

## Lorenzo Zoppoli

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> Per la dottrina italiana basta ricordare il pensiero di F. Santoro Passarelli su cui, di recente, v. RESCIGNO, *Francesco Santoro Passarelli*, in TEDESCHI (a cura di), *Rileggere i Maestri*, Editoriale scientifica, 2011, p. 46; POLLICE, *La civilistica a Napoli tra la fine dell'Ottocento e il Novecento*, in *Atti dell'Accademia Portaniana*, Nuova serie - Vol. LXV, Giannini Editore, 2017, p. 888 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Abstract

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

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

## Key words

Contratto, lavoro, giustizia, diritto civile, Costituzione.

Contract, work, justice, civil law, Constitution.