è dedicata largamente al tema della buona fede, con continuità: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti: dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003; A. D'ANGELO - P. G. MONATERI - A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006. I contributi più citati dalla dottrina giuslavoristica, favorevole ad una interpretazione restrittiva della clausola di buona fede sono A. DI MAJO, *Limiti ai poteri*, cit.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.

Nella dottrina giuslavoristica il dibattito è stato chiaramente influenzato dalla elaborazione privatistica: v. in *primis* Giornate di studio Aidlass (Pisa 14 giugno 1985), *Il principio di buona fede*, Milano, Giuffrè, 1987. Per un'interpretazione "restrittiva" della clausola di buona fede, sia pur con una diversa modulazione: O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati*, cit.; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 135; L. CASTELVETRI, *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriale e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, 453 ss; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999; L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro; diffidenza e proposte dottrinali*, in *Riv. rel. ind.*, 2001, 2, p. 237 ss. Mentre per una interpretazione "estensiva", ma con una differente graduazione: P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 870; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore* cit.; VISCOMI A., *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997; L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 3, p. 723 ss; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 18 ss.

¹⁰⁴⁹ *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di diritto del lavoro (1-3 giugno 1978), Milano, 1979; A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003. Per le sanzioni penali v. ora N. MAZZACUVA - E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007.

¹⁰⁵⁰ Stando alla nota tesi di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, l'inderogabilità costituirebbe una caratteristica naturale – come tale accompagnata da una rigida presunzione – della normativa lavoristica. Il che resta vero in linea di principio, ma deve scontare tutta l'evoluzione del trentennio successivo, caratterizzata dall'emergere di un diritto "riflessivo" (con una delega a pro di un'amministrazione partecipata e di una contrattazione collettiva, con un'apertura finale alla stessa contrattazione individuale) e di un diritto "premiante" (con la trasformazione del classico obbligo in onere per il conseguimento di risorse pubbliche, normative o finanziarie).

Comunque, sulla persistenza dell'inderogabilità quale tratto tipico tuttora caratterizzante il diritto del lavoro cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche del diritto del lavoro*, Padova, 2006, cap. I. v. nota 13. Mentre, per una rivisitazione del principio dell'inderogabilità, v. L. CASTELVETRI, *La flessibilità del lavoro e le funzioni delle discipline giuslavoristiche*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 9 ss. C. ROMEO, *L'inderogabilità del diritto del lavoro tra crisi e nuove prospettive*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 198 ss. C. PISANI, *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 67 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 359 ss.

gerarchico, ma con riserve e rinvii ormai divenuti tali da renderlo composito ed intrecciato; può considerarsi *articolato*, per il ricco strumentario di sanzioni penali, amministrative e civili, che, peraltro rivela un *trend* continuo, se pur non regolare, con le sanzioni penali che cedono il passo a quelle amministrative, e le sanzioni civili negative che danno spazio a quelle positive.

Per restare alle sanzioni civili, quelle “negative” (che retribuiscono negativamente un’azione *contra legem*) sono largamente debitorie del libro IV del codice, ma non senza un suo aspetto peculiare¹⁰⁵¹: la sanzione principe della nullità degli atti o patti trasgressivi risulta “attenuata” proprio dalla stessa natura del rapporto. *Durante la sua vita*, deve scontare, anzitutto, la incoercibilità degli obblighi del datore di lavoro, sì da aversi, in difetto di sanzioni penali o amministrative, solo la risarcibilità dei danni conseguenti, che la giurisprudenza di merito ha cercato di curvare a finalità punitiva (*penal damages*) o costrittiva (*astreinte*), ma la Suprema Corte ha riportato alla sua funzione risarcitoria, assoggettandola, in tema di declassamento, all’onere della prova per l’*an* e per il *quantum*; poi, comunque, il decorso della prescrizione circa i diritti maturati, laddove vige un regime di stabilità reale. E, *dopo la sua conclusione*, deve confrontarsi con la speciale disciplina offerta per le rinunzie e le transazioni dall’art. 2113, che sottopone una loro eventuale impugnativa ad un termine di decadenza di sei mesi dalla data della cessazione del rapporto o delle rinunzie e transazioni intervenute successivamente. Certo, sempre nel corso del rapporto, esiste la possibilità di far ricorso all’*exceptio inadimplendi contractus*¹⁰⁵² o alle dimissioni per giusta causa o giustificato motivo, ma il primo mezzo è rischioso ed il secondo è tale da implicare la perdita del posto di lavoro, sì da risultare una specie di *extrema ratio*, tale da richiedere una notevole forza psicologica od economica.

Questo in generale. Ma passando ad un esame più puntuale c’è da segnalare la peculiare disciplina del recesso, perché, qui, la sanzione degrada sempre ad una annullabilità, assoggettata ad un termine di decadenza, sia pure soddisfabile anche in via stragiudiziale; con un *distinguo*, peraltro, in tema di risarcimento del danno patrimoniale, perché, nel licenziamento ingiustificato, varia a seconda che sia applicabile la tutela obbligatoria o quella reale; mentre nel licenziamento discriminatorio, è sempre applicabile la tutela reale.

Del tutto peculiare è, poi, il modo con cui il diritto del lavoro declina gli artt. 1419 (nullità parziale) e 1424 (conversione del contratto nullo): circa il primo, sotto un profilo quantitativo, perché quanto ivi previsto come eccezione dal co. 2, cioè la sopravvivenza del contratto “quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”, viene a costituire la regola in una materia caratterizzata dall’assoluta prevalenza di siffatte norme; circa il secondo articolo, perché il rilievo ivi dato alla presunta volontà delle parti non viene a trovare riscontro nella nostra

¹⁰⁵¹ Sul tema vedi, per la dottrina privatistica: F. D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; N. IRTI, *La nullità come sanzione*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 541 ss; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993 (ma ora 2003); per quella lavoristica: E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso, cit.; ID, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 633 ss; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995; L. MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, pp. 3 ss.

Per un dialogo a più voci v. S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.

¹⁰⁵² Per una ricostruzione sistematica dell’*exceptio inadimplendi contractus* nel diritto del lavoro v. V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., pag. 119 ss.

materia¹⁰⁵³. A dire il vero è usuale parlare di “conversione” in senso generale e atecnico, per comprendere tutte le ipotesi in cui il legislatore intende comunque far sopravvivere il rapporto, riconducendolo al tipo elettivo di un datore di lavoro/utilizzatore, senza distinguere fra nullità e conversione. Così, prescindendo dalle ipotesi riconducibili alla carenza di forma¹⁰⁵⁴, la si usa nei casi di somministrazione e distacco vietati e di appalto non genuino (conversione giudiziale, con la costituzione del rapporto a capo dell'utilizzatore); di omessa individuazione dello specifico progetto, programma di lavoro, o fase di esso, nel lavoro a progetto (conversione giudiziale, con costituzione di un rapporto di lavoro subordinato); di apposizione ingiustificata del termine e di continuazione del rapporto per più di venti/trenta giorni, nel contratto di lavoro e nella somministrazione, nonché per proroghe illegittime e per successioni di contratto vietate, nel contratto di lavoro a tempo determinato (conversione legale, con la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, peraltro con diversa decorrenza a seconda delle ipotesi); di mancanza o indeterminatezza della durata della prestazione nel lavoro a *part-time* (conversione giudiziale, con la costituzione del rapporto a tempo pieno).

Naturalmente la tutela più efficace è quella assicurata dall'art. 28 St. lav., per la sua estendibilità a comportamenti pluri-offensivi; nonché dagli artt. 150, co. 2, del Codice in materia di protezione dei dati personali, 37 e 38 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, ricalcati su quel modello. Ma, questa, resta tale da lasciare gran parte delle trasgressioni del datore alle classiche sanzioni civili dell'invalidità degli atti e della risarcibilità dei danni conseguenti; e non per nulla come si vedrà -l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più “creativa” dell'ultimo trentennio ha avuto come oggetto la tutela risarcitoria, messa al servizio di tutta una nuova generazione di diritti costituzionali persona-centrici, se pur col rischio di esporsi alla critica di una “monetizzazione”. La regola principe di una politica del diritto riformista è la stessa di quella di una buona cuoca, fare il meglio di quegli ingredienti di cui dispone, molti o pochi che siano.

Altro discorso vale per le sanzioni civili “positive” (le quali retribuiscono positivamente un'azione *extra legem*, ma privilegiata dal legislatore) che hanno trovato proprio nel nostro diritto un terreno elettivo, facendo leva sulla messa a disposizione di “risorse pubbliche”: un primo filone riguarda l'estensione dell'ambito di efficacia del contratto collettivo di diritto comune, promossa dall' art. 36 St. lav. e dalla disciplina in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali; un secondo, l'utilizzazione di un certo tipo contrattuale, incentivata da una politica di sconti “economici” e “normativi”, quale ripresa e rilanciata dal d.lgs. n. 276/2003. Questo riesce pienamente in linea con quella che dovrebbe essere la strategia generale di uno Stato, consapevole del duplice vincolo costituito dal mercato globale e dall'ordinamento comunitario: non “programmatore”, ma “regolatore”, con un uso calibrato del freno, rappresentato da una legislazione “repressiva” e dell'acceleratore, rappresentato da una “premiale”. Se si vuole, il meno freno ed il più acceleratore

¹⁰⁵³ Anche qui il dialogo fra dottrina privatistica e lavoristica è stato intenso: v. L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 528; G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, Roma; V. FRANCESCHELLI, *Conversione del negozio nullo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, IV, 1089, p. 376.; e, rispettivamente, v. G. FONTANA, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, p. 339; A. VALLEBONA, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 835 ss.

¹⁰⁵⁴ Le problematiche connesse al vincolo di forma sono sistematicamente affrontate da M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005.

corrisponde allo “spirito” del diritto privato, con una libertà d’impresa liberata da lacci e laccioli, ma costretta ad un calcolo di “ecomicità” corretto dall’intervento pubblico.

9. L’ “influsso” esercitato dal diritto civile in materia di privacy e danno.

A prescindere dal fatto che – oltre al lessico “particolare” del libro V – è quello “generale” dei libri I, IV, VI del codice del ’42 ad esser usato, nel parlato e nello scritto, dal giuslavorista, sicché sarebbe possibile considerare il rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro paragonabile a quello fra il latino ed una lingua romanza, l’influsso esercitato dal diritto privato sul diritto del lavoro è continuo ed incisivo¹⁰⁵⁵. Il che viene a trovare puntuale riscontro nella giurisprudenza e nella dottrina che hanno fatto e fanno ricorso a principi, criteri, istituti tipicamente privatistici, così come anticipati ed elaborati dalla magistratura civile e dalla scienza civilistica. Questo è un “fatto notorio” su cui non è il caso di soffermarsi, se non con riguardo a due profili, entrambi riconducibili al crescente rilievo assunto dalla tutela della salute e della dignità della persona in quella che ben può essere definita come una nuova primavera costituzionale¹⁰⁵⁶.

9.1. La privacy.

Il cammino della dottrina privatistica per approdare al c.d. diritto alla *privacy* è stato lungo e complesso, percorso all’interno di quello più generale relativo all’ampliamento della gamma ed al rafforzamento della tutela dei diritti della personalità, con a referente principe l’art. 2 cost. Come ovvio, tale cammino ha risentito dello stato della tecnica e della scienza giuridica, cioè dell’evolversi della prima dalla fase della stampa/fotografia a quella dell’*information technology* e dello svilupparsi della seconda dall’attenzione esclusiva per codice a quella prioritaria per la costituzione¹⁰⁵⁷.

Occorre, sottolineare, però, che almeno qui il diritto del lavoro è stato assai pronto a raccogliere lo spunto, sì da finir per giocare un ruolo di avanguardia. Già nell’ultimo scorcio degli anni ’60, la dottrina era venuta ad escludere un potere di controllo del datore di lavoro su aspetti della vita del lavoratore irrilevanti rispetto alla corretta esecuzione del rapporto; sia un obbligo precontrattuale di informazione circa fatti o circostanze irrilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale¹⁰⁵⁸. E, di lì a poco, lo Statuto dei lavoratori – prima legge italiana ad utilizzare il

¹⁰⁵⁵ V. G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit.

¹⁰⁵⁶ Sull’implicazione della “persona” nel contratto di lavoro e la conseguente esigenza di “spersonalizzazione” del rapporto cfr. M. BESSONE - G. FERRANDO, *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1983; L. DE FELICE, *La tutela della persona del lavoratore (la giurisprudenza sugli artt. 1, 2, 3, 5, 6, 8)*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 6, p. 111 ss.; A. GARILLI, *Tutela della persona e della sfera privata nel rapporto di lavoro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, p. 321 ss.; M. MAGNANI, *Diritti della persona e contratto di lavoro. L’esperienza italiana*, in *AA.Vv.*, *Diritti della persona e contratti di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 15, p. 47 ss.; M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, pp. 309, ss; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 195 ss.

¹⁰⁵⁷ Senza alcuna pretesa di esaurire la amplissima bibliografia privatista in materia mi limito a ricordare DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1983; M. BESSONE - G. GIACOBBE, *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia: due esperienze a confronto*, Padova, 1988, G. GIACOBBE, voce *Riservatezza*, in *Enc. dir.*, 1989; S. RODOTÀ, *Privacy e costituzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 521 ss.; B. MARKESINING - G. ALPA, *Il diritto alla privacy nell’esperienza di common law e nell’esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 417 ss.

¹⁰⁵⁸ Nel primo senso v. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, e U. ROMAGNOLI, *Sulla rilevanza della reticenza del prestatore di lavoro*, in *Giur. it.*, 1970, p. 1066 ss.

termine “riservatezza” – interverrà coi suoi art. 4 e 6 (ma anche 5 sugli accertamenti sanitari), nonché col suo fondamentale art. 8, in tema di divieto di indagini sulle opinioni a contenuto più ampio ed indefinito: così rafforzando ed estendendo la tutela della riservatezza nel rapporto di lavoro, che proprio qui rimane, al tempo stesso, più esposta a rischi e più bisognosa di contemperamenti, in ragione dell’implicazione della persona stessa del lavoratore; ma non attribuendo una copertura maggiore di quella riconosciuta al cittadino¹⁰⁵⁹.

La successiva l. 31 dicembre 1996, n. 675 – ora sostituita dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, contenente il Codice in materia di protezione dei dati personali – non si è posta nei confronti dello Statuto in termini di sovrapposizione né, tanto meno di contrapposizione: tra le due normative è ravvisabile una relazione di continenza, concettuale e giuridica¹⁰⁶⁰. Ed entrambe sono parse in grado di inserirsi, in prima battuta, nella responsabilità contrattuale *ex art. 1218* o *ex art. 2087 c.c.*, ed, in seconda battuta, nella responsabilità extracontrattuale *ex art. 2050 c.c.*, nell’ambito di quello che è stato descritto come un micro-sistema di responsabilità civile.

Anche qui, in materia di protezione della riservatezza c’è un’*authority*, il Garante che vanta l’usuale serie di competenze autorizzatorie, normative, paragiurisdizionali, nonché sanzionatorie (qui peraltro applicate in prima persona), con una tutela rafforzata dalla sanzione penale in alcuni ipotesi, di cui qui interessa segnalare quella mancata osservanza dei decreti emanati dallo stesso Garante a fronte di un ricorso per violazione del diritto di accesso ai dati personali ecc. (artt. 8, 150, co. 1 e 2, e 170 d.lgs. n. 196/2003)¹⁰⁶¹.

9.2. Il danno.

Se c’è un settore in cui il debito contratto nei confronti della dottrina privatistica e della giurisprudenza civile appare indubbio è quello del risarcimento del danno, strumento sanzionatorio da sempre elettivo nei rapporti interprivati, ma nobilitato nell’ultimo trentennio dall’essere stato assunto a canale di penetrazione nel diritto civile del valore costituzionale primigenio, quello della persona, punto di emersione dello *ius in natura positum* nell’ordinamento statuale. Ed è sufficiente un semplice *flash* per metterlo in luce, con un diritto del lavoro che procede a “traino”, rivelandosi terreno ideale per lo stretto coinvolgimento della persona del lavoratore; ma che, proprio per questo, acquisisce col tempo un suo moto inerziale, capace di farlo primeggiare nella moltiplicazione delle fattispecie giustificative e delle conseguenze risarcitorie. Un diritto, però, non sempre consapevole che il suo carattere peculiare lo costringerebbe ad un “compromesso”, pur alto, fra il rischio specifico cui la persona del lavoratore è esposta ed il funzionamento fisiologico del contesto in cui opera.

¹⁰⁵⁹ V. P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nei rapporti di lavoro*, Milano, 1979; R. DE LUCA TAMAJO - R. IMPERIALI D’AFFLITTO - C. PISANI - R. ROMEO, *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1989; A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995; E. GRAGNOLI, *L’informazione nel rapporto di lavoro*, cit.

¹⁰⁶⁰ Sull’applicazione della legge n. 675 del 1996 v. P. CHIECO, *Privacy e lavoro: la disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Bari, 2000; M. P. AIMO, *Privacy, libertà di esperienze a confronto e rapporto di lavoro*, Napoli, 2003, AA.Vv., *La tutela della privacy del lavoratore*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 24, 2000.

¹⁰⁶¹ V. P. ZANELLI, *La l. n. 675. Una strategia integrata per la protezione della privacy*, in *Contratto impr.*, 1997, p. 693.

9.2.1. L'“ampliamento” ed il “trasloco” del danno risarcibile.

Nel mentre, sul finire del decennio '80, la “scuola pisana” poneva i presupposti per una autonoma e diretta rilevanza della tutela della persona nei rapporti interpretati¹⁰⁶², dottrina e giurisprudenza lavoristiche si confrontavano ancora sulla natura della responsabilità ex 2087 c.c., con la progressiva prevalenza di quella contrattuale¹⁰⁶³, se pur con una diversificazione circa la sua convivenza con quella extracontrattuale¹⁰⁶⁴, considerata esclusiva o residuale o concorrente. Se si ritorna sulla lunga discussione dottrinale circa la “fonte” della subordinazione e della correlata disciplina protettiva, non sembra priva di rilevanza la circostanza che la tesi prevalente ricostruisca a tutt'oggi l'art. 2087 c.c. come riconducibile al contratto di lavoro, in forza dell'art. 1374 c.c., con una sorta di interiorizzazione del principio del *neminem laedere*¹⁰⁶⁵. Certo, in forza e ragione della più favorevole disciplina della responsabilità contrattuale; ma non senza una ricaduta sistemica, tale da valorizzare il contratto, proprio con riguardo ad un obbligo che presuppone l'effettivo svolgimento del rapporto.

Da lì in poi, il diritto del lavoro “vivente” ha seguito passo a passo l'“ampliamento” del danno patrimoniale risarcibile, con il battesimo del danno biologico e del danno esistenziale. Come noto, il danno biologico è stato costruito quale comportamento lesivo del diritto alla salute, *sub specie* di integrità fisico-psichica¹⁰⁶⁶; e, poi, legittimato dal Giudice delle leggi, prima, nel 1986¹⁰⁶⁷ poi, con due sentenze del 1991¹⁰⁶⁸, di cui la seconda riguardante proprio la nostra materia, cioè gli artt. 10 e 11 del Testo unico sugli infortuni sul lavoro. Peraltro il ricorso al danno biologico si sarebbe rivelato troppo “generoso”, tanto da costringere, prima, la Corte costituzionale¹⁰⁶⁹, a precisare che al pari di ogni altro danno ingiusto, il danno biologico è risarcibile solo come

¹⁰⁶² F. D. BUSNELLI - U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.

¹⁰⁶³ Questo l'orientamento da tempo dominante tra i giuslavoristi: v. L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 513; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986. In tale ottica del tutto residuale deve ritenersi il ricorso alla responsabilità aquiliana: così A. LASSANDARI, *L'alternatività fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e le sue ripercussioni*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Torino, 1995, p. 113 ss. Critica invece (parte del)la dottrina civilistica, sulla base del rilievo che il diritto all'integrità fisico-psichica, configurandosi come diritto assoluto, è indisponibile dal titolare e dunque non può entrare in alcun contratto: A. GENTILI, *Lesione, responsabilità, risarcimento nella teoria del danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 396 e G. TOSCANO, *Il danno risarcibile al lavoratore infortunato: le prestazioni indennitarie di legge a carico dell'Inail, la sua rivalsa e il danno c.d. differenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1432.

¹⁰⁶⁴ Qualche chiaroscuro sulla deducibilità, in varia guisa, della responsabilità extracontrattuale anche nel diritto del lavoro in M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, p. XVII; a favore del concorso tra le diverse forme di responsabilità R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 5, p. 23

¹⁰⁶⁵ Nel senso che l'art. 2087 c.c. trasforma un danno ingiusto in un illecito contrattuale Cass. 3 marzo 1981, n. 1233, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1018; più recentemente, Trib. Milano 19 giugno 1993, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 130 e Pret. Torino, 27 gennaio 1994, *ivi*, 1994, p. 573. In dottrina cfr. P. TULLINI, *Persona e danni risarcibili (... piccole provocazioni)*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1047.

¹⁰⁶⁶ V. i saggi raccolti da P. G. MONATERI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000.

¹⁰⁶⁷ C. cost. 15 luglio 1986, n. 184; C. cost. 15 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053.

¹⁰⁶⁸ C. cost., 18 luglio 1991, n. 356 e 27 dicembre 1991, n. 485; C. cost. 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, c. 2967, e C. cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Giust. civ.*, 1992, I, c. 1677.

¹⁰⁶⁹ C. cost. 27 aprile 1994, n. 372; C. cost. 27 aprile 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1326.

pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione; poi, la Cassazione ¹⁰⁷⁰, a chiarire che “il danno alla salute, per quanto si risolve in un peggioramento della qualità della vita, presuppone pur sempre una lesione dell’integrità psico-fisica, di cui quel peggioramento è solo conseguenza”.

Solo che, ristretto il danno biologico a quello lesivo del diritto alla salute, restava un vuoto di tutela per ogni altro diritto fondamentale diverso da quello alla salute, vuoto non ricopribile dal danno morale *ex art. 2059 c.c.* (allora considerato risarcibile – *ex art. 185 c.p.* – se ed in quanto conseguente ad un fatto penalmente rilevante). Seguendo il principio base di un evolucionismo volgarizzato, “il bisogno crea l’organo”, qui traducibile come “il bisogno crea il diritto”, toccherà ancora alla scienza privatistica riempire quel vuoto con il danno esistenziale: una nozione di chiusura, ricomprendente in sé la tutela risarcitoria di ogni altro diritto costituzionalmente garantito, diverso da quello alla integrità fisico-psichica ¹⁰⁷¹. E la giurisprudenza civile si adeguerà, col ravvisare il danno esistenziale in una ricca serie di ipotesi; e finirà per simpatizzare, all’apice della sua evoluzione, con la nozione di danno *in re ipsa*, cioè tale da richiedere la prova del solo torto, considerato in sé e per sé produttivo di un effetto dannoso ¹⁰⁷².

La nostra dottrina e giurisprudenza recepiranno l’indirizzo maturato sul terreno privatistico, col far proprio e rielaborare, prima, il danno biologico ¹⁰⁷³, poi, il danno esistenziale ¹⁰⁷⁴: approfittando del carattere neutro dell’art. 2087 c.c., convertiranno, in debito *continuum* cronologico e logico, l’uno e l’altro danno, da illeciti nati come aquiliani in illeciti contrattuali. Ed al servizio di una precisa politica del diritto all’insegna dell’“avanti tutta”, parte di questa dottrina e di questa giurisprudenza faranno uso ed abuso dell’“allargamento” del danno rispetto alla lesione della integrità fisico-psichica, della dignità, dell’immagine, della professionalità, della serenità, della parità di trattamento, con una “deriva” risarcitoria, apprezzata nell’*an*, per la sua capacità di render giustizia alla lesione di diritti fondamentali, ma criticata nel *quantum*, per la sua ricaduta in termini

¹⁰⁷⁰ Propone una rimeditazione della fattispecie R. DEL PUNTA, *Il danno alla persona del lavoratore: delimitazione della fattispecie*, relazione al Convegno su *Il danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, in *Atti di prossima pubblicazione*. Nello stesso senso, tra i civilisti, G. ALPA, *Il “danno biologico”: parabola o evoluzione di un progetto di politica del diritto?*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 172.

¹⁰⁷¹ P. ZIVIV, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999; P. CENDON, *Dieci anni di danno esistenziale*, relazione al convegno *Il danno esistenziale. Aspetti civili, processuali, medico-legali*, svolto a Padova il 5 ottobre 2001.

¹⁰⁷² Si parla in tal caso di danno normativo, vale a dire senza evento: Cass. 12 novembre 2002, n. 15868; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443 (trattasi di giurisprudenza prevalentemente lavoristica, favorita nell’operazione dal presupposto della violazione di norme di natura quasi sempre inderogabile, quali ad es. l’art. 2103 c.c.). Fortemente critica nei confronti della nuova tipologia di danno si dichiara parte della dottrina civilista F. GAZZONI, *Alla ricerca della felicità perduta (psicofavola fantagiuridica sullo psicodanno psicoesistenziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 674; e G. PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e responsabilità*, 2000, nn. 8-9, p. 841; ID. (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003.

Sulla necessità di una ricostruzione rigorosa del nesso di causalità v. le considerazioni di S. MAZZAMUTO e P. TOSI nei loro *Interventi* al Convegno su *Il danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, cit.

¹⁰⁷³ M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, cit.; L. ZOPPOLI, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 389. Pone in rilievo la progressiva dilatazione dell’ambito di applicazione della fattispecie L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 322.

¹⁰⁷⁴ P. TULLINI, *Tutela del lavoratore e danno alla persona*, in P. G. MONATERI, *Il danno alla persona*, cit., p. 262; L. DE ANGELIS, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1157.

di imprevedibilità e di mercificazione¹⁰⁷⁵.

Non solo, perché, con una risalita a monte sull' "evento", muterà dall'esperienza statunitense il *mobbing*, come fattispecie complessa costruita sull'intento o sul fine oggettivo, tale da attrarre nella sua area gravitazionale anche azioni altrimenti lecite, con una significativa corrispondenza rispetto a quella del comportamento antisindacale. Mentre, con una discesa a valle sulle "conseguenze" inciderà sull'accertamento di un danno biologico, sempre più *border line*, trasformandolo in un conflitto fra perizie e controperizie, rimesse all'*expertise* medico legale ed eliminerà il riscontro di un danno esistenziale, sempre più esteso, considerandolo *in re ipsa*. Il che verrà ad alimentare una vertenzialità che, qualunque sia la domanda principale, risulterà quasi sempre accompagnata da una coda relativa al danno biologico ed esistenziale, con a protagonista privilegiato proprio il *mobbing*, verticale od orizzontale, tanto difficile da definire quanto facile da spendere¹⁰⁷⁶.

Non sarebbe stato questo l'ultimo travaso dal diritto privato al diritto del lavoro. Se pur preceduto ed accompagnato da un costante dibattito dottrinale circa l'esatto confine tracciabile fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale o morale, sarebbe lo stesso legislatore a sottrarre quest'ultimo dal limbo in cui era confinato dall'art. 185 c.p., cioè risarcibile solo se il comportamento dannoso costituisse reato. Ma toccherà alle Supreme Corti – Cass. 31 marzo 2003, nn. 8827 e 8828 e C. cost. 11 luglio 2003, n. 233 – effettuare un vero e proprio "trasloco" del danno biologico e esistenziale dall'art. 2043 all'art. 2059 c.c., come danno non patrimoniale, che, in quanto lesivo di un "bene" costituzionalmente protetto, risulterebbe risarcibile anche in difetto di reato¹⁰⁷⁷.

Qui, la Cassazione del lavoro non solo si sarebbe adeguata, ma sarebbe andata oltre, tramite il ricorso a quell'art. 2087 c.c., rivelatosi un "trasformatore" eccellente del danno aquiliano in danno contrattuale: "l'ampia locuzione usata dall'art. 2087 c.c. assicura il diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali e, quindi, non risulta nemmeno necessario, per superare le limitazioni imposte ancora dall'art. 2059 c.c., verificare se l'interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale, perché la protezione è già chiaramente accordata da una disposizione del codice civile (per l'appunto l'art. 2087 c.c.)"¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ O. MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 440 ss.; L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 308.

¹⁰⁷⁶ Sull'elaborazione civilistica intorno alla fattispecie "mobbing" v. S. MAZZAMUTO, *Un'introduzione al mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in P. TOSI (a cura di), *Il mobbing*, Torino, 2004, p. 1 ss. e P. G. MONATERI - M. BONA - U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano, 2000; da angolazione lavoristica cfr. F. CARINCI, *Un fantasma si aggira tra le aule giudiziarie: il mobbing*, *ivi*, p. 89 ss.; A. VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 45 ss.; F. AMATO - V. CASCIANO - L. LAZZERONI - A. LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Milano, 2002; P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251 ss.; M. PEDRAZZOLI (diretto da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Bologna, 2007.

¹⁰⁷⁷ C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, in www.cortecostituzionale.it. Nel senso che l'art. 2059 c.c. potrebbe dopo tale sentenza configurarsi come il parametro unitario del danno esistenziale - morale - biologico (ovvero le tre tipologie di danno non patrimoniale) cfr. R. FABOZZI, *Il danno in materia di lavoro subordinato*, in P. CENDON (a cura di), *Il danno risarcibile nella responsabilità civile*, Torino, 2005, vol. VII, p. 86 ss.

¹⁰⁷⁸ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 9, col. 2334.

9.2.2. Il presunto “tramonto” del danno “in re ipsa” nel diritto del lavoro.

Chiamata a risolvere la controversia interpretativa manifestasi all'interno della stessa Cassazione lavoro circa la configurabilità di un danno esistenziale *in re ipsa*, le Sezioni Unite hanno pronunciato la loro parola definitiva: non è sufficiente provare il torto, ma occorre provare anche l'effetto dannoso ¹⁰⁷⁹.

A fronte del classico caso di “danno da demansionamento e dequalificazione”, le Sezioni Unite hanno redatto un prontuario, articolato su tre sottotipi: danno alla professionalità, di contenuto patrimoniale, consistente nell'impovertimento delle capacità professionali, nella mancata acquisizione di maggiori capacità, nella perdita di *chance*, che richiede un'adeguata allegazione circa il pregiudizio subito, non essendo questo sempre presente; danno all'integrità fisico-psichica (biologico), che deve essere supportato da una perizia medico-legale; danno alla vita di relazione (esistenziale), che deve essere sostenuto da indicazioni circa le alterazioni alle abitudini di vita.

Per quanto rispetto al danno esistenziale quanto richiesto sia un onere della prova “attenuato”, tuttavia sembrerebbe segnare il tramonto del danno *in re ipsa*, che proprio nel diritto del lavoro aveva trovato il suo terreno, auspice un *favor lavoratoris*, che seppur poco predicato appare ancora molto praticato, particolarmente nel processo di primo grado. Un tramonto, questo, che sul piano teorico, segnerebbe non solo un allineamento sull'indirizzo a suo tempo formulato dal Giudice delle leggi, ma anche un rientro nell'alveo classico del diritto privato, seppur a costo di rendere più difficile il cammino giudiziale del lavoratore per il ristoro di un contraccolpo negativo nella sua sfera, conseguente ad un comportamento illecito del datore di lavoro.

L'uso del condizionale è d'obbligo visto il largo spazio riconosciuto alla formazione presuntiva della prova e alla liquidazione in via equitativa da parte di una successiva giurisprudenza della sezione lavoro della Cassazione ¹⁰⁸⁰, sicché a tutt'oggi è possibile parlare solo di un presunto “tramonto”, rinviato a tempo da definire.

10. Estensione del diritto del lavoro come diritto privato e conferma della sua appartenenza all' “ordinamento civile”.

In un saggio dedicato al rapporto fra diritto privato e diritto del lavoro sarebbe difficile passare sotto silenzio un intero *corpus* legislativo e un riconoscimento del Giudice delle leggi che ne confermano l'elemento di consanguineità a tutt'oggi pienamente operante. Peraltro sempre con una toccata e fuga, che, altrimenti bisognerebbe farne due capitoli, altrettanto ampi ed articolati quanto i temi destinati ad esserne oggetto: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001; il federalismo, quale introdotto dalla l.c. 18 ottobre 2001, n. 3.

10.1. La c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

Figlia di una gravidanza decennale, tutta condotta in una delle più fertili stagioni riformatrici della nostra storia repubblicana, la riforma ne porta ben impresse le caratteristiche principali: di una delegificazione nelle fonti, qui attuata con l'apertura ad una contrattazione collettiva, dotata di

¹⁰⁷⁹ Cass., Sez. Un. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

¹⁰⁸⁰ Cass., Sez. Lav., 26 giugno 2006, n. 14729; Cass., Sez. Lav., 21 giugno 2006, n. 14302, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 3, pag. 807.

una competenza “protetta” nei confronti di una concorrente regolamentazione legislativa o regolamentare; e di una privatizzazione, estesa dalla natura degli enti pubblici economici all’attività delle pubbliche amministrazioni, qui realizzata sia con la qualificazione di quella stessa contrattazione, pur fornita di efficacia generale, come di diritto comune, sia con la riconduzione della micro-organizzazione e della gestione del personale alla disciplina privatistica¹⁰⁸¹.

Alla base sta la riscoperta del diritto privato come mezzo “neutro”, cioè spendibile a prescindere del fine ultimo perseguito, privato o pubblico che sia; tale, quindi, da poter essere utilizzato in base ad un giudizio comparativo con l’altro costituito dal diritto pubblico, condotto in base alla rispettiva efficienza. Attenzione, però, “neutro” rispetto al fine ultimo – dell’attività nel suo complesso – controllabile secondo tecniche pubblicistiche; non al fine immediato, dell’atto, affidato al giudizio del suo autore e sindacabile secondo tecniche privatistiche.

Una impostazione, questa, confermata dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰⁸², per via di una rilettura dell’art. 97 cost. che privilegia il “buon andamento” rispetto all’“imparzialità”. Dichiara, tali principi non sono di per sé meglio garantiti da un regime pubblico piuttosto che da uno privato, dipendendo tutto da un confronto mezzo-fine rimesso al giudizio discrezionale del legislatore; e di fatto, lascia intendere, sono proprio meglio assicurati da un regime privato, visto il risultato del ricorso secolare allo *status* di impiegato pubblico.

Ma la riforma rimane pur sempre una c.d. privatizzazione, perché, per quanto ritoccata ed integrata, appare ben lungi dal metter capo ad una mera e semplice riconduzione del pubblico impiego sotto il tetto del lavoro privato, con un *corpus* normativo comune. Il difficile convivere fra un datore rimasto sotto il dominio amministrativo ed un rapporto di impiego sottoposto al codice civile, emerge chiaramente in un diritto sindacale speciale ed in un diritto del rapporto individuale, ricco di eccezioni e di varianti; e viene confermato da tutto un successivo sviluppo legislativo che tende a differenziare il trattamento applicabile al settore privato e al settore pubblico privatizzato, a partire dalla legge n. 30/2003 e dal d. lgs. n. 286/2003¹⁰⁸³.

10.2. La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 117, co. 2, lett. l).

È cosa ben nota che la l. c. n. 3/2001 – di riforma del tit. V, parte II della costituzione – si è lasciata dietro una lunga coda di riserve e di critiche per la incompletezza, approssimazione, povertà di

¹⁰⁸¹ Cfr., per un commento sistematico, F. CARINCI - M. D’ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, 2000, e successivamente F. CARINCI - L. ZOPPOLI (diretto da), *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, cit.; nonché la rivista bimestrale diretta da F. CARINCI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in pubblicazione dal 1998, e da ultimo A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 48/2007; A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l’art. 97 cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 49/2007.

Sui temi strategici della dirigenza e dell’inquadramento, v. rispettivamente A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato: contratto di lavoro e organizzazione*, Milano, 2006, e L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Padova, 2004.

¹⁰⁸² V. *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro: la giurisprudenza costituzionale (1989-2005)*, cit., 499 ss.

¹⁰⁸³ Sull’esclusione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall’applicazione della legge n. 30/2003 e del d. lgs. n. 276/2003 v. S. MAINARDI, *D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l’esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 1069 e ss.; C. ZOLI, *Commento all’art. 1*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Bologna, 2004, pp. 8 e ss.; con a conferma la l. 9 marzo 2006, n. 80, su cui v. S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 12 e ss., nonché la recente finanziaria 2007, commentata in M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007: l. 27 dicembre 2006, n. 296*, Milano, 2007.

redazione. Senza entrar qui in una discussione tutt'ora aperta, basta sottolineare come la ricaduta più importante sia stata quella di invertire la sequenza nella divisione fra competenze legislative dello Stato e delle Regioni, sì da trasformar le prime in "residuali" e le seconde in "principali", se pur più nella forma che nella sostanza, coerentemente alla ispirazione federalista o neo-regionalista. Ma questo a costo sia di una triplicazione, con due elenchi, "esclusiva" per lo Stato (art. 117, co. 2) e "concorrente" per Stato e Regioni (art. 117, co. 3) ed una clausola "residuale" per le stesse Regioni (art. 117 co. 4); sia di una conservazione del vecchio criterio delle "materie", tradotto alla buona, con una confusione fra "vere" (verticali, definite in forza dell'oggetto) e "false" (orizzontali, individuare in ragione dello scopo), sovrapposizioni, omissioni. Del che ha dovuto farsi carico la Corte costituzionale letteralmente travolta dall'alluvione di ricorsi, con a contraccolpo un cambio nel suo stesso compito primario: ieri, soprattutto giudice di conflitti su diritti, chiamato a deciderli secondo un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco; oggi, soprattutto giudice di conflitti di attribuzione dai confini discutibili ed incerti, costretto a risolverli secondo un arbitrato squisitamente politico, che sarebbe toccato allo stesso legislatore costituzionale.

Restando al diritto del lavoro, il problema aperto dalla riforma ha riguardato proprio le elencazioni, perché non contengono alcun riferimento specifico e puntuale in proposito, limitandosi a menzionare nell'art. 117, co. 2, lett. o), la "legislazione sociale" e nell'art. 117, co. 3, la "tutela e sicurezza del lavoro" e la "previdenza complementare ed integrativa", nonché, ma per escluderla e così rinviarla implicitamente alla clausola dell'art. 117, co. 4, la materia "della istruzione e della formazione professionale". Non è il caso di dar conto dell'ampio dibattito dottrinale seguito, che certo è stato condizionato dal favore per un diritto del lavoro reso "regionale" o "mantenuto" nazionale, tanto da dividersi fra chi privilegiava la materia di competenza concorrente Stato/Regioni, come appunto la "tutela e sicurezza del lavoro" e chi andava alla ricerca di una materia-contenitore di competenza esclusiva dello Stato, fosse l'"ordinamento civile" o la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernente i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, co. 2, lett. l) e, rispettivamente, m).

Il nodo è stato tagliato dalla Corte costituzionale, con una giurisprudenza ormai consolidata, aperta dalla sent. 28 gennaio 2005, n. 50 e, momentaneamente chiusa dalla sent. 14 dicembre 2006, n. 411: il diritto del lavoro rientra nell'"ordinamento civile", quindi nella competenza esclusiva dello Stato; mentre alla "tutela e sicurezza del lavoro", di competenza concorrente Stato/Regioni, resta uno spazio legislativo abbastanza marginale, non delimitato esattamente, ma comunque più o meno coincidente con quello amministrativo in tema di mercato del lavoro, attribuito alle Regioni a suo tempo¹⁰⁸⁴. Ora, quando la Corte parla qui di "ordinamento civile", non si attarda a definirlo nel suo esatto significato e rilievo, ma lascia chiaramente intendere che lo identifica con il diritto di cui i privati si servono per regolare i loro interessi e, proprio per questo, lo considera meritevole di un regime giuridico nazionale, unitario ed omogeneo, tale da non risultare differenziato e discriminante a seconda del territorio in cui risiede il singolo cittadino.

¹⁰⁸⁴ F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 17 ss. Ma in senso diverso v. R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale: esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Padova, 2005.

11. La finanziaria del 2007: il controcanto.

Come ogni anno, la finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2006, n. 296, ha viaggiato carica di tutto e di più, col “trucco” di un solo articolo, comprensivo di ben 1364 commi. Occorre spulciare il testo con occhio vigile, per trovare i commi dedicati al diritto del lavoro, i quali, però, ci restituiscono più lo spirito di un buonismo sociale a pioggia, temporaneo, eccezionale, rimesso a qualche futuro intervento regolamentare, che un progetto unitario e coerente¹⁰⁸⁵.

Lo spirito è certo contro-riformatore, rispetto a quel d.lgs. n. 276/2003, visto e vissuto in tutto il mondo politico-sindacale come il *passepertout* utilizzato per aprire il nostro diritto del lavoro al “preariato”: termine speso spesso in modo tanto generico quanto generale, sì da poter ricomprendere tutto l’ambito lasciato scoperto dal contratto a tempo indeterminato e pieno. Se tale è lo spirito, il corpo normativo rimette in discussione il d.lgs. n. 276/2003, solo in tema di appalto; mentre per il testo interviene al di fuori od al margine del suo oggetto, perdipiù invisibile *continuum* con tutto un passato assistenziale: un *mix* che favorisce, nel privato, un uso patologico degli ammortizzatori sociali – per mezzo di proroghe e deroghe – con la grande impresa a lucrarne il beneficio e l’occupazione regolare a pagarne il costo; e promuove, nel pubblico, un ricorso anomalo alle assunzioni – per tramite di “stabilizzazioni” dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (in a termine) e dei rapporti a termine (in a tempo indeterminato), con la massa dei precari a trarne vantaggio e la generazione degli ultimi arrivati a pagarne il fio.

Tutto all’insegna di un diritto da pronto soccorso, che non conosce rigore né finanziario né giuridico, tanto da non curarsi né di un rapporto costi-benefici corretto, né di un approccio sistemico: si preannuncia sempre una riforma degli ammortizzatori sociali, senza mai anticiparla almeno in qualcosa; si inflaziona il pubblico impiego, senza minimamente preoccuparsi della palese incostituzionalità della stabilizzazione dei rapporti a termine.

Neppure è privo di riscontro nel passato quello che costituisce il blocco normativo principale, con riguardo alla regolarizzazione del lavoro irregolare ed all’emersione del lavoro nero; ma, almeno sulla carta esso è stato reso più articolato ed incisivo, con l’uso classico del bastone e della carota: comunicazioni preventive e sanzioni appesantite, da un lato; sanatorie convenienti, se pur complicate da procedure barocche, dall’altro.

Il controcanto rispetto al d.lgs. n. 276/2003 emerge non tanto nell’ampliamento delle tutele per il lavoratore a progetto, con riguardo alla determinazione del compenso, alla previsione di un’indennità giornaliera di malattia e di un’indennità di congedo parentale, alla prospettiva di un’attività di riqualificazione professionale e di reinserimento professionale; perché trattasi di un passo avanti sulla linea di una diminuzione del *gap* in termini di trattamenti e di costi esistenti fra il lavoro subordinato e a progetto, non per nulla accompagnato dall’innalzamento dei contributi dovuti per quest’ultimo. Emerge piuttosto come atteggiamento nei confronti del lavoro a progetto *vis-a-vis* del lavoro subordinato, considerato con occhio tanto poco simpatetico, da favorirne la trasformazione in lavoro subordinato, pur quando risulti in tutto e per tutto genuino.

L’unico vero acuto del controcanto è dato dal nuovo regime introdotto per l’appalto, con riguardo al duplice snodo della sicurezza e della solidarietà passiva: viene esteso l’obbligo di collaborazione

¹⁰⁸⁵ Per un commento tempestivo, ma accurato, v. M. MISCIONE - D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007: l. 27 dicembre 2006, n. 296*, cit.

prevenzionale, sicché il committente è tenuto a soddisfarlo con riguardo non alla sola sua azienda, ma al suo intero ciclo produttivo; e viene ampliato il vincolo solidale per i crediti retribuitivi e per i contributi (come già per le ritenute fiscali), cosicché il committente è tenuto ad osservarlo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e dei sub-appaltatori ed, a sua volta, l'appaltatore, nei rispetti dei dipendenti dei sub-appaltatori. In tal modo il legislatore ricompona in unico tutto "giuridico" l'insieme verticale di più contratti di appalto a cascata, forzando un pluralismo imprenditoriale pur del tutto autentico e genuino; questo non senza un contraccolpo in termini di accresciuta ingerenza del committente sull'appalto e sui sub-appalti e, rispettivamente, dell'appaltatore sui sub-appalti.

12. E adesso pover' uomo?

Di un libro capitatomi fra le mani in quell'immediato dopoguerra¹⁰⁸⁶, quando leggere era molto più di un passatempo momentaneo, perché non v'era altro mezzo di riempire il molto vuoto della giornata, mi è rimasto il titolo tradotto in italiano, "E adesso pover' uomo?" E questo interrogativo mi ritorna ogni qualvolta, dopo molto camminare, mi ritrovo incerto e dubbioso sul prossimo passo; mi ritorna, con un tocco auto-ironico, come a chiedermi se poi valesse la pena di far tanta strada per non trovare alcuna meta ferma e sicura¹⁰⁸⁷. Perché non mi è estranea la consapevolezza di quanto la personale voglia sistematica abbia forzato l'individuazione di questo o quel *trend*; e di come, comunque, la produzione normativa abbia perso l'antica forza inerziale, che permetteva al passato di sopravvivere a lungo nel presente: sicché se anche fossi stato nel giusto su quale sia stata la corrente principale, non potrei giurare che conservi la sua direzione, la sua portata, la sua temperatura, come si dice esser probabile per la Corrente del Golfo, dopo milioni e milioni di anni.

Il fatto è che oggi tutto si è accelerato, con un crescente divario fra il moto sempre più frenetico dell'uomo e quello immutato del pianeta; si è accelerato anche il diritto, che viene mitizzato in sé e per sé, come strumento di cambiamento, capace di curvare il contesto economico e sociale a propria immagine; sì da esser usato ed abusato ad ogni cambio di vento politico, con il caratteristico andamento a gambero. Quel che ieri erano le tre parole del legislatore che mandavano sì al macero intere biblioteche, ma che venivano pronunciate solo a lunghi intervalli, così da permettere di riempirle di cataste di libri; oggi possono essere i commi dispersi di una finanziaria, che cancellano contributi informatici e i commentari stesi a caldo sui dettati della finanziaria dell'anno prima. Non è ancora successo, ma potrebbe succedere la prossima volta.

Certo c'è dietro l'amaro in bocca del giuslavorista, cioè dello studioso di un ramo del diritto, che, quasi non fosse già sprovvisto di un forte senso identitario, per il suo carattere meticcio, qualche cattivo maestro lo vorrebbe privare anche del suo radicamento elettivo: quel diritto privato che lo ha accompagnato nella sua nascita all'inizio del secolo scorso e nella sua rinascita nel secondo dopoguerra. Senza dubbio è un diritto ormai adulto, basato sul lavoro, elevato dal testo costituzionale a valore fondante, con un corpo legislativo, giurisprudenziale, dottrinale enormemente

¹⁰⁸⁶ H. FALLADA *E adesso, pover'uomo?*, ora Milano, 1992.

¹⁰⁸⁷ Non sono il solo a privilegiare il punto interrogativo, v. L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006: ma l'approccio è diverso, perché io, ragionando *de iure condito*, non posso coltivare certezze su quel che farà il legislatore; mentre gli autori del libro in parola, discutendo *de iure condendo*, debbono nutrire almeno ragionevoli aspettative sulle loro proposte.

sviluppato, tale da poter reggere il confronto con qualsiasi altro ramo dell'ordinamento. Ma, proprio per questo può riconoscere senza complessi un debito che non è stato solo contratto al momento della nascita, ma ricontrattato, modificato, ampliato nel corso dell'intera sua vita.

Se dovessi chiudere con un consiglio al neofita che si avvicina alla nostra materia, gli direi di tenere il codice civile sul comodino, perché contiene il linguaggio di comunicazione "universale", come il latino del tempo antico e l'inglese del tempo moderno: un linguaggio fatto di segni, significati, valori. Chi non lo conosce deve parlare, a seconda del dato anagrafico, in dialetto o in gergo, ma a costo di ridimensionare il potenziale universo dei suoi ascoltatori ad un piccolo gruppo di sopravvissuti o di iniziati.