

## Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile\*

Giorgio Fontana

1. Premessa. L'autonomia perduta e la funzione distributiva del diritto del lavoro.	164
2. Il diritto del lavoro flessibile e il problema dell'uguaglianza.	168
3. Le disuguaglianze economiche e sociali come tema di riflessione.	173
4. <i>Flexicurity</i> e clausole antidiscriminatorie.	179
5. Dalle differenze alle disuguaglianze.	185
6. Conclusioni.	189

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 398/2019

## 1. Premessa. L'autonomia perduta e la funzione distributiva del diritto del lavoro.

“Il diritto del lavoro trapiantò nel corpus privatistico un cuore assiologico”, scrisse molti anni fa Luca Nogler, e Luigi Mengoni commentò questa frase aggiungendo, con parole dense di significato, che in questo modo esso prese il posto “del cuore di pietra del mercato delle merci”.<sup>410</sup>

Così nacque il diritto del lavoro post-costituzionale, ma poi tutto è cambiato, velocemente. A dimostrazione dello storicismo insito nel diritto del lavoro, dalla fine dei “trenta gloriosi” si è registrata una proliferazione di “valori” che non vantano ascendenze nella “missione assiologica del diritto del lavoro”,<sup>411</sup> ma non di meno avanzano, ed esercitano, pretese di egemonia, mettendo in discussione la sua autonomia.<sup>412</sup> Il diritto del lavoro – considerato storicamente come uno dei principali strumenti di realizzazione, attraverso il diritto, degli obiettivi indicati dall’art. 3 comma 2° della Costituzione - è stato da allora sempre meno l’alleato attento dell’uguaglianza che avevamo conosciuto e sempre più l’interprete, dal “cuore di pietra”, del bisogno di efficienza dei mercati.

In verità, si potrebbe pensare che questo è il risultato della “tirannia” a cui accennava Mengoni nello stesso scritto di qualche anno fa; tirannia, o condizionamento ideologico, che potrebbe però aver fatto il suo tempo, vista la scarsa credibilità che sembra circondare oggi la dottrina economica neo-liberale e i suoi corollari “lavoristici”. Non a caso il problema dell’uguaglianza, per tanto tempo trascurato, pare essere oggi nuovamente al centro delle discussioni sulle prospettive future delle nostre società; come ha osservato Nadia Urbinati, il terreno di confronto, anche se implicito, è sempre più fra chi denuncia le disuguaglianze e chi invece oppone una “resistenza” all’eguaglianza.<sup>413</sup> E non si tratta di un confronto da cui il diritto del lavoro possa estraniarsi, anche volendo, se non altro perché la finalità distributiva è stata sempre considerata “*one of the main goals of labour law*”,<sup>414</sup> uno dei punti qualificanti della sua stessa “fondazione”.

Naturalmente, quando si parla di uguaglianza e di giustizia sociale, è sempre presente il pericolo di un sovraccarico ideologico dell’argomentazione e quindi di un’eccessiva semplificazione, mentre la storia del diritto è notoriamente una storia tortuosa, fatta di numerosi tornanti e incroci, di discese e risalite, di compromessi più o meno riusciti; un tragitto, insomma, con traiettorie non certo piane e lineari. Tuttavia, anche a voler condividere un approccio maggiormente dialettico

<sup>410</sup> La citazione di LUCA NOGLER è richiamata da LUIGI MENGONI in *Quale disciplina per i lavori atipici?*, pubblicato in *Il diritto del lavoro*, 2000, 1, p. 317, ora in *Il contratto di lavoro*, a cura di MARIO NAPOLI, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 87.

<sup>411</sup> È un’espressione ancora di MENGONI, nel saggio appena citato, che mette in guardia dal pericolo di una deriva verso la “tirannia dei valori”, ossia “verso l’irrigidimento ideologico di certi valori nella pretesa di essere portati a compimento incondizionatamente, a qualsiasi costo e in qualsiasi contesto, rifiutando ogni ragionevole bilanciamento con altri valori”; ammonimento che può essere riferito oggi alla logica egemonica ed “imperialista” dell’economia.

<sup>412</sup> Sul problema dell’autonomia del diritto del lavoro si vedano le riflessioni di ALAN BLOGG, CATHRYN COSTELLO, ACL DAVIES e JEREMIAS PRASSL, nell’introduzione al volume *The autonomy of Labour Law*, Hart Bloosbury Publishing Plc, London, 2017; nel dibattito italiano si veda il numero di Lavoro e Diritto dal titolo *Autonomia e subordinazione DEL diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e Diritto*, 2016, 4, e qui i saggi, fra gli altri, di LUIGI MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, e di BRUNO CARUSO e RICCARDO DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l’autonomia perduta*, oltre a quelli di ZOPPOLI, SPEZIALE ed altri.

<sup>413</sup> N. URBINATI, *La mutazione antiegalitaria. Intervista sullo stato della democrazia* (a cura di A. ZAMPAGLIONE), Laterza ed., Roma-Bari, 2013, p. 82.

<sup>414</sup> G. DAVIDOV, *Distributive Justice and Labour Law*, in H. COLLINS, G. LESTER, V. MANTOUVALOU (eds) *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, 2018, p. 141 ss.

all'evoluzione del diritto del lavoro contemporaneo, l'oggettività per fortuna ancora esiste e, se parliamo di uguaglianza, uno dei problemi più delicati è certamente il lavoro "flessibile", nato sulle ceneri del fordismo e divenuto un formidabile "volano" delle disuguaglianze economiche e sociali: è sotto gli occhi di tutti la potenza distruttrice della precarietà, che sembra oramai difficilissimo anche solo frenare e ricondurre a dimensioni accettabili, e di cui, al tempo stesso, non è semplice identificare con precisione neppure le determinanti nel "sociale-storico".<sup>415</sup>

Di precarietà si può discutere, a dire il vero, con varietà di accenti, ma considerandola dal punto di vista giuridico rinvia ad un ordinamento del lavoro che ha permesso discipline differenziate e frammentate, divisioni fra gruppi di lavoratori, segmentazione del mercato del lavoro, in una parola differenze di trattamento e discriminazione nei diritti. Fenomeni che hanno reso il mondo del lavoro più debole, disunito e addirittura, come si dice con espressione un po' enigmatica, "disintermediato", creando, di conseguenza, maggiore disparità di potere, a cui corrisponde inevitabilmente più disuguaglianza sociale.<sup>416</sup>

Da tempo si discute di questi problemi, ma ora il confronto si colora di tinte ancora più vivaci con la crisi del *mainstream* che tanta influenza ha avuto nel creare i presupposti di quella che Luigi Mariucci ha definito la fase della "subalternità" e dello "smarrimento" del diritto del lavoro.<sup>417</sup> Il lavoro precario può dirsi anzi una chiave di lettura del difficile passaggio di questo periodo, dopo gli anni in cui tutta la società è stata catturata dal grande movimento che va sotto il nome di globalizzazione, con il crollo, scrive Ferrajoli, della *ragione politica*, e insieme ad essa della *ragione giuridica*.<sup>418</sup>

Da questa angolazione, la perdita di autonomia del diritto del lavoro rappresenta certamente uno dei lasciti più pesanti dell'economia politica neo-liberale e al tempo stesso il tema centrale della sua possibile riqualificazione o rifondazione, tenendo in equilibrio l'esigenza di proteggere la tradizione del diritto tutelare e di rappresentare adeguatamente i nuovi bisogni, il lavoro del futuro.

Il "diritto all'uguaglianza", di cui il diritto del lavoro si è fatto portatore non solo per un'esigenza di giustizia distributiva,<sup>419</sup> si è espresso in passato in molteplici forme, oggi da ri-valutare e ripensare in termini nuovi e avanzati: il *favor* e l'inderogabilità della disciplina protettiva, l'indisponibilità del tipo del lavoro subordinato e l'inscindibilità giuridica del rapporto fra il lavoratore e il suo datore di lavoro, l'esclusività del modello della subordinazione e almeno il carattere tipico e prevalente del contratto a tempo pieno e a tempo indeterminato – forma comune dei rapporti di lavoro: questi, forse, lasciando in disparte la linea promozionale della legislazione sindacale, i "punti fermi" che hanno concretizzato la "discriminazione alla rovescia" caratterizzante l'intervento dello stato nelle relazioni giuridiche del lavoro salariato. L'emergere del "nuovo diritto" –

<sup>415</sup> L'espressione è di Cornelius Castoriadis, per indicare che "la questione della società e quella della storia formano, in realtà, un'unica e sola questione" (C. CASTORIADIS, *L'istituzione immaginaria della società*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995).

<sup>416</sup> A. B. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done?*, Cambridge, Harvard University Press, 2013; v. pure dello stesso autore *Poverty in Europe*, Oxford, Blackwell, 1998.

<sup>417</sup> L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lavoro e Diritto*, 2016, 4, p. 588.

<sup>418</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza ed., 2018, qui p. 79.

<sup>419</sup> Come osserva ALAIN SUPLOT, il diritto del lavoro non ha rappresentato soltanto una conquista sociale ma è servito anche "*a rendu économiquement et politiquement durable l'exploitation du travail comme una merchandise*" (v. così in *Grandeur et misère de l'Etat social*, Lezione inaugurale al College de France pronunciata il 29 novembre 2012, pubblicata da College de France et Fayard, 2013).

nuovo anche perché ha rappresentato un punto di rottura con il vecchio formalismo giuridico e il presunto neutralismo della scienza giuridica<sup>420</sup> – ha certo molte spiegazioni e le più convincenti sono quelle che situano la sua matrice al di fuori del diritto. Ma quali sono state le motivazioni di una scelta così coraggiosa, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il primo esempio di diritto “disuguale”, ispirandosi in modo radicale agli obiettivi egualitari? La domanda non ha soltanto un valore retrospettivo e mai come ora pare necessario chiedersi come si è formato quel sostrato culturale e valoriale che ha consentito lo sviluppo storico del diritto del lavoro italiano. Ebbene, come spiega efficacemente Ronald Dworkin, una politica discriminatoria alla rovescia incontra sempre una serie di difficoltà ed obiezioni e, per essere attuata, per essere accettata e ricevere il consenso e la legittimazione indispensabili in un sistema democratico, occorre dimostrare o che “la comunità può migliorare le sue condizioni di vita in senso *utilitaristico*, perché la sua media o il suo livello di benessere collettivo migliorano nonostante il benessere di alcuni individui diminuisca”, oppure che la comunità migliora “in senso *ideale*, perché essa è più giusta o in qualche modo più vicina a una società ideale, senza tener conto del fatto che il benessere aumenti o meno”.<sup>421</sup> Nel caso del diritto del lavoro la scelta di privilegiare nella regolamentazione del contratto di lavoro il diritto all’uguaglianza del soggetto più debole, non può dirsi neppure lontanamente la derivante di un calcolo economico o utilitaristico. Sarebbe del resto difficile dimostrare che il sostegno privilegiato al contraente debole determini un miglioramento del benessere dell’intera società e forse buoni argomenti si potrebbero spendere, in un’ottica “mercatista”, per dimostrare il contrario. Si può affermarlo con chiarezza: ciò che ha mosso la dottrina, i giudici e i “riformatori”, è stata la volontà di rendere più giusti i rapporti sociali. Gli interventi legislativi, le soluzioni interpretative, le direttrici dell’azione collettiva, che hanno materializzato nel tempo l’orientamento a realizzare l’uguaglianza nella duplice dimensione orizzontale e verticale, in base ad una scelta assiologicamente orientata, dimostrano dunque la condivisione di valori che non sono fredde e immobili stelle di un firmamento lontano ma un complesso di idee e convinzioni convergenti e coerenti con il progresso della società in senso *ideale*, come sostiene Dworkin, o forse anche in senso *morale*.

Quel sistema di valori e quelle strutture giuridiche si sono tuttavia incrinati a seguito di vicende molto complesse che possono essere analizzate solo attraverso una ricostruzione in chiave storico-critica, secondo l’insegnamento ascarelliano, che richiederebbe un’opera a sé stante. Si possono però vedere con chiarezza i risultati: soprattutto l’infiltrazione e l’influenza della *law and economics*, non solo come metodo analitico ma come modello di rapporto del diritto con la società, che ha contribuito a creare le condizioni per spostare il baricentro del diritto del lavoro dal

<sup>420</sup> v. M. D’ANTONA, *L’anomalia post-positivista del diritto del lavoro*, in Rivista critica di diritto privato, 1990, p. 207 ss., ora in *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 53 ss. D’Antona individuava “nella sua attitudine antiformalista, antilegalista e antidogmatica” e nell’eclittismo dei suoi schemi di ragionamento, e dei metodi di indagine, il “nuovo” diritto del lavoro italiano post-costituzionale.

<sup>421</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977; trad. it. *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 1982. Le citazioni sono a pag. 355 della seconda edizione, il corsivo è nel testo.

tema della giustizia contrattuale a quello dell'efficienza del sistema, al modello basato sul "pensare-in-maniera-utile", come scrive Nadia Urbinati, misurabile in termini economici, in cui l'uguaglianza è stata declinata in modo molto diverso dal passato.<sup>422</sup>

Foucault, nelle sue lezioni al College de France, si è soffermato sulla nascita dell'economia politica, che nasce, secondo il suo punto di vista, come problema del minimo e del massimo di governo – ossia di limitazione alla libertà del mercato - che può essere ritenuto accettabile dalla società e dal mondo degli affari.<sup>423</sup> Anche se si può ammettere che "il contributo dell'esperienza liberale non può essere enfaticamente ristretto alla rivendicazione dello *stato minimo* e del primato dell'*iniziativa privata* contro la moltiplicazione dei compiti pubblici e delle prestazioni pubbliche dello stato sociale",<sup>424</sup> questo aspetto resta indubbiamente centrale nella dottrina del neo-liberalismo economico, che è altra cosa rispetto al liberalismo politico, e rappresenta l'origine del conflitto fra libertà ed uguaglianza. Con la globalizzazione questo tema, che era stato accantonato nell'epoca keynesiana, torna ad essere centrale, ma, come osserva Maria Rosaria Ferrarese, non come questione che attiene alle scelte effettuate secondo le procedure democratiche nazionali, che ineriscono alla sovranità dello stato rispetto al mercato, bensì come questione che discende dalla stessa vita economica e sociale.<sup>425</sup> Il problema del "governo minimo", di cui si occupa implicitamente ma nitidamente la teoria della *law and economics*, rappresenta una delle principali questioni sul tappeto nella globalizzazione economica, che chiede al diritto di operare per (e limitarsi a) disegnare il quadro istituzionale per il corretto funzionamento del mercato. Si torna a vivere, in questo modo, una trasformazione che, come agli albori dell'economia politica, vede il mercato non più rappresentare il luogo della regolazione eteronoma, ma divenire una sorta di "luogo di verità" o di veridizione, come scrive Foucault, che lo trasforma in un vero e proprio "tribunale economico", le cui sentenze sono in grado di sovra-determinare le politiche economiche degli stati e finanche dettare l'agenda delle riforme degli ordinamenti nazionali.<sup>426</sup> Nel diritto del lavoro si pone ora la questione di superare le pretese di verità del mercato, spacciate talvolta in termini assiomatici, e mettere fine a quelle che Foucault chiama le "pratiche normalizzanti".

Il tema di fondo, per riprendere il nostro discorso sul lavoro nel post-fordismo, è ora contrastare la divisione fra uguali e le disparità di potere, agire cioè sull'uguaglianza in termini orizzontali e verticali, impugnando l'uguaglianza come "scudo e come spada", per usare le parole immaginifiche di Marzia Barbera. Secondo Bob Hepple, la difficoltà di riconoscere pienamente il diritto all'uguaglianza o la garanzia di uguaglianza è figlia del peccato originale insito nei sistemi giuridici

<sup>422</sup> Si veda su questi temi il volume a cura di A. LYON-CAEN e A. PERULLI, *Efficiacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, e qui i saggi di PERULLI, LYON-CAEN, DEAKIN ed altri. Non a caso, forse, anche nei sistemi di *common law*, dove più marcata è stata l'influenza di questi modelli, in cui il diritto non da oggi è strumento di regolazione del mercato in funzione della tutela della libertà economica, si è dovuto attendere tanto tempo per staccarsi da una concezione minimalista, definibile come "*formal equality*", dell'uguaglianza: v. B. HEPPLE, *Equality. The Legal Framework*, Second Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2014, p. 11 e ss. Hepple individua cinque fasi evolutive e, solo dopo quella che definisce come *comprehensive equality*, si potrà assistere, a suo parere, finalmente, ad "*a continuation of the move towards comprehensive equality with the significant shift to a regime based on a unitary human rights perspective*", vale a dire "*the start of a period of transformative equality*".

<sup>423</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005. Qui il riferimento è alla terza edizione, 2017, p. 66-67.

<sup>424</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, G. Giappichelli ed., Torino, 2006, p. 69.

<sup>425</sup> M.R. FERRARESE, *Promesse mancate*, Il Mulino, Bologna, 2017.

<sup>426</sup> FERRAJOLI ricorda la famosissima frase di Ronald Reagan, "il governo non è la soluzione ma il problema".

occidentali: “*The separation of rights to non-discrimination in respect of economic and social rights from civil and political ones, and the fragmented approach to different grounds of discrimination, were to have a lasting effect on the development of equality as a fundamental human right*”.<sup>427</sup>

Nel diritto del lavoro ai problemi più risalenti e alla diffidenza per una visione unitaria dei diritti, si aggiungono i “nuovi” problemi derivanti dalla congiuntura ed è difficile riscontrare un altro settore in cui si sia operata, per effetto di *input* eteronomi, una così intensa opera di deregolamentazione e di liberalizzazione. Si potrebbe dire che in questo modo è stato messo in discussione il ruolo del diritto del lavoro come fattore di stabilizzazione e di legittimazione del capitalismo democratico e che, con il nuovo modello di società di mercato, è finita anche la sua funzione di garanzia della riproduzione della forza lavoro, come sembrerebbe dimostrare, appunto, l’esplosione della precarietà e il “lavoro povero”, in ogni paese della filiera occidentale della produzione di valore.<sup>428</sup> Ricorrendo ad un parallelo storico e riprendendo le parole di Edmund Burke in occasione della sua vibrante polemica contro le *Poor Laws* nell’Inghilterra vittoriana, la curvatura del diritto del lavoro potrebbe apparire come la tendenza odierna a considerare il problema della “ingerenza in ciò che concerne la sussistenza del popolo” come un problema rispetto al quale sia l’impresa che lo stato devono rimanere estranei.<sup>429</sup>

Ma ciò non rappresenta soltanto un problema di distribuzione del potere sociale, né soltanto di rapporto fra libertà e sicurezza dell’individuo; il diritto del lavoro flessibile configura, in ultima analisi, un diritto nuovo e speciale definito giustamente “di carattere derogatorio rispetto al modello tipo quale si è venuto storicamente a strutturare”<sup>430</sup> e che, come tale, produce inevitabilmente smagliature più o meno grandi nell’uguaglianza dei diritti dei lavoratori (da cui nasce, si è già detto, anche la disuguaglianza in senso verticale).

## 2. Il diritto del lavoro flessibile e il problema dell’uguaglianza.

Pur potendo essere sviluppate in tante direzioni e con diverse finalità, le osservazioni che precedono mi sembrano utili per discutere, su presupposti chiari, il rapporto fra uguaglianza e diritto del lavoro flessibile (o precario), che è l’oggetto di questo contributo.

Che il mercato del lavoro, lasciato alle sue spontanee dinamiche e fluttuazioni, possa incoraggiare differenze di trattamento e disuguaglianze, è in sé e per sé inconfutabile ed appare un dato per così dire normale. Un po’ più difficile da giudicare è il caso in cui le disuguaglianze provengono non dal mercato ma dall’ordinamento stesso, che può creare differenze di trattamento (più o meno giustificate) in nome della diversità delle situazioni oggetto di disciplina. Ovviamente si potrebbe obiettare che l’ordinamento è disposto proprio allo scopo di determinare differenze di

<sup>427</sup> B. HEPPLE, *Equality. The Legal Framework*, op. cit., p. 19.

<sup>428</sup> L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Einaudi ed., Torino, 2011, p. 138. Scrive Gallino che la finanziarizzazione dell’economia “ha accresciuto in misura sostanziale la irresponsabilità sociale” perché “ciò che l’impresa produce, il suo possibile sviluppo, le condizioni di lavoro che offre hanno perso quasi ogni rilevanza per le decisioni di investimento”.

<sup>429</sup> Il riferimento è tratto dal volume di P. VAN PARIJS e Y. VANDERBORGHT, *A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2017, tradotto in italiano con il titolo fuorviante *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 96 dell’edizione italiana.

<sup>430</sup> G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, G. Giappichelli ed., 2009, p. 11.

trattamento, distinzioni dei gruppi e degli individui, purché giustificate e ragionevoli. Ma una cosa è la valutazione giuridica, altra quella etico-politica, ed è su quest'ultima che vorrei soffermarmi. Se si sceglie come "spazio valutativo" dell'uguaglianza la condizione di diritto applicata ai lavoratori subordinati con il contratto "standard", vale a dire l'insieme delle tutele e dei diritti di cui essi dispongono, le loro condizioni obiettive di vita e di lavoro,<sup>431</sup> non può esserci alcun dubbio che le molteplici forme e modalità attraverso cui l'ordinamento consente il realizzarsi di trattamenti differenti e derogatori ("atipici") si pongono in rapporto modo problematico con l'etica dell'uguaglianza. Allo stesso tempo è innegabile che con il lavoro flessibile sia nuovamente cresciuta la disparità di potere fra le parti del contratto di lavoro, con la conseguenza, in definitiva, di creare non solo una frattura nell'uguaglianza fra i lavoratori, ma anche di determinare un condizionamento negativo e un arretramento rispetto all'obiettivo dell'uguaglianza reale o sostanziale, che era stato perseguito dalla legislazione "garantista" e dal giuslavorismo italiano in modo coerente fino alla crisi del *keynesismo* e dello "stato sociale". Si può dire, in sintesi, che con la svolta avvenuta nella stagione della flessibilità si sia esaurita la tendenza del diritto del lavoro a porsi come uno dei principali protagonisti della promozione del diritto all'uguaglianza, orientato dai valori costituzionali; una linea, osserva Ridola, "finalizzata...allo sviluppo del soggetto considerato nella concretezza della dimensione della socialità".<sup>432</sup>

Dworkin, nel presentare il suo volume sulla "virtù sovrana" dell'uguaglianza, affermò che non solo la vecchia destra liberista, ma anche la nuova sinistra riteneva oramai maturo il momento di superare l'egualitarismo, non solo come prassi presente ed attuale ma, addirittura, anche come (semplice) ideale futuro ed utopico.<sup>433</sup> E in effetti mi sembra questo lo spirito dei tempi (*Zeitgeist*) che ha visto prodursi la politica del lavoro del ventennio trascorso. Nel creare differenti condizioni giuridiche per i lavoratori flessibili rispetto alla generalità del mondo del lavoro, il nostro legislatore (di qualunque colore) è motivato dall'intento di mettersi in sintonia con le istanze dei mercati e mostra così di considerare l'uguaglianza come un valore recessivo; un valore che, nella sua dimensione normativa, si opporrebbe invece alle divisioni o distinzioni fra uguali, essendo problematico giustificare il diverso trattamento dei lavoratori a partire dalla condizione reale dei diversi soggetti di diritto.

Se intendiamo per uguaglianza, come principio astratto, l'uguale considerazione da parte dei governanti per la vita di ognuno, come sostiene Dworkin,<sup>434</sup> la condizione dei lavoratori precari (o autonomi, parasubordinati, ecc.) mostra più di qualche problema con l'etica dell'uguaglianza. Legittimare il fenomeno della differenziazione insito nella flessibilità del lavoro con il richiamo a valori diversi rispetto all'uguaglianza e, in particolare, rinverdire il contrasto fra libertà e uguaglianza, non mi sembra del resto un'idea risolutiva o brillante. Alla libertà dell'individuo, alla libertà del contratto, può essere opposta la ragione della tutela della coesione sociale e delle basi

<sup>431</sup> Sulla necessità di individuare lo spazio in cui l'uguaglianza può essere valutata, v. A. SEN, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 43 ss.

<sup>432</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, op. cit. p. 131.

<sup>433</sup> R. DWORKIN, *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2000; trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli Milano 2000.

<sup>434</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit.

fondanti della comunità, l'esigenza di protezione della democrazia e dello stato di diritto, minacciati dalla precarietà dilagante nel mercato del lavoro dei paesi occidentali. È sempre Dworkin a insegnarci che nel conflitto etico con l'uguaglianza, la libertà è sempre destinata a "perdere".<sup>435</sup> Se non si mette in dubbio la validità del principio astratto di uguaglianza, non può esserci nessun vero contrasto fra libertà ed uguaglianza, scrive Dworkin, perché nessuno può ammettere che "tutelare la libertà significhi agire senza mostrare uguale considerazione per tutti i cittadini".<sup>436</sup> Incidentalmente, si può osservare che questo i nostri costituenti lo avevano ben compreso e forse si potrebbe così giustificare il carattere "particolarmente rigido, comunque meno idoneo di altri principi a flettersi all'impatto coi principi stessi", che assume l'uguaglianza, come sottolinea Ruggeri, per la posizione privilegiata rispetto agli altri valori costituzionali.<sup>437</sup>

In termini più pragmatici, l'uguaglianza implica responsabilità "to look important needs of people both as individual and as communities".<sup>438</sup> Ma è un dovere dimenticato, se si considera il modello di regolazione basato sulla flessibilità del lavoro. La precarietà pone dunque un interrogativo sul doppio impatto critico che realizza sul versante dell'uguaglianza nei diritti come pure sul versante della uguaglianza di carattere sostanziale o materiale. Si tratta di situazioni fra di loro collegate strettamente. Come osserva Ferrajoli, la precarietà comporta la distruzione delle vecchie forme di soggettività, che implicano l'uguaglianza nei diritti, da cui nasce la solidarietà fra uguali.<sup>439</sup> Questa è l'anticamera della disuguaglianza sociale nella società post-industrialista del cosiddetto turbo-capitalismo.

La condizione del lavoratore precario si può considerare, in certo senso, come "nemica" su entrambi i fronti dell'uguaglianza. Consideriamo il primo dei due aspetti. Ebbene, l'uguaglianza indubbiamente viene evocata in modo problematico dalla svalutazione della condizione lavorativa e professionale, implicita nel lavoro precario, da cui deriva anche il disuguale "valore" dei lavoratori, percepiti come differenti. Scrive ancora Hepple: "if people belonging to a particular group have not been afforded equal treatment to the rest of the population this is a reflection of the fact that they have not been valued equally".<sup>440</sup> Questo è quanto avviene esattamente nell'ambito della classe generale dei lavoratori e dei produttori, in cui si è formata una sotto-classe priva dei medesimi diritti che, proprio per questo, può dirsi sicuramente considerata di non uguale valore. È il fenomeno che Ferrajoli definisce della differenziazione giuridica delle differenze, in grado di realizzare "una gerarchizzazione delle differenti identità sulla base della valorizzazione di alcune e della svalutazione di altre".<sup>441</sup>

<sup>435</sup> v. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. 132 ss., secondo cui nessuna teoria che rispetti i presupposti fondamentali della nostra cultura politica (ed etica) "...può subordinare, in qualche misura, l'uguaglianza alla libertà, concepite come ideali normativi".

<sup>436</sup> v. R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. 133.

<sup>437</sup> A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, 2. Non a caso nella nostra Costituzione l'uguaglianza ha il rango dei diritti fondamentali intangibili, non così la libertà economica e contrattuale, che nasce condizionata.

<sup>438</sup> B. HEPPLER, *Equality. The legal framework*, op. cit. p. 22.

<sup>439</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 127.

<sup>440</sup> B. HEPPLER, *Equality. The legal framework*, op. cit. p. 20.

<sup>441</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 115.

L'identità del lavoratore "garantito" è stata assunta dall'ordinamento come condizione "normale" – addirittura al rango di principio fondamentale dell'ordinamento, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 81/2015 - ma in realtà descrive uno *status* privilegiato a fronte del quale la condizione e l'identità del lavoro precario indica uno *status* inferiore e discriminato, perché fonte di esclusione. Torna così d'attualità, paradossalmente, il tema dell'uguaglianza come condizione interna ad un cerchio ristretto, che risale alle origini della modernità e che, in forme ovviamente diverse, interessa oggi, in modo in verità inatteso, il diritto del lavoro; che diviene garante (e responsabile) di una condizione di uguaglianza nei diritti all'interno del gruppo dei lavoratori subordinati assunti con contratto stabile (in maggioranza maschi, adulti ed anziani), a cui si contrappone la discriminazione giuridica riservata ad altri lavoratori, non appartenenti a questo "gruppo". Si crea così un'identità diversa ed inferiore, attribuito di quella "classe" di cui parla Guy Standing nei suoi lavori.<sup>442</sup> Il modello normativo è l'uguaglianza intesa come universalizzazione del solo soggetto privilegiato, che esclude gli altri soggetti, i lavoratori precari, discriminati nel godimento di diritti "sedicenti universali".

Le politiche di flessibilità hanno realizzato, in sostanza, una vera e propria discriminazione ad ampio raggio, di cui soffrono i lavoratori precari, vedendosi negato, sia pure in modo relativo e non assoluto, *il diritto di avere diritti*, ossia il primo dei diritti, secondo la celebre espressione di Hanna Arendt, ripresa da Stefano Rodotà. Pensiamo al lavoratore assunto con contratto di lavoro di breve durata, o al lavoratore autonomo, "coordinato" o "a progetto", oppure al *part-timer* involontario, o ancora al lavoratore somministrato a termine: tutti casi in cui sembra ricrearsi, sia pure in un ben diverso contesto storico, quello svilimento del principio di uguaglianza che si realizzava un tempo mediante le differenziazioni giuridiche di *status*.<sup>443</sup>

Una delle grandi conquiste del diritto del lavoro era stata invece l'uguaglianza nei diritti, indipendentemente dal tipo di contratto, dal luogo di lavoro, dal settore e dall'azienda, dal posto occupato nella produzione, dalla condizione personale e di genere, ecc., tutte condizioni irrilevanti quanto all'attribuzione dei diritti ad opera della legge e del contratto collettivo. Il "diritto all'uguaglianza" è stato praticato e affermato in modo molto concreto, con dispositivi legali inderogabili. Le eccezioni a questo principio sono sempre state considerate tali – eccezioni – ossia come "fatti" da rimuovere, secondo la prospettiva ermeneutica indicata dall'art. 3 comma 2° della Costituzione, non certo come una condizione da promuovere. Ebbene, proprio la natura o il tipo di contratto di lavoro, sono divenuti invece, nella stagione della flessibilità, i principali indici della differenza di condizione e/o di *status*. L'uguale condizione socio-economica di lavoratori-produttori che offrono la propria forza-lavoro in cambio di una retribuzione non si traduce più nel diritto ad uguali diritti. Il tempo in cui l'acquisizione della condizione di lavoratore subordinato coincideva con l'ingresso in un mondo caratterizzato da un medesimo statuto dei diritti è così finito per sempre, ma senza regalare la libertà promessa. Il lavoro si è trasformato nel principale contenitore di

<sup>442</sup> Fra cui si veda G. STANDING, *Precariato. La nuova classe esplosiva*, Il Mulino, Bologna, 2012

<sup>443</sup> Ovviamente, se ed in quanto consideriamo l'uguaglianza come "l'oggetto di un diritto fondamentale", essendo questa la condizione per aversi, almeno in astratto, il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà (A. RUGGERI, *Uguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, op. cit. p. 7).

separate identità, e, lungi dal creare un “pluriverso” abitato da figure portatrici di condizioni differenti ma non diseguali, come pure abbiamo a lungo sperato, sembra realizzare, in modo vieppiù incisivo, un meccanismo di “espulsioni”, che, come scrive Saskya Sassen, rappresenta la modalità di funzionamento del capitalismo globale.<sup>444</sup> Il lavoro precario richiama in effetti alla mente, in modo non proprio infondato, altri contesti in cui l’uguaglianza sembra essere sacrificata o relegata in un angolo, come avviene ad esempio quando si esamina la condizione dello straniero e il problematico suo accesso, soprattutto se “irregolare”, ai diritti fondamentali, che pure vengono assunti come universali. La discriminazione poggia su una condizione giuridica differente, ma la scelta dell’ordinamento può sollevare interrogativi esiziali sul piano etico.<sup>445</sup>

La rivoluzione copernicana descritta come post-fordismo, in cui il lavoro flessibile ha svolto una funzione cruciale, ha assegnato al contratto di lavoro un ruolo, paradossalmente, non più di inclusione ma di esclusione rispetto ai diritti fondamentali e di “cittadinanza”; la stessa condizione di lavoratore subordinato si è trasformata in un fattore di discriminazione anziché di parificazione dei diritti.

Il contratto di lavoro appare così, in certa misura, come un relitto giuridico (premoderno) in una società post-moderna, realizzando una contraddizione logica rispetto all’universalismo dei diritti, che da altro versante ha rappresentato una delle bandiere della “globalizzazione democratica” e della rivendicata vittoria dei diritti umani.<sup>446</sup>

In definitiva, sembra realizzarsi un modello che potrebbe definirsi di “omologazione giuridica delle differenze”, all’interno del quale l’uguaglianza si realizza per assimilazione, assumendo “il soggetto privilegiato come parametro “normale” e “normativo” della classe degli uguali, idoneo ad includere tutti gli altri solo in quanto ad esso omologati”, a cui corrisponde l’esclusione dei “diversi” (nel nostro caso i lavoratori precari, ma il discorso potrebbe allargarsi).<sup>447</sup> Come vedremo discutendo delle clausole di parificazione, i lavoratori precari sembrano avere gli stessi diritti degli altri lavoratori, ma la discriminazione è in realtà solo occultata. Il lavoro diviene così il luogo delle discriminazioni fra uguali, e, ricorda Ferrajoli, esiste un rapporto diretto “tra disuguaglianze e discriminazioni che fa delle une un fattore e un moltiplicatore delle altre”.<sup>448</sup> Il collegamento fra gli ostacoli posti dall’ordinamento all’effettività dei diritti sociali e le disuguaglianze “materiali” non è certo una novità, ma sorprendentemente nuova è la dimensione assunta da questa tendenza,

<sup>444</sup> S. SASSEN, *Espulsioni*, Il Mulino, Bologna, 2017.

<sup>445</sup> Si pensi ai problemi in ambito sanitario, in cui il diritto alle cure viene garantito agli immigrati irregolari nel suo “nucleo duro”, che Ruggeri definisce giustamente un “concetto misterioso”, risolvendosi “in un artificio retorico nel quale il giudice si rifugia in vista dell’adozione della soluzione maggiormente conveniente secondo il caso” (A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, op. cit.). Si potrebbe dire lo stesso, *mutatis mutandis*, della condizione del lavoratore temporaneo e precario, a cui viene garantito il nucleo fondamentale dei diritti ma non tutti i diritti (si pensi ai diritti sindacali) di cui godono gli altri lavoratori impiegati in azienda.

<sup>446</sup> Per osservazioni critiche, fra gli altri, si veda di recente il libro-intervista a MARIO TRONTI, a cura di A. BIANCHI, *Il popolo perduto. Per una critica della sinistra*, Nutrimenti ed., Roma, 2019.

<sup>447</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, op. cit. p. 116.

<sup>448</sup> La discriminazione delle differenze produce disuguaglianza sociale, così come il grado di uguaglianza sostanziale determina “il grado di effettiva non discriminazione delle differenze” (così L. FERRAJOLI, *ibidem* p. 80).

alimentata dalla diffusione di condizioni di lavoro precario, approvandola e sostenendola.<sup>449</sup> Proprio il diritto del lavoro, che aveva assunto come suo prioritario obiettivo il bilanciamento della disparità di potere fra le parti e l'uguaglianza fra lavoratori, è divenuto col tempo un fattore di impulso delle disuguaglianze, creando discriminazioni modellate su stereotipi, come il lavoratore "parasubordinato", il lavoratore "occasionale", "a progetto", "sommministrato", che, tuttavia, individuano una medesima prestazione di lavoro personale e continuativa nell'interesse altrui, ossia l'integrazione nella produzione di valore, in cambio dei mezzi di sussistenza che garantiscono la riproduzione sociale di questi soggetti.<sup>450</sup>

La disuguaglianza nei diritti è gravida di conseguenze negative sul tessuto normativo che può dirsi inerente alla "civiltà del lavoro". Si obietta, a queste critiche, che in realtà è la "società" dei servizi post-industriale che ha richiesto al diritto del lavoro di piegarsi alla flessibilità, è il mondo delle imprese e la concorrenza internazionale ad imporre una revisione del sistema dei diritti del lavoro e l'introduzione di modelli flessibili.<sup>451</sup> Si può però replicare a queste obiezioni osservando, con le parole del più grande giurista positivista ed "avalutativo" del secolo scorso, che è sempre l'ordinamento a decidere il perimetro dell'uguaglianza, ossia "delle disuguaglianze [che] devono essere trascurate e degli individui che, di conseguenza, possono essere considerati eguali".<sup>452</sup> Questa decisione l'ordinamento non può delegarla, neppure al più potente protagonista dei nostri tempi - l'economia - e di fatto non è delegata, essendo sempre nella responsabilità del legislatore (e, in misura minore, degli altri formanti del diritto) la decisione sulla misura e il grado del rispetto dell'uguaglianza nei rapporti giuridici.

### 3. Le disuguaglianze economiche e sociali come tema di riflessione.

È buona abitudine, quando si maneggiano questioni così controverse (e controvertibili) sottoporre le proprie idee ad attente verifiche, ma nel nostro caso questa cautela è d'obbligo, perché le tesi esposte nel precedente paragrafo chiamano in causa questioni di non poco momento del diritto del lavoro italiano, alle prese oggi con la necessità di ridefinire il proprio ruolo nella società post-globalista. Bisogna quindi verificare con maggiore attenzione, innanzitutto, se la diffusione di contratti di carattere derogatorio e flessibile non sia stata dettata soltanto (o soprattutto) da calcoli economici, come alcuni sostengono,<sup>453</sup> e non anche da circostanze obiettive inerenti la struttura occupazionale. Si potrebbe poi ritenere, non senza qualche ragione, che sia questo uno dei casi in cui una valutazione comparativa andrebbe effettuata prendendo in considerazione non

<sup>449</sup> Come ha osservato MARZIA BARBERA in un suo saggio di alcuni anni fa, "le due dimensioni dell'eguaglianza nel rapporto di lavoro – quella dell'eguaglianza verticale e quella dell'eguaglianza orizzontale, ovvero la dimensione del rapporto di potere (o di classe) fra datore di lavoro e lavoratore e la dimensione dell'equa distribuzione di reddito, di risorse, di opportunità e svantaggi fra lavoratori – sono strettamente correlate" (v. M. BARBERA, *L'eguaglianza come spada e l'eguaglianza come scudo*, in P. CHIECO, *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2003, p. 33).

<sup>450</sup> È una *policy* che Ferrajoli definisce come la "strategia della disuguaglianza diretta all'indebolimento, alla disgregazione e al disciplinamento dei lavoratori, attraverso la differenziazione degli status e dei gradi, la creazione di fittizie gerarchie, l'invenzione di premi e incentivi, la promozione dei carrierismi e delle competizioni (...)" (L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit. p. 151).

<sup>451</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, op. cit. p. 653 ss.

<sup>452</sup> H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi Torino 1975, p. 53.

<sup>453</sup> Si veda ad esempio M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?* in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino Bologna, 2006, p. 55 ss.

solo gli aspetti “esteriori”, come la precarietà dell’impiego o i salari più bassi, ma anche le opportunità offerte alle giovani generazioni e, quindi, tenendo conto anche della libertà che ne deriva rispetto alle forme tradizionali di lavoro salariato.<sup>454</sup>

Molto inchiostro è stato speso per dimostrare l’esistenza di una vera e propria “fuga” dal lavoro subordinato, dovuta non soltanto a finalità elusive ma anche a una genuina ricerca, da parte soprattutto delle fasce giovanili del mercato del lavoro, di un nuovo equilibrio fra vita e lavoro, di un rifiuto della dimensione costrittiva insita nel sistema del lavoro fordista-taylorista. Questo è del resto uno dei principali argomenti utilizzati anche per dimostrare l’inesistenza di alternative alla riforma del diritto del lavoro e alla sua “modernizzazione”, stante la necessità di confrontarsi con i problemi presenti e futuri della fine (o almeno, della riduzione) del lavoro subordinato classicamente inteso. Come dire che il lavoro sarà sempre più flessibile e adattabile, sempre meno compatto e caratterizzato da una dimensione tempo-spazio lineare e geometrica, e dunque la flessibilità non solo non sarebbe un “male assoluto” ma dovrebbe ritenersi inevitabile, se addirittura non auspicabile, “liberando” le nuove generazioni dalla “schiavitù” del lavoro salariato a vita.<sup>455</sup>

Non bisogna poi dimenticare che uno degli aspetti cruciali della regolamentazione del lavoro flessibile, sottolineato da molti studiosi, è pur sempre il reticolo di garanzie e di rimedi protettivi, di carattere formale e sostanziale, disposti dal legislatore (o dalla giurisprudenza, che forma il diritto vivente) per far sì che il lavoro flessibile non rappresenti l’alibi per produrre condizioni di lavoro peggiorative e mantenga, allo stesso tempo, “un peso marginale e complementare” rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.<sup>456</sup> Un altro interrogativo, forse ancora più problematico, attiene perciò all’efficacia di queste misure, che, oltre a stabilire filtri e controlli dei flussi di lavoro precario, si sono avvalse della collaudata tecnica antidiscriminatoria. Se esse avessero raggiunto il loro scopo, allora il discorso sull’uguaglianza perderebbe, almeno in parte, ma in parte non certo irrilevante, la sua credibilità.

Forse altre questioni ancora si potrebbero sollevare, ma queste mi sembrano le più importanti, naturalmente in base ad un giudizio eminentemente soggettivo.

Prima di rispondere a queste domande e in particolare al primo dei due interrogativi, va ribadito che per valutare la disuguaglianza in un campo come il mercato del lavoro è doveroso prendere in considerazione informazioni anche su altri “spazi”, non solo sui differenziali economici fra lavoratori o sull’instabilità dell’impiego, così da poter effettuare un giudizio valutativo basandosi su una struttura più ampia. Secondo le indicazioni metodologiche di Amartya Sen, infatti, la posizione di una persona o di un gruppo di persone in un determinato assetto sociale può essere giudicata da diverse prospettive, considerando da un lato le “acquisizioni” del gruppo e dall’altro la “libertà di acquisire” di cui esso concretamente dispone. Si può avere, scrive Sen, “disuguaglianza di acquisizioni e disuguaglianza di libertà, e le due non coincidono necessariamente” (dove

<sup>454</sup> Per sollecitazioni in tal senso quando si discute di disuguaglianza, v. A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 49; v. pure J. B. ATKINSON, di cui si veda fra l’altro, *Social Justice and Public Policy*, Brighton-Cambridge, Mass., Wheatsheaf-MIT Press, 1983.

<sup>455</sup> Per riflessioni critiche v. G. ALLEGRI, G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale dopo la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma, 2015

<sup>456</sup> Così G. FERRARO, in *Tipologie di lavoro flessibile*, op. cit.

per acquisizioni Sen si riferisce, com'è noto, ai “funzionamenti” della persona, ossia ai diversi aspetti della propria vita, e per libertà di acquisire alle sue capacità).<sup>457</sup> Ciò vuol dire, in concreto, considerare la disuguaglianza non disgiunta dalla libertà e non limitarsi alla prospettiva del livello di reddito, o dei “beni primari” alla Rawls, o delle “risorse” possedute, come sostiene Dworkin.<sup>458</sup>

Tuttavia, pur ampliando lo spazio valutativo secondo la prospettiva innovativa di Amartya Sen, non mi sembra che, quando si passa ad una valutazione della situazione dei gruppi dei lavoratori flessibili nell'attuale società post-industriale, si raggiungano risultati positivi, anche a voler tener conto della necessità di riconsiderare il modo in cui siamo stati abituati a concepire i diritti fondamentali del lavoro.<sup>459</sup> La questione della disuguaglianza dei lavoratori precari ha a che fare, infatti, non solo con le differenze economiche o di risorse o di funzionamenti, come si è detto, ma anche con evidenti disparità sistematiche a livello di libertà (di capacità), fattori che messi insieme rappresentano un terribile *j'accuse* nei confronti delle politiche del lavoro degli ultimi venti anni.<sup>460</sup>

Questo punto mi sembra importante, perché la flessibilità del lavoro è stata giustificata, come si è già accennato, in nome della qualità della vita, o della libertà individuale di organizzare la propria vita, in nome del rifiuto di assecondare la creazione di un vincolo giuridico così intenso come il lavoro salariato, e così via.<sup>461</sup> Ma se è vero che l'etica dell'uguaglianza deve tener conto delle diversità fra le persone e delle loro singolari attitudini e propensioni, la libertà di scelta associata al lavoro flessibile, nel senso di concrete opportunità, mi sembra più apparente che reale.<sup>462</sup> Si può anzi affermare, senza grandi incertezze, che la condizione del lavoratore precario, in termini di libertà effettiva (ma valutata, evidentemente, a partire dai risultati ottenuti<sup>463</sup>) è molto diversa dalla narrazione che se ne è data. Più che alla realizzazione di opportunità, il lavoro precario ha contribuito alla situazione di sotto-occupazione diffusa delle fasce giovanili e alla “fuga” (non dal lavoro subordinato ma) dal mercato del lavoro, che si è concretizzata in un'ondata migratoria senza precedenti di giovani (e meno giovani) lavoratori italiani, spinti a lasciare il nostro paese non solo dalla mancanza di occasioni lavorative ma anche (forse soprattutto) dalla ricerca di condizioni dignitose, possibilmente stabili e con salari equi, in grado cioè di garantire a questi giovani

<sup>457</sup> A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 53, che osserva come si tratti di una distinzione “assolutamente centrale per la valutazione sociale”. Il concetto di funzionamento riflette per Sen ciò che una persona può apprezzare di fare o essere ed è indipendente, in una certa misura, dalle risorse o dai beni primari posseduti. I funzionamenti, che Sen ritiene calcolabili e misurabili, variano a seconda della loro complessità, e possono andare dai più elementari (come quello di potersi nutrire) fino alle attività più complesse (come quella di avere un lavoro qualificato e stabile).

<sup>458</sup> Cfr. su tali questioni B. CARUSO, *The Employment Contract is Dead! Hurrah the Work Contract*, in K. STONE, H. ARTHURS (eds), *Rethinking Workplace Regulation*, Russell Sage Foundation, 2013; R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in Int. JCLLIR, 2016, 383 ss. Recentemente, su questi temi, v. B. LANGILLE, *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2019.

<sup>459</sup> Per una rilettura dei modelli di regolazione del mercato alla luce delle teorie di Sen, si veda pure B. CARUSO, *Occupazione, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, Relazione al Congresso AIDLASS 1-3 giugno 2006, Cagliari, pubblicata su *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2007, 113.

<sup>460</sup> Ovviamente, poiché qui discutiamo di “etica pratica”, non c'è bisogno, come insegna Sen, di un approccio analitico e possiamo tranquillamente considerare insieme questi due aspetti, le libertà come le acquisizioni dei funzionamenti (v. A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 185 e ss.).

<sup>461</sup> Per una discussione in merito, con riferimenti bibliografici, v. M.C. NUSSBAUM, A. SEN (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

<sup>462</sup> Su questi punti si veda A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 49 ss.

<sup>463</sup> A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 189

un futuro e un progetto di vita.<sup>464</sup> A partire dagli anni novanta, dopo una lunga stasi, si può parlare di migrazioni dell' "età della precarietà".<sup>465</sup> Tuttavia rispetto al passato ciò che differenzia (in peggio) questo fenomeno è che neppure emigrando i giovani risolvono il problema dell'insicurezza esistenziale e lavorativa.<sup>466</sup> Fotografando in modo impietoso la realtà del mercato del lavoro, Enrico Pugliese mostra come la nuova domanda di lavoro si concentri in realtà "in attività a basso livello di produttività del lavoro, che deve essere compensata in qualche modo da un minor costo e una maggiore flessibilità della forza lavoro".<sup>467</sup> Smentendo tutte le suggestioni sulla flessibilità del lavoro, queste analisi (anche altre convergono) dimostrano che la componente maggioritaria dell'occupazione si estrinseca oggi "in attività che non richiedono formazione e non offrono buona qualità del lavoro" ed anche nei territori con maggiore crescita economica non sono i lavori qualificati e ben retribuiti a primeggiare, essendo piuttosto "la fascia secondaria del mercato del lavoro quella attualmente in espansione".<sup>468</sup> Sostiene Pugliese che una delle responsabilità maggiori di questa situazione critica risiede nel fatto che "da anni è in corso in tutti i paesi europei un processo di regolazione a carattere liberista del mercato del lavoro che ha determinato la diffusione di forme contrattuali atipiche, in sostanza di realtà occupazionali precarie regolate e codificate con accordi che prevedono una riduzione dei livelli salariali, della protezione dell'impiego e delle condizioni di lavoro rispetto al passato". In definitiva, l'indebolirsi ovunque dei sistemi di *employment protection* fa sì che l'espansione della domanda di lavoro avvenga nell'area marginale: "ciò che distingue la fase", conclude Pugliese, "è giustappunto un'estensione della domanda di lavoro contemporanea alla riduzione della qualità dello stesso".<sup>469</sup>

Anche ragionando in termini di libertà o capacità, i lavoratori flessibili non sembrano aver acquisito molti "vantaggi" in grado di ridurre il gap con gli altri lavoratori, i "garantiti".<sup>470</sup> Valutando la reale opportunità di perseguire i propri obiettivi, il quadro appare poco incoraggiante, disegnando una condizione "disuguale" ed inferiore, con poche, scarse indicazioni contrarie per quel che riguarda la libertà di scelta. Non si tratta di vera libertà, visto che il lavoratore precario è costretto a soggiacere a condizioni incoerenti con il *decent work*, a partire dai differenziali di reddito che esistono fra i lavoratori assunti con contratti flessibili ed atipici e i lavoratori con impiego stabile, che comunque sono un indice molto significativo della disuguaglianza. Se è vero, infatti, che "il grado di libertà di cui ciascuno gode può essere di diretto rilievo per una buona società", è altret-

<sup>464</sup> v. E. PUGLIESE, *Quelli che se ne vanno*, Il Mulino, Bologna, 2018, anche per un'analisi del fenomeno migratorio. Su tali questioni cfr. M.L. STAZIO, *Esploratori e fuggiaschi*, Mimesis ed., Sesto San Giovanni (MI), 2017.

<sup>465</sup> E. PUGLIESE, *ibidem* p. 70. Si vedano i dati impressionanti elaborati dalla Svimez e riportati su tutti i quotidiani agli inizi del mese di agosto 2019 (cfr. ad es. il quotidiano La Repubblica, 2 agosto 2019, con i servizi giornalistici di pag. 6 e 7, ed il commento di S. Rizzo, *Il Sud, cioè il deserto*, a pag. 32).

<sup>466</sup> Che la mobilità rappresenti una delle caratteristiche essenziali della nuova forza lavoro è da tempo noto. Come osserva Foucault, "tra gli elementi costitutivi del capitale umano, occorre considerare la mobilità, vale a dire la capacità di un individuo di spostarsi, e in particolare la migrazione", che fa del lavoratore un imprenditore di se stesso (M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, op. cit. p. 190-191).

<sup>467</sup> E. PUGLIESE, *Quelli che se ne vanno* op. cit. p. 74

<sup>468</sup> E. PUGLIESE, *ibidem* p. 74; v. G. FULLIN, *I tempi di lavoro al servizio degli altri*, op. cit.

<sup>469</sup> E. PUGLIESE, *ibidem* p. 77 e pag. 79.

<sup>470</sup> ULRICH BECK in *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, p. 128, notava come "la sottoccupazione e le attività informali accrescono la domanda di sottoccupazione e di attività informali".

tanto vero (e non va mai dimenticato) che la condizione di precarietà di reddito e la povertà materiale (mascherata come saltuarietà dell'impiego) va considerata come una situazione di oggettiva "carenza di libertà".<sup>471</sup>

Se poi volessimo valutare la posizione del lavoratore flessibile nell'ottica della giustizia distributiva di tipo "liberal-egualitario", secondo la teoria della giustizia di Rawls, allora la condanna sarebbe, se possibile, ancora più netta. Infatti, nella sua notissima opera Rawls vede la giustizia come la risultante di tre principi fondamentali.<sup>472</sup> Il principio di libertà, che Rawls ritiene il più importante, vede tuttavia il lavoratore precario soccombere, considerando le difficoltà insite nell'esercizio delle libertà fondamentali, come la libertà di associazione, nonché nell'ambito della sfera della libertà reale o libertà positiva del soggetto, per ragioni talmente note che non è neppure il caso di ricordarle o enumerarle (a partire dalla condizione di instabilità del rapporto lavorativo che crea maggiore disparità di potere fra i contraenti e soprattutto si riflette in un'insicurezza esistenziale che implica minore libertà). Il principio dell'equa uguaglianza di opportunità, per il quale, nell'ambito di una teoria della giustizia, dovrebbe aversi attenzione all'uguaglianza nell'accesso a tutte le posizioni sociali, vede ancora il lavoratore precario in una situazione di difficoltà maggiore e comunque più svantaggiata rispetto a chiunque altro si collochi in una posizione diversa nel mercato del lavoro. Infine, il principio di differenza, che vorrebbe che le disuguaglianze economiche e sociali fossero dirette principalmente a beneficio dei gruppi più svantaggiati, il cui indice dovrebbe essere il più alto possibile, pare anch'esso sollevare molte perplessità se lo si considera in rapporto alla classe dei lavoratori precari.<sup>473</sup>

La precarietà e il lavoro flessibile ingaggiano dunque con l'etica dell'uguaglianza – e con i principi di giustizia distributiva - un confronto molto problematico, perché flessibilità vuol dire disparità di trattamento, particolarismi giuridici, condizioni disuguali di lavoro, mancanza di libertà e minori capacità, con un impatto critico sulla disuguaglianza sociale ed economica, di cui oggi, finalmente, si discute con toni di allarme e di preoccupazione. Le conseguenze della sotto-protezione e della condizione di disuguaglianza sono molteplici e fra queste vorrei ricordare, con una certa inquietudine, l'auto-inibizione a tutelare i propri diritti da parte dei lavoratori più deboli, anche in paesi in cui le difficoltà di richiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria non dovrebbero, in linea di principio, sussistere.<sup>474</sup>

La crescita del settore secondario del mercato del lavoro dimostra, in definitiva, quanto fondata fosse l'obiezione di sociologi come Ulrich Beck, quando si cominciava a parlare di società del sa-

<sup>471</sup> A. SEN, *La disuguaglianza*, op. cit. p. 209-210.

<sup>472</sup> L'opera di JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, pubblicata una prima volta nel 1971 e poi oggetto di successive revisioni da parte dell'autore, rappresenta un testo di fondamentale importanza nell'ambito della filosofia politica. In Italia è stata tradotta da Feltrinelli nel 1982 con il titolo *Una teoria della giustizia*.

<sup>473</sup> Su tali questioni si veda recentemente, anche per i riferimenti alla teoria di Rawls, P. VAN PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, op. cit. p. 179 ss.

<sup>474</sup> V. C. BARNARD, A. LUDLOW, S.F. BUTLIN, *Beyond Employment Tribunals: Enforcement of Employment Rights by EU-8 Migrant Workers*, in *Industrial Law Journal*, vol. 47, 2, 2018, p. 226 ss. In passato non sono mancate voci anche autorevoli che hanno tentato di giustificare la situazione di sotto-protezione e i bassi salari della forza lavoro "informale" in vario modo, anche se può dirsi da tempo abbandonata la teorica ultraliberista del merito individuale e del valore della prestazione lavorativa offerta. Si veda per una tesi di questo tipo, basata sulla scarsa qualità del lavoro precario, J. R. HICKS, *The Theory of Wages*, Macmillan, London, 1962.

pere e dell'informazione, rilevando la frattura fra i nuovi lavori altamente qualificati e l'occupazione dequalificata e scarsamente retribuita delle fasce marginali: una situazione, scriveva il grande sociologo austriaco recentemente scomparso, simile a quella di "una società neofeudale".<sup>475</sup> La recente analisi di Pugliese sul mercato del lavoro e sui flussi occupazionali (ma anche quella di altri studiosi imparziali e di particolare credibilità come Reyneri) pare confermare questa critica così tagliente, che trova ulteriori testimonianze in altri studi sulla qualità dell'occupazione del settore terziario e dei servizi.<sup>476</sup>

Bisogna ricordare che l'autonomia del soggetto e la dignità sono termini inscindibili, ed entrambi, come puntualizza Ruggeri, esigono l'uguaglianza, l'essere cioè ogni soggetto, per quanto differente, eguale in dignità. Purtroppo non è così, bisogna ammettere che non è quanto avviene nell'ambito dell'ordinamento lavoristico.<sup>477</sup>

Anche pensando allo sviluppo civile ed economico dei territori, la scelta di esaltare la flessibilità, di vivere nel mito della flessibilità, non è risultata priva di controindicazioni. L'occupazione precaria, favorita in tutti i modi da iniziative legislative di stimolo del sistema produttivo e tendenti a rianimare un mercato del lavoro asfittico, ha purtroppo mostrato effetti "contro-intuitivi", non accelerando ma deprimendo la crescita economica. I sociologi concordano, per lo più, che uno dei fattori di impulso al capitale sociale nei territori è dato dalla stabilità delle relazioni sociali e affermano che può stabilirsi un rapporto (che può essere documentato) fra decrescita del capitale sociale e aumento delle disuguaglianze. Si è sostenuto, a tal riguardo, che "se la disuguaglianza deprime il capitale sociale è perché una delle condizioni che più ne favoriscono la produzione è l'omogeneità sociale".<sup>478</sup> La precarietà del lavoro, creando maggiore disuguaglianza e condizioni di lavoro sotto-protetto e poco remunerato, pare essere invece una delle cause principali del decremento di capitale sociale che si è registrato soprattutto nei territori più deboli e periferici, già "colpiti" dalla disoccupazione giovanile di massa.<sup>479</sup> Il che, a sua volta, rappresenta un ulteriore ambito in cui, attraverso la precarietà del lavoro, si creano disuguaglianze, che riguardano i territori e le comunità locali.

Purtroppo il diritto del lavoro non è stato soltanto un muto spettatore dell'esplosione del lavoro precario, ma è sì è rivelato, suo malgrado, come l'artefice di questo straordinario processo di distruzione del valore del lavoro, in nome, paradossalmente, delle "esigenze della produzione".<sup>480</sup>

<sup>475</sup> U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, op. cit. p. 61.

<sup>476</sup> Si veda E. REYNERI, *Una forte ripresa dell'occupazione, ma poco qualificata, e il ruolo delle politiche pubbliche*, in *Politiche Sociali*, 2018, 1; I. FELLINI, G. FULLIN, *Employment Change, Institutions and Migrant Labour: The Italian Case in Comparative Perspective*, in *Stato e Mercato*, 2018, 2.

<sup>477</sup> Si vedano le considerazioni di A. RUGGERI, in *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, 2018, II, p. 39.

<sup>478</sup> G. GUCCIARDO, *L'uguale e il diverso. Come le disuguaglianze deprimono il capitale sociale*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2017, il quale osserva che quando le relazioni sociali "diventano sempre più vaghe, indefinite, precarie, revocabili, liquide" ne risente "la propensione generale a cooperare, ad agire in modo leale, ad attenerci a principi di reciprocità", che è alla base del capitale sociale nei territori.

<sup>479</sup> Le rilevazioni più recenti della CGIA di Mestre sembrano confermare questa tesi, visto che le regioni più deboli ed arretrate come reddito pro capite e sviluppo economico sono anche quelle che denotano una percentuale molto elevata di contratti di lavoro a termine e precari.

<sup>480</sup> Con molta chiarezza in tal senso v. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, op. cit., p. 145.

Scrive Dworkin che “la distribuzione della ricchezza è il prodotto di un ordinamento giuridico” e niente più delle vicende che hanno interessato la società capitalistica negli ultimi anni è la prova inconfutabile di tale assunto.<sup>481</sup> Solo ora comprendiamo le conseguenze di questo tipo di impostazione nella regolazione del mercato: come hanno osservato gli studiosi che hanno scritto il recente *Manifesto contro la disuguaglianza*, “mercati del lavoro fortemente disuguali, che offrono poche occasioni di buon lavoro e molte occasioni di lavoro mal pagato, producono strutturalmente povertà – sia in senso assoluto che relativo – a danno anche di coloro che sono occupati”.<sup>482</sup>

Ovviamente, non si vuole in questo modo tratteggiare un quadro privo di ombre o di sfumature. Al contrario. L’ordinamento non è stato solo l’incubatore di riforme che, per il fine di “modernizzare”, hanno sconvolto equilibri risalenti, creando precarietà e allargando l’area del *working poor*, spesso conseguenza di situazioni fuori controllo del mercato del lavoro. Non si possono negare, anzi, i tanti sforzi che sono stati fatti, anche nell’ambito dei processi di riforma legislativa del diritto del lavoro, per la preparazione di concreti bilanciamenti, o per la diffusione di anticorpi, per reagire alla “patologia” creata dall’abuso nell’utilizzo dei contratti flessibili. Come si accennato in apertura di questo paragrafo, il reticolo dei dispositivi di controllo e delle clausole di parificazione rappresenta un aspetto importante della normazione in materia di lavoro flessibile. La strada della deregolamentazione, in altre parole, non è stata la sola ad essere battuta e sarebbe ingiusto limitare il diritto del lavoro soltanto al suo volto per così dire “liberista”.<sup>483</sup> Non sono stati né pochi né (del tutto) vani i tentativi di creare contrappesi alla flessibilità, sia attraverso interventi sul mercato a tutela di questi lavoratori, che mediante dispositivi che incidono sul rapporto di lavoro atipico. Anche se i risultati non sono stati tali da scongiurare gli effetti negativi della flessibilità del lavoro in termini salariali, di sicurezza e di uguaglianza reale fra i lavoratori, gli sforzi in questa direzione sono stati notevoli. Sarebbe, anzi, un lavoro critico tutto da fare quello di analizzare e comprendere le ragioni del fallimento, o almeno del parziale insuccesso, di molti di questi contrappesi alla flessibilità del lavoro, che non hanno impedito la crescita abnorme del lavoro precario, sia quando essi hanno agito all’interno del rapporto di lavoro, sia quando, secondo una teorica molto diffusa, essi hanno privilegiato le tutele sul mercato, al di fuori del rapporto in senso stretto. Ma non è questo lo scopo del presente contributo.

Di questi tentativi, non di tutti ma di alcuni di essi, i più significativi forse, si discuterà nel prossimo paragrafo, ai più limitati fini di verificare come hanno agito e con quali risultati, i dispositivi legali a tutela dell’uguaglianza fra i lavoratori precari e i lavoratori stabili.

#### 4. Flexicurity e clausole antidiscriminatorie.

Non sempre, nonostante i freni posti all’espansione del lavoro flessibile, il diritto del lavoro è stato in grado di correggere i fallimenti del mercato e di reagire alla crisi dell’uguaglianza, anzi le differenze sono state spesso enfatizzate come un risultato legato al nuovo modello di produzione flessibile da accogliere positivamente, nell’ottica della modernizzazione del diritto del lavoro. Il diritto del lavoro ha “creato” la flessibilità del lavoro e le politiche legislative hanno giocato un ruolo

<sup>481</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. VII.

<sup>482</sup> Si veda il testo del manifesto in A.G.I.R.E. *Contro la disuguaglianza. Un manifesto*, Laterza ed., Roma-Bari, 2018, qui p.48-49.

<sup>483</sup> B. CARUSO, R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro e l’autonomia perduta*, op. cit. p. 669 ss.

importante nel dirigere l'ordinamento lavoristico verso approdi non oppositivi rispetto alla diffusione a tutti i livelli di condizioni derogatorie, per ragioni non soltanto di carattere economico, ma senza controllare i costi umani e sociali di queste politiche. Allo sviluppo caotico ed incontrollato del lavoro precario ha contribuito in modo decisivo il legislatore, forse per mancanza di alternative o più probabilmente per un'eccessiva accondiscendenza a quella vera e propria religione civile che è diventata la teoria secondo cui ciò che è giusto per i mercati - luoghi di "verità", come ricorda Foucault - è giusto per la collettività. Lo stimolo alla precarizzazione dei rapporti di lavoro dato dal combinato disposto della l. n. 196/1997, del d. lgs. n. 368/2001 e del d. lgs. n. 276/2003 (fermandoci a quelli che possono essere considerati come gli interventi risalenti più noti) è del resto innegabile, come innegabile è la scelta operata più recentemente dal legislatore italiano nel senso della liberalizzazione ad ampio raggio del mercato del lavoro italiano. Il riferimento è al *Jobs Act* del Governo Renzi, in cui, fra l'altro, l'estensione della tecnica di derogabilità delle clausole legali e contrattuali e gli spazi molto ampi all'autonomia individuale, segnalano un rilevante "investimento" nel rafforzamento del potere contrattuale del datore di lavoro e nella gestione unilaterale della flessibilità. Mentre la successiva manovra del "decreto dignità" del Governo Conte, anche se in contro-tendenza, tocca aspetti non centrali della disciplina lavoristica, senza mettere in discussione seriamente l'impianto delle precedenti riforme. Si può dire anzi che tutti questi interventi in chiave di liberalizzazione del mercato del lavoro si sono aggiunti l'uno all'altro come anelli di una stessa catena, provocando, nel loro effetto cumulativo, un cambiamento radicale del diritto del lavoro italiano (non smentito dalle pur diverse correnti politiche attuali).

La dottrina della *flexicurity*, adottata nel Consiglio europeo di Bruxelles del 14 dicembre 2007, raccogliendo le teorizzazioni di Wilthagen e Tros, si è rivelata tuttavia troppo debole e non ha prodotto quel riequilibrio che aveva promesso.<sup>484</sup> Troppo condizionata, oltre tutto, dagli imperativi dell'*austerità* e dalla duplice esigenza di stabilità dei bilanci pubblici e di rafforzamento della competitività economica dell'area Euro, con la conseguenza di venire totalmente sacrificata in nome delle "riforme" dei sistemi nazionali, che hanno caratterizzato la fase successiva all'esplosione della crisi economica globale (che hanno visto il diritto del lavoro ancora "in prima fila").<sup>485</sup>

Ora, con l'approvazione solenne del Pilastro europeo dei diritti sociali nel corso del summit del 11 novembre 2017 a Göteborg, viene messa alla prova per l'ennesima volta la credibilità dell'impegno europeo di assicurare un equilibrio e una dimensione sociale dell'Europa. Il diritto all'uguaglianza, o più precisamente la parità di trattamento fra lavoratori atipici e lavoratori con contratto standard, sembra rappresentare uno dei punti qualificanti della "nuova" *flexicurity* (v. punto 5, *Occupazione flessibile e sicura*).<sup>486</sup> Il tutto, naturalmente, in accordo con la flessibilità necessaria alle imprese "per adattarsi ai cambiamenti del contesto economico, conformemente a quanto disposto dagli ordinamenti nazionali". Nulla di nuovo sotto il sole dunque, sempre la stessa for-

<sup>484</sup> T. WILTHAGEN, F. TROS, *The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2004, 166 ss.

<sup>485</sup> Per una sintesi v. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Per un'introduzione critica*, Wolters Kluwer ed., Milano, 2017. Per un commento ai meccanismi della *governance* europea e alla natura degli interventi sugli ordinamenti nazionali, sia consentito rinviare al mio scritto *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2014, 104.

<sup>486</sup> V. Commissione Europea, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM (2017), 250 final.

mula, che non ha dato grandi risultati in passato. Come si è notato, “...in omaggio ai principi comuni della *flexicurity*, il *mix* ottimale di flessibilità e sicurezza in questo ambito è affidato alla scelta degli Stati membri, entro le coordinate generali stabilite dal pilastro e nei limiti consentiti dallo *hard law* dell’U.E.”.<sup>487</sup>

Anche nel nostro paese la teoria della *flexicurity* ha costituito la “filosofia” sottesa ad interventi recenti di riforma del mercato del lavoro (dalla l. n. 92/2012 ai decreti legislativi del 2015) che presuppongono sempre lo slittamento del baricentro delle tutele dal rapporto al mercato.<sup>488</sup> Bisogna dire con franchezza, però, che la legislazione si è sviluppata con straordinaria continuità di intenti e prospettive a dispetto dell’alternanza di schieramenti politici, tanto che l’ultima riforma organica dell’ordinamento lavoristico, realizzata nella precedente legislatura, pur disegnando interventi complessi e sicuramente importanti sulla struttura giuridica del rapporto di lavoro, ha praticamente confermato l’intero impianto della c.d. “riforma Biagi” (d. lgs. n. 276/2003), con la sola esclusione dell’abrogazione del contratto di lavoro ripartito, il *job sharing*, lasciando intatta la scelta di disarticolare il contratto di lavoro standard attraverso la moltiplicazione dei contratti di tipo flessibile disponibili per l’autonomia privata.<sup>489</sup>

Eguale, la disciplina del lavoro a tempo determinato e del lavoro somministrato è stata modificata, con il d.l. n. 34/2014, confermato dal d. lgs. n. 81/2015, operando una revisione del precedente assetto regolamentare che ha alzato ancora di più il tasso di “liberismo” del nostro diritto del lavoro (la disciplina in materia è stata poi recentemente modificata dal c.d. “decreto dignità”). Anche le modifiche in materia di lavoro a tempo parziale ed apprendistato, sembrano, del resto, puntare a semplificare il quadro normativo e soprattutto potenziare la flessibilità in entrata, nonostante che in materia siano stati fissati dalla nostra Corte costituzionale principi a tutela del consenso del lavoratore che possono dirsi inderogabili.<sup>490</sup> Per non parlare della riforma della disciplina in materia di licenziamenti, che ha di fatto varato un’ennesima liberalizzazione “in uscita”, abolendo il regime vincolistico in materia di licenziamento, ma solo per i lavoratori assunti dopo l’entrata in vigore del d. lgs. n. 23 del 2015, cioè in sostanza per i più giovani; disciplina su cui ha inciso, con un deciso intervento “ortopedico”, la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018 (pur da molti criticata per aver approvato la discriminazione fra lavoratori quanto alla disciplina applicabile in caso di licenziamento) che ha eliminato l’assurdo automatismo in caso di recesso illegittimo, secondo il criterio “crescente” del risarcimento per il lavoratore pari a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio prestato. Il tutto escludendo per questi nuovi lavoratori la misura della reintegrazione nel posto di lavoro, salvo alcune ipotesi residuali, come il licenziamento discriminatorio o il licenziamento disciplinare per fatti insussistenti nella loro

<sup>487</sup> M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell’ordinamento multilivello*, G. Giappichelli ed., Torino, 2018, p. 79.

<sup>488</sup> V. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, op. cit., p. 48; sul richiamo alla *flexicurity* in modo improprio e sull’ideologia sottesa v. L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

<sup>489</sup> È stato confermato, a dispetto dell’obiettivo di maggiore sicurezza, il lavoro intermittente, che, lasciando al datore assoluta libertà di utilizzo del contratto quando gli serve, è ritenuto, nella classifica del lavoro flessibile, un contratto con un tale grado di flessibilità da essere “superato solo dagli *zero hour contracts* britannici” (v. M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act*, op. cit. p. 106-107).

<sup>490</sup> Il riferimento è alla sentenza n. 212/1992 della Corte costituzionale.

“materialità”. In realtà, sono ancora misteriose le ragioni che hanno spinto una maggioranza politica di centro-sinistra ad approvare una riforma “iper-liberista” del mercato del lavoro, fino al punto di ripristinare la “libertà di licenziamento”.<sup>491</sup>

Quanto alle prospettive future in materia di regolamentazione del lavoro flessibile, il Pilastro sembra ribadire, come si è già accennato, la tecnica antidiscriminatoria, già adottata in passato dal diritto dell’U.E. per affrontare il problema della disuguaglianza nei diritti, tema critico del lavoro atipico. Si tratta di una tecnica piuttosto diffusa nel diritto del lavoro, quando, per vari motivi, vengono ammesse deroghe al contratto standard per assecondare la “flessibilizzazione” del rapporto di lavoro o per riconoscere maggiore potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione lavorativa e sul flusso di forza lavoro nelle aziende. Come si è accennato, sarebbe ingiusto sottovalutare queste iniziative, tese a controbilanciare la precarietà e a introdurre alcuni antidoti all’abuso dei contratti flessibili, che, tuttavia, si sono inserite in un *clima* cultural-politico caratterizzato dall’egemonia neo-liberale.<sup>492</sup>

Nell’ambito delle tecniche di bilanciamento del potere datoriale, indubbiamente rafforzato dalla flessibilità del lavoro e dal “liberismo giuridico”, le clausole di parificazione hanno un’importanza notevole, impedendo l’utilizzo dei contratti derogatori per determinare un trattamento inferiore e peggiorativo rispetto a quello praticato nei confronti dei lavoratori con contratto “normale”. Sia nell’ambito della direttiva n. 1999/70/CE sul contratto a termine che nella direttiva n. 1997/81/CE sul contratto a tempo parziale, sono contemplate clausole di questo tipo, contenenti divieti di discriminazione dei lavoratori flessibili nel trattamento economico e normativo, rispetto a quello spettante al lavoratore “comparabile”, assunto a tempo indeterminato (salvo ragioni obiettive, che, tuttavia, rappresentano eccezioni residuali e praticamente inesistenti).<sup>493</sup> Queste clausole sono state trasfuse nell’ordinamento nazionale e ribadite nella disciplina del contratto a termine dall’art. 25 d. lgs. n. 81/2015,<sup>494</sup> mentre per il contratto a tempo parziale dall’art. 4 d. lgs. n.

<sup>491</sup> Su tali questioni mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici ulteriori, ai miei scritti *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, pubblicato in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2 e *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, destinato agli Scritti in onore di Roberto Pessi e pubblicato in pre-print fra i W.P. CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 382/2018.

<sup>492</sup> Per una panoramica sulla *flexicurity*, v. B. Caruso, S. Sciarra (eds), *Flexicurity and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, in CSDLE “Massimo D’Antona”, 2007, 56.

<sup>493</sup> Bisogna dire, a questo riguardo, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha operato un controllo assiduo e molto severo sugli ordinamenti nazionali, per rimuovere i trattamenti meno favorevoli e discriminatori previsti da norme di diritto interno per i *part-timer*, ancor prima del resto dell’introduzione della direttiva 97/81, utilizzando a questo scopo il principio di non discriminazione fra lavoratori e lavoratrici e colpendo sia le discriminazioni di fonte legale che conseguenti all’applicazione di discipline collettive. In particolare, sulle discriminazioni in materia di retribuzione, la CGE è stata particolarmente severa, ribadendo sempre il carattere di “principio fondamentale del diritto comunitario, che nessuna norma nazionale può avere l’effetto di svuotare di sostanza” del principio di parità (così nella sentenza *Kruger*, sent. 9/9/1999). Sempre valido il commento di M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, IV ed., 2007, pag. 206 ss.

<sup>494</sup> L’art. 25 prevede che “*al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell’impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato*”. Si dispongono poi sanzioni in caso di violazione da parte del datore di lavoro, di natura amministrativa.

61/2000 e poi dall'art. 7 d. lgs. n. 81/2015,<sup>495</sup> ma bisogna precisare che il principio antidiscriminatorio, quanto meno per il lavoro a termine, era presente nell'ordinamento italiano già grazie alla disciplina introdotta con la l. n. 230/1962. Clausole più o meno simili sono poi inserite nell'ambito della disciplina del lavoro intermittente e del lavoro somministrato (in quest'ultimo caso, dall'art. 35 comma 1° del d. lgs. n. 81/2015, che ha modificato in modo forse inopportuno quanto già previsto dall'art. 23 del d. lgs. n. 276/2003).<sup>496</sup>

Una clausola di parificazione *sui generis* è poi quella riguardante la galassia delle collaborazioni non subordinate, stabilendosi, con l'art. 2 del d. lgs. n. 81, l'applicazione della disciplina propria del lavoro subordinato "anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro". La disposizione, che contiene alcune deroghe, è oggetto di vivace discussione nella dottrina giuslavorista, non essendo ben chiaro se essa incide sulla fattispecie della subordinazione (art. 2094 c.c.), oppure se si tratta di una norma che si limita soltanto ad estenderne la disciplina anche a rapporti di natura diversa, di carattere autonomo ma "etero-organizzati" con riferimento ai tempi e al luogo della prestazione. In ogni caso, essa può essere letta anche in un'ottica di parificazione e del resto la giurisprudenza che finora si è pronunciata sulla sua applicazione, ne ha sancito proprio questa (limitata) funzionalità ai fini retributivi e degli istituti contrattuali collegati.<sup>497</sup>

In generale è opinione diffusa (e fondata) che il nostro ordinamento preveda clausole antidiscriminatorie più puntuali rispetto alle direttive europee, in cui si fa salva la possibilità di trattamenti meno favorevoli in caso di "ragioni obiettive", mentre la nostra normativa nazionale non ammette deroghe. Come ha notato Perulli qualche anno fa, "l'inderogabilità del principio di non discriminazione comporta una significativa rigidità nella disciplina del rapporto, peraltro insuperabile dalla stessa autonomia collettiva, alla quale risulta sottratta la facoltà di differenziare i trattamenti per ragioni economiche, costi dell'impresa, ragioni di mercato, ovvero per finalità di interesse generale".<sup>498</sup> E questo giudizio può essere confermato ancora oggi, nonostante le smagliature derivanti da una non accorta tecnica legislativa utilizzata dal legislatore delegato durante la scorsa

<sup>495</sup> Prevedendosi qui al primo comma che "il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento" e al secondo comma che "Il lavoratore a tempo parziale ha i medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile ed il suo trattamento economico e normativo è riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. I contratti collettivi possono modulare la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso in caso di licenziamento o dimissioni e quella del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia ed infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro".

<sup>496</sup> La nuova disposizione prevede che i lavoratori somministrati hanno diritto, a parità di mansioni svolte, "a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore". Si è rilevata, in questa modifica, una condizione di minor tutela rispetto al precedente art. 23 d. lgs. n. 276/2003, sia perché scompare il riferimento all'applicazione integrale del t.u. n. 81/2008 per i lavoratori somministrati, sia soprattutto perché la parità di trattamento implica ora una valutazione comparativa "complessiva" e non più un confronto fra singoli istituti, come in precedenza, visto che la vecchia disposizione esigeva il rispetto di "condizioni di base non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (v. M. D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. CHIAROMONTE, M.D.FERRARA, *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, FrancoAngeli ed., 2018).

<sup>497</sup> Si veda la sentenza della Corte d'Appello di Torino del 4/2/2019 n. 26, riguardante la nota questione dei *riders*, i lavoratori dei servizi che si occupano delle consegne di cibo a domicilio.

<sup>498</sup> A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Pesaro-Urbino 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 111-112.

legislatura.

Insomma, non pare proprio che l'ordinamento sia stato fermo e la tendenza a valorizzare il principio di parità, che si è qui sintetizzata in modo sommario, è molto robusta e può dirsi risalente, come tecnica di regolazione delle differenze, all'epoca della crisi della "norma inderogabile". Probabilmente non è casuale che al declino dell'inderogabilità abbia fatto seguito l'*exploit* delle clausole antidiscriminatorie.<sup>499</sup> Ma di quale uguaglianza parliamo quando ci riferiamo alla parità di trattamento fra lavoratori atipici e lavoratori standard? Si tratta di una risposta alla flessibilità che, va ribadito, è posta logicamente in secondo piano rispetto alla tradizionale tecnica di controllo e di regolazione basata su norme imperative di legge (o del contratto collettivo) che si "impongono" dall'esterno all'autonomia negoziale delle parti, da cui nascono diritti del contraente debole azionabili direttamente, senza possibilità di mettere in atto tecniche elusive. Lo scopo delle clausole antidiscriminatorie è piuttosto quello di garantire la "correttezza" dell'utilizzo del contratto flessibile, impedendo gli abusi, così da rendere accettabile la segmentazione del mercato del lavoro e, in certo senso, contribuendo in tal modo a legittimare la precarietà del lavoro; nell'illusione - solo in parte fondata, finché il lavoro precario si presenta come "eccezione" – che in questo modo non sia "il mercato del lavoro precario e occasionale ma quello del lavoro stabile e garantito a stabilire il parametro di determinazione dei trattamenti".<sup>500</sup>

Le clausole di parificazione sembrano tendere in effetti più a regolare la "concorrenza" fra lavoratori atipici e lavoratori standard, che ad adempiere ad una funzione "distributiva" dei rischi del mercato del lavoro in senso favorevole ai lavoratori, come avviene invece con l'uguaglianza nella sua dimensione verticale (secondo l'impostazione tradizionale del diritto del lavoro).<sup>501</sup> In questo senso mi pare corretto dire che l'uguaglianza orizzontale, illusoriamente perseguita, si inserisce nel quadro della nuova visione del diritto del lavoro, il cui fine è garantire eguali opportunità di accesso al lavoro (quale che sia): "l'ultimo baluardo di un sistema di garanzie giuridiche che perde sempre più peso rispetto agli imperativi dell'economia", come si è osservato.<sup>502</sup>

La clausola di parità, in realtà, impedisce gli abusi ma non elimina le disuguaglianze, come si può verificare oggi, concretamente, alla luce dell'abnorme crescita del lavoro precario e insieme ad esso del *working poor*. Bisogna infatti intendersi, quando si discute di uguaglianza in senso orizzontale, "in che cosa il diritto deve rendere le persone uguali". Nel nostro caso, l'uguaglianza interviene non per escludere le differenze ma per sanzionarle e legittimarle, visto che è proprio la natura del contratto stipulato da cui origina la distinzione fra eguali, ed essa non può essere rimossa, producendo differenze che si trasformano in disuguaglianze economiche e sociali.

Le clausole antidiscriminatorie, per quanto garantiscano astrattamente la condizione di parità fra lavoratori, non si occupano del problema del rapporto fra precarietà e libertà, che è inerente alla

<sup>499</sup> M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007. Alle misure indicate, vanno aggiunte le direttive antidiscriminatorie del 2000 (43/2000 e 78/2000, oltre alla dir. n. 73/2002), senza dimenticare la Carta dei diritti fondamentali, proclamata nel 2000 a Nizza, che indica l'uguaglianza come uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 20, come eguaglianza dinanzi alla legge, art. 21 e 23 diritto a non essere discriminati, art. 22 diritto alla propria differenza).

<sup>500</sup> P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, op. cit., qui p.73.

<sup>501</sup> v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, op. cit.

<sup>502</sup> v. M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, op. cit. p. XXIV-XXV; v. M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e Diritto*, 2004, 503.

distribuzione del potere contrattuale fra le parti, ossia all'uguaglianza in senso verticale (anzi, nei contratti atipici la legislazione interviene per rafforzare la posizione del datore, per cristallizzare la disparità di potere). Si potrebbe dire che esse accolgono una visione molto angusta dell'uguaglianza, senza considerare lo spazio della libertà, come ci insegna Amartya Sen, ma limitandosi a stabilire la parità soltanto con riguardo al trattamento economico applicato nel periodo di lavoro. Riprendendo le riflessioni di Marzia Barbera, mi sembra di poter dire ancora oggi, in senso critico, che “muovere il baricentro dell'attenzione dal rapporto verticale datore di lavoro – lavoratore, a quello orizzontale tra lavoratori, significa distorglielo dalla relazione di potere sociale che sottintende il contratto di lavoro, riproponendo, in vesti nuove, una risalente divisione tra sfera pubblica (in questo caso, il mercato del lavoro) in cui agirebbe il principio di uguaglianza di opportunità, e sfera privata (il rapporto di lavoro) che resterebbe dominio della libertà contrattuale”.<sup>503</sup> In definitiva, se si guarda all'uguaglianza come ad un terreno in cui non si può prescindere dalla libertà, che è un aspetto centrale della dignità umana, bisogna ricordare che un impegno per la libertà è reale solo a condizione di “riguardare entrambe le libertà, positiva e negativa, insieme alle loro estese relazioni reciproche”.<sup>504</sup> Non sembra che questo aspetto risalti nella legislazione della flessibilità, in cui non sono state disposte misure in grado di proteggere entrambe queste dimensioni, col risultato di determinare differenze che si trasformano in sperequazioni sostanziali e reali.

## 5. Dalle differenze alle disuguaglianze.

Probabilmente è giusto dire che la precarietà e la disuguaglianza, come questione sociale, vanno inquadrare in un contesto più ampio, riguardante l'assetto complessivo delle società di mercato, i meccanismi di riproduzione sociale e dunque la sfera e direi anzi l'essenza dell'economia politica: come sostiene Zygmunt Baumann, molta responsabilità per la proliferazione di condizioni così poco attente al valore della persona va ascritta alla sottovalutazione dei “danni collaterali” del sistema di accumulazione.<sup>505</sup> Sul piano invece strettamente giuridico, un ulteriore contributo alla divisione e alla frammentazione del mondo del lavoro è stato offerto dalla ricerca di standard di regolazione di carattere procedurale piuttosto che di carattere “sostantivo”, ovvero di tecniche che contemplano di fatto entrambi i modelli, fondendoli, come avviene in molti casi di derogabilità dei dispositivi legali o contrattuali, agiti su ogni aspetto o istituto del rapporto di lavoro.<sup>506</sup> La tecnica di derogabilità ad ampio raggio è divenuta talmente pervasiva e costante da ridurre il vecchio paradigma lavoristico della “norma inderogabile” ad un simulacro, spogliato di qualsiasi concretezza e credibilità come tecnica di regolazione e controllo dei poteri di autonomia.<sup>507</sup> Ed è noto che scardinare l'inderogabilità della norma lavoristica vuol dire impedire l'effetto suo tipico

<sup>503</sup> M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit. p. 43.

<sup>504</sup> A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, op. cit. p. 12.

<sup>505</sup> Z. BAUMANN, *Collateral Damage. Social Inequality in a Global Age*, Polity Press, Cambridge (UK), 2011, trad. it. *Danni collaterali*, Laterza ed., Roma-Bari, 2014.

<sup>506</sup> cfr. S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *Industrial Law Journal*, 1994, vol. 21, n. 4, p. 290.

<sup>507</sup> Sia consentito rinviare al mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in L. Calcaterra (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

“di porre tutti i lavoratori su un piano di parità rispetto all’esercizio del potere datoriale”,<sup>508</sup> facendo salva unicamente la possibilità di derogare *in melius* i dispositivi di tutela previsti dalla legge o dal contratto collettivo nazionale.<sup>509</sup> In altre parole, viene meno la possibilità di far scattare quel meccanismo di autodifesa che potrebbe ritenersi, in certo senso, come l’affermazione nell’ambito lavoristico del principio di “massimizzazione delle tutele”, teorizzato da Ruggeri,<sup>510</sup> come criterio ordinante per la regolazione del rapporto fra fonti, che nel diritto del lavoro consente, nel conflitto fra norme eteronome e autonome (contratto individuale, contratto collettivo), di riconoscere la prevalenza del trattamento più favorevole. Toccare questo meccanismo e deviarne la sua rigorosa funzionalità, significa incrinare o addirittura mettere fuori gioco il diritto del lavoro, con conseguenze intuitive quanto all’uguaglianza fra lavoratori e anche, in ultima analisi, nel rapporto di potere con il datore di lavoro.

Questi passi, ricalibrando il rapporto fra derogabilità e inderogabilità, hanno contribuito alla realizzazione, replicata continuamente, di differenze di trattamento fra lavoratori, creando un diritto del lavoro nuovo, costruito non più sull’unitarietà e l’omogeneità dei trattamenti ma, al contrario, sui particolarismi, sulla rottura del principio di uguaglianza e sulla distinzione dei regimi di disciplina applicabili. Molti sono i padri di questa disintegrazione giuridica, ma, forse, un ruolo decisivo va riconosciuto a quella “specie di sordità al problema dell’*eguaglianza orizzontale* tra i lavoratori, cioè ai problemi di giustizia distributiva”, a cui accennava tempo fa Marzia Barbera riprendendo le osservazioni critiche di Hugh Collins,<sup>511</sup> come una delle caratteristiche salienti della nostra epoca, nel mondo del lavoro post-industrialista. Con la rivoluzione neoliberale, che ha fatto “*tabula rasa*” delle idee e dei materiali giuridici realizzati negli anni successivi al disgelo costituzionale, sono stati abbattuti i principi democratico-egualitari che avevano vivificato i tradizionali principi liberali,<sup>512</sup> e l’impatto di questa nuova “filosofia” si è fatto sentire in modo molto forte proprio nell’ambito dei diritti sociali.

In linea di principio, tuttavia, non ci sarebbe nessuna opposizione fra uguaglianza e differenze: “garanzia dell’una e valorizzazione delle altre, al contrario, non solo non si contraddicono ma si implicano tra loro quali che siano...le differenti identità”. Lo scrive Luigi Ferrajoli: tutela delle differenze e contrasto alle disuguaglianze non possono dirsi in conflitto.<sup>513</sup> Ma nella società flessibile, la valorizzazione delle differenze si è accoppiata al carattere recessivo dell’uguaglianza, mentre la differenza quasi mai è stata finalizzata o collegata alla “promozione” della dignità della persona. Un sociologo di grande autorevolezza come Alessandro Pizzorno ha osservato che la rottura

<sup>508</sup> M. BARBERA, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, op. cit. p. 34.

<sup>509</sup> Sull’inderogabilità l’opera di riferimento nel panorama giuslavorista italiano è quella di RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976.

<sup>510</sup> Sono tantissimi i lavori in cui ANTONIO RUGGERI ha illustrato la sua tesi, che trova indiscutibili radicamenti anche nelle Carte dei diritti; si veda più recentemente, per una sintesi, il suo *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, pubblicato in *Dirittifondamentali.it*, 2019, 1, anche per la risposta alle critiche di ROBERTO BIN, di cui si veda il volume *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

<sup>511</sup> M. BARBERA, *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, op. cit., p. 39; il testo di HUGH COLLINS è *The Productive Disintegration of Labour Law*, in *Ind. Law. Journal*, 1997, p. 306.

<sup>512</sup> C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari Laterza ed., 2018.

<sup>513</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, op. cit. p. 8.

dell'unità del gruppo garantita dall'uguale trattamento, apre le porte all'indebolimento del potere negoziale dei lavoratori, finendo per ledere la condizione di dignità a cui fa riferimento il combinato disposto degli art. 2 e 36 della Costituzione.<sup>514</sup> Bisogna ammettere che, attraverso la costituzione di "statuti" particolari, attraverso la promozione di formule negoziali atipiche, si è giunti a revocare in dubbio quella convenzione non scritta, inerente al nostro ordinamento costituzionale, secondo cui istituire diritti fondamentali significa "renderli inviolabili e non negoziabili, cioè sottrarli, simultaneamente, all'arbitrio della decisione politica e alla disponibilità del mercato".<sup>515</sup>

Se i lavoratori potevano sentirsi uniti dalla medesima condizione di impiego e trarre da questa unità la propria coscienza come *classe per sé*, la dottrina neoliberale, portando fino in fondo la sua critica all'egualitarismo, ha smontato uno dei suoi strumenti realizzativi, vale a dire la capacità di conformazione e di livellamento verso l'alto della condizione della classe dei contraenti deboli da parte del diritto del lavoro. Altrove ho argomentato come la questione dell'uguaglianza giuridica o formale, ossia il limite in concreto al potere legale di produrre differenze di trattamento, non sia di minore impatto rispetto al tema dell'uguaglianza materiale o sostanziale. Per usare un'espressione adoperata spesso da Dworkin, si potrebbe dire che con il neoliberismo è venuto meno completamente (o almeno è stato ridimensionato) il carattere normativo del principio di "uguale importanza", che lo stesso Dworkin considera come un principio fondamentale dell'individualismo etico e implica l'uguale considerazione per ogni persona.<sup>516</sup> L'introduzione di enormi possibilità di frammentazione e di disarticolazione, non da ultimo vanificando il principio di inderogabilità, che è garanzia del trattamento eguale dei lavoratori,<sup>517</sup> è uno dei segni più eloquenti della crisi dell'uguaglianza e insieme del diritto del lavoro.

Il tema delle disuguaglianze si impone oggi all'attenzione delle scienze sociali per una molteplicità di ragioni, non ultima perché proprio all'eccesso di disuguaglianza si imputa l'origine della crisi economica globale. È un tema su cui il diritto del lavoro deve sentirsi impegnato in modo particolare, avendo contribuito a creare le condizioni del ciclo della precarietà, che sta forse finalmente volgendo al termine. Una delle conseguenze della flessibilità è stata certamente – ma non solo – il parallelo declino di quella condizione di sicurezza che era stata la conquista forse più importante dei "trenta gloriosi". Certo era questa una sicurezza non priva di zone d'ombra, ma il segreto del successo delle società industriali del secolo scorso si deve, secondo autorevoli studiosi, proprio al compromesso continuamente rinnovato fra istanze economiche e sociali.<sup>518</sup>

<sup>514</sup> Come scrive PIZZORNO, "il riconoscimento reciproco di uguale appartenenza permette di espellere, o coprire, o chiudere come fra parentesi, il giudizio su una propria inferiorità". Da qui origina l'identità collettiva, antidoto (forse l'unico possibile oggi) alle disuguaglianze e alle polarizzazioni di gruppi e persone create dalla globalizzazione dei rapporti sociali (v. A. PIZZORNO, *Il velo della diversità*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 316).

<sup>515</sup> L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, op. cit., p. 11. Gli esempi che potrebbero esser fatti sono tanti: si pensi, ad esempio, all'enorme diffusione del part-time "involontario", che non vuol dire, nella maggioranza dei casi, tutelare la varietà dei modi di integrare il lavoro con la vita privata, come è stato detto e ripetuto dalla *vulgata* corrente, ma vuol dire lavoro "povero".

<sup>516</sup> R. DWORKIN, *Virtù sovrana*, op. cit. p. X-XII.

<sup>517</sup> Come si è notato, "qualunque norma inderogabile può essere letta anche come un meccanismo redistributivo di traslazione dei rischi del mercato dal lavoratore al datore di lavoro, e dunque, sostanzialmente, in chiave di perseguimento di una posizione di maggiore eguaglianza sostanziale tra le parti" (v. M. BARBERA, *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, op. cit. p. 36).

<sup>518</sup> A. SUPJOT, *Grandeur et misère de l'Etat social*, op. cit. Sosteneva allo stesso modo ULRICH BECK oramai quasi vent'anni fa che "l'unione, sviluppatasi in Occidente, fra diritti fondamentali politici, sociali ed economici non è una sorta di <<opera pia sociale>> della quale in

Ora è tempo che anche il diritto del lavoro ritrovi il suo punto di equilibrio. Si è osservato che le condizioni in cui sono costretti a vivere i “disuguali” sono destinate a produrre, se non contrastate, cambiamenti profondi e, forse, “una vera e propria <<dinamica autoritaria>>: intolleranza per le diversità; sfiducia in istituzione ed esperti; desiderio di comunità chiuse; domanda di poteri forti capaci di vietare e sanzionare”.<sup>519</sup> Che vi sia un nesso fra precarietà, disuguaglianza e crisi economica, come fra crisi economica e crisi della democrazia, non sorprende. Lo affermano economisti e studiosi di diversa estrazione e cultura, anche se le loro conclusioni, come pure le misure da adottare in proposito, possono non essere sempre le stesse.<sup>520</sup>

Una delle cause che comunemente vengono ritenute all’origine della disuguaglianza è la “perdita di potere negoziale” dei lavoratori, che a sua volta, indiscutibilmente, è figlia dell’indebolimento di questi ultimi “nella bilancia dei poteri fra lavoro e capitale”.<sup>521</sup> Si può citare Atkinson, uno dei massimi studiosi del fenomeno della disuguaglianza, che spiega come non esista un solo equilibrio di mercato fra lavoratori e datori di lavoro, anzi sono possibili soluzioni e combinazioni diverse. Ecco perché fra le proposte che Atkinson ha messo a punto per combattere disuguaglianza e povertà, un ruolo cruciale spetta al rafforzamento del potere negoziale del lavoro, che è un tema giuridico e non solo sociale.

Certo si potrebbe dubitare che i giuristi debbano occuparsi di problemi distributivi, che riguardano la sfera politica ed hanno implicazioni macroeconomiche difficili da decifrare. Ho affrontato questo problema in un mio precedente contributo critico<sup>522</sup> ed ho preso posizione nei confronti delle teorie secondo cui ai giuristi è dato occuparsi semmai delle “condizioni di partenza” o delle disuguaglianze delle opportunità, non anche delle disuguaglianze degli esiti, e che il loro compito sia essenzialmente garantire quello che gli economisti chiamano un “campo di gioco livellato” (*level playing field*).<sup>523</sup> Sono molteplici le critiche che possono muoversi a questo approccio tipicamente liberale del rapporto fra diritto e società, a partire dal disvelamento della natura profondamente illusoria della “neutralità” del diritto rispetto alle questioni distributive e ai conflitti sociali.

Ma, per essere sintetici al massimo, si può riprendere ancora Amartya Sen, quando osserva che non è solo una questione morale e neppure di possibilità di accedere agli stessi diritti di cui go-

---

tempi di ristrettezze si può pensare di fare a meno” (U. BECK, *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, p. 21). “Per sopravvivere”, scrive BAUMANN, non bastava al capitalismo riprodurre il proprio meccanismo di accumulazione e di valorizzazione, ecco perché “la disuguaglianza dovette inventare l’arte di autolimitarsi” (Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, op. cit. p. 45).

<sup>519</sup> F. BARCA, S. MORELLI, A. MORMIROLI, *Disuguaglianze: non basta parlarne*, in *La sfida della democrazia. Uguaglianza, partecipazione, lotta alla povertà, Rapporto ActionAid 2018*, pubblicato da Donzelli ed., Roma, 2018, qui p. 24; si veda pure L. FERRAJOLI, *Manifesto per l’uguaglianza*, op. cit. p. 14 ss.

<sup>520</sup> Fra i tanti J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2012; T. PIKETTY, *Il Capitale del XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2013; T. PIKETTY, R. WILKINSON, *La misura dell’anima*, Feltrinelli, Milano, 2009.

<sup>521</sup> F. BARCA, S. MORELLI, A. MORMIROLI, *Disuguaglianze: non basta parlarne*, op. cit., p. 28.

<sup>522</sup> V. G. FONTANA, *Il diritto del lavoro e le disuguaglianze. Il coraggio di cambiare*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile*, Edoes Roma, 2018.

<sup>523</sup> Fra gli altri si veda in senso critico A.B. ATKINSON, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Raffaello Cortina ed., Milano, 2015; M. FRANZINI, M. PIANTA, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza ed., Roma-Bari, 2016.

dono gli altri, perchè il “lavoro povero” e la precarietà sono un’offesa alla stessa libertà dell’individuo, nella sua accezione positiva.<sup>524</sup>

## 6. Conclusioni.

Naturalmente, il problema delle disuguaglianze ha radici antiche e sarebbe sbagliato liquidare in modo frettoloso una questione che può dirsi consustanziale alle società di mercato. Foucault richiama le parole di Röpke - “la disuguaglianza è la stessa per tutti” - che bene esprimono il pensiero degli economisti neo-liberali e di quel filone che definiamo “ordoliberal”, secondo cui il mercato funziona soltanto “mediante un gioco di differenziazioni che è proprio di ogni meccanismo di concorrenza” e, dunque, bisogna non limitare ma piuttosto lasciar agire la disuguaglianza.<sup>525</sup> Dopo un lungo dominio, questa stagione sembra tuttavia sul viale del tramonto. Anche negli studi lavoristici, del resto, il fallimento della dottrina neo-liberale e il diffondersi di un nuovo clima culturale e politico hanno provocato numerose prese di posizioni per un rinnovamento del diritto del lavoro. Superare le posizioni più conservatrici sembra oggi possibile.<sup>526</sup> Si avverte ormai con chiarezza l’avvento di un clima nuovo, dopo che per tanto tempo ci siamo nutriti di individualismo e di una concezione libertaria della libertà - una libertà “sciolta da qualsiasi legame”, come scrive Magatti, strumento di una “realizzazione di sé individualizzata”.<sup>527</sup> Le nuove parole (sovranoismo, protezionismo) sembrano segnalare, sia pure in modo sbagliato e distorto, che “la questione di ciò che ci lega agli altri e al mondo circostante è destinata a riemergere”.<sup>528</sup> Il pericolo è però che dall’incapacità di dare risposte a questi bisogni nascano istanze che ambiscono a risolvere la crisi attraverso soluzioni autoritarie o in modo da creare nuove esclusioni ed espulsioni (purtroppo i segnali in tal senso non mancano). L’insicurezza e la precarietà rappresentano per questo una miscela “esplosiva”, da cui potrebbe nascere “un autentico mostro politico”, come in modo quasi profetico Guy Standing aveva immaginato alcuni anni fa.<sup>529</sup>

Tornando al problema che ci siamo posti in questo contributo, alla condizione del lavoro precario ed atipico, alla frammentazione del mondo del lavoro e alla crisi dell’uguaglianza nel diritto del lavoro: se pare assodata la necessità della decostruzione “derridiana” del discorso sulla flessibilità, per liberarci dalla coppia concettuale flessibilità/stabilità, garantito/non garantito, insiders/outsideers, tutta ancora da costruire è la risposta all’istanza egualitaria che sale dal mondo del lavoro flessibile, che è poi la domanda “*equal to what?*”,<sup>530</sup> onde evitare un’assimilazione che sopprima e non veda la crisi del lavoro salariato, che è un dato di realtà, e con esso la “differenza”,

<sup>524</sup> A. SEN, *La libertà individuale come impegno sociale*, Laterza ed., Bari-Roma, 2003, p. 11 ss.

<sup>525</sup> Si veda in proposito M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, op. cit. p. 125-126.

<sup>526</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *Com’è cambiato il diritto del lavoro*, in *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Quaderni di Diritti Lavori Mercati, Editoriale Scientifica, 2018.

<sup>527</sup> V. M. MAGATTI, *Cambio di paradigma*, Feltrinelli, Milano, 2017 p. 75; ma anche in M. MAGATTI, L. GHERARDI, *Una nuova prosperità. Quattro vie per una crescita integrale*, Milano, Feltrinelli, 2014.

<sup>528</sup> M. MAGATTI, *Cambio di paradigma*, op. cit. p. 76-77.

<sup>529</sup> I cui membri, scriveva STANDING, “sono pronti a dare ascolto a proposte politiche pericolose e a usare il proprio voto e i propri soldi per fornire a quelle proposte una piattaforma politica di crescente influenza” (G. STANDING, *Precariato. La nuova classe esplosiva*, op. cit., p. 13).

<sup>530</sup> È la domanda a cui bisogna rispondere, dice Bob Hepple, quando ci si pone il problema delle misure di eguaglianza per gruppi che si trovano in una posizione di svantaggio.

che non è in sé e per sé un disvalore. Alla criticità insita nel principio di parità, sostiene Bob Hepple, risponde lo sviluppo del principio della “*substantive equality*”.<sup>531</sup> Ma abbiamo oramai superato la prospettiva molto angusta della “*eguaglianza delle opportunità*”, abbiamo compreso che la giustizia procedurale ha i suoi limiti e non si pone il problema distributivo, di fatto, dunque, non risolve le situazioni di svantaggio.<sup>532</sup>

Si può forse pensare alle “*affirmative action*” anche per i lavoratori precari, per sradicare le pratiche che hanno l’effetto di creare situazioni di svantaggio.<sup>533</sup> Ma è un discorso tutto da fare, da costruire, che richiederebbe una *volontà* e un *soggetto*, entrambi allo stato (drammaticamente) assenti o latitanti. La disintegrazione dell’autonomia del diritto del lavoro, che rappresenta il problema più grande prodotto dalla dottrina egemone, crea tuttavia un compito molto impegnativo per i giuslavoristi. Si tratta di districarsi in un contesto in cui proliferano valori eterogenei, che impediscono di vedere la vera natura del diritto del lavoro, come diritto per l’uguaglianza. Un interrogativo cruciale, o preliminare, è se “*efficiency is a value like the others, or if it is, is it of merely instrumental rather than intrinsic value, or a mere subordinate side-constraint*”,<sup>534</sup> ma forse c’è già un consenso molto vasto sul fatto che il diritto del lavoro può ricostruire il proprio tessuto connettivo, in modo credibile, soltanto attorno a “*three core values: dignity, capability and stability*”.<sup>535</sup> Il lavoro precario va considerato, per queste ragioni, come una delle barriere da rimuovere, nell’ottica della “*transformative equality*”, finalizzata allo smantellamento delle disuguaglianze sistemiche e all’eliminazione delle situazioni di svantaggio, che implica “*a strong link between substantive equality and social and economic rights*”.<sup>536</sup>

L’obiettivo dell’inclusione sociale e la rimozione delle disuguaglianze, l’eliminazione con riforme radicali dei principali fattori di precarizzazione del lavoro, rappresentano la strada da percorrere per sostenere i gruppi svantaggiati, come sono i lavoratori precari.<sup>537</sup>

La “*flessibilità*” è stata parte essenziale della strategia messa in campo dal capitalismo “*democratico*”, definita da Streeck come politica del “*tempo guadagnato*”, per allontanare la crisi.<sup>538</sup> In tal senso è essa stessa un indice significativo del lento sgretolamento dei pilastri fondamentali su cui in ultima analisi la nostra democrazia si fonda,<sup>539</sup> ossia il declino del compromesso fra le pratiche egualitarie e i principi liberali.<sup>540</sup> Per molto tempo il problema dei divari sociali e della distribuzione è quasi scomparso e le disuguaglianze sono cresciute costantemente a livello nazionale e globale (ma interessando non tutti i gruppi sociali nello stesso modo). Ora l’autodifesa della so-

<sup>531</sup> B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 25.

<sup>532</sup> B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 28.

<sup>533</sup> C. MCCRUDDEN, *Rethinking Positive Action*, in *Industrial Law Journal*, 1986, 15, p. 215

<sup>534</sup> A. BLOGG, C. COSTELLO, ACL DAVIES, J. PRASSL (eds.), *Introduction: Exploring Autonomy*, in *The Autonomy of Labour Law*, op. cit. p. 16.

<sup>535</sup> È la posizione di autori come NICOLA COUNTOURIS e MARK FREEDLAND nel volume appena citato. Lo stesso problema è dibattuto nel fascicolo n. 4 del 2016 di *Lavoro e Diritto* e, qui, oltre al già saggio di MARIUCCI, si vedano i saggi di CARUSO e DEL PUNTA, di LORENZO ZOPPOLI, VINCENZO BAVARO, VALERIO SPEZIALE.

<sup>536</sup> B. HEPPLE, *Equality. Legal Framework*, op. cit. p. 28.

<sup>537</sup> V. H. COLLINS, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, in *Modern Law Review*, 2003, 65, 16; C. BARNARD, *The Future of Equality Law: Equality and Beyond*, in C. BARNARD, S. DEAKIN, G. MORRIS, *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Sir Bob Hepple*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

<sup>538</sup> W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli editore, Milano, 2013, p. 47 ss.

<sup>539</sup> V. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

<sup>540</sup> V. C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, op. cit., p. 10 ss.

cietà dopo gli anni del dominio del mercato chiama in causa il diritto del lavoro, che può riconquistare la sua perduta centralità dopo la lunga stagione dello “smarrimento” e dello “spaesamento”. In questo modo potrà forse tornare ad essere, come si diceva all’inizio, l’alleato di sempre dell’uguaglianza.