

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

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

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

Discutere oggi di lavoro, tutele e giustizia contrattuale porta direttamente al cuore del dibattito che attraversa non soltanto la dottrina giuslavoristica¹, ma, più in generale, l’opinione pubblica nazionale ed europea, ed anzi, a ben pensare, solleva questioni che caratterizzano lo scontro politico nelle società che un tempo avremmo chiamato del “capitalismo maturo”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il contratto di lavoro è stato al centro di cambiamenti significativi determinati dall'esigenza di orientare la regolamentazione dei rapporti lavorativi verso la competitività e l'efficienza economica, obbedendo ad un filone culturale e politico la cui radice viene identificata da Hepple, con un ragionamento che condivido, nelle “teorie regolatorie” introdotte a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso².

Certo è indubitabile che interrogarsi sulla natura involutiva o evolutiva rappresentata da questi interventi sul corpo vivo dei rapporti giuridici di lavoro significa in realtà evocare “categorie dello spirito”, dovendosi piuttosto prendere atto che l'andamento non lineare della disciplina dei rapporti di lavoro, il suo procedere zigzagando, dimostra semmai la “storicità” del diritto del lavoro, l'inevitabile sua continenza di esigenze e bisogni diversi, che si alternano ciclicamente, con maggiore o minore capacità egemonica³. Ma, dato per scontato il carattere transeunte della regolamentazione giuridica dei rapporti economico-sociali, resta tutto aperto il problema critico, che non pare a me eludibile, della funzione che il diritto in generale è chiamato a svolgere nell'Europa delle Costituzioni sociali, che non può verosimilmente ridursi, in termini generali, nella mera regolamentazione dei rapporti economici fra privati, ma, seppure entro limiti compatibili con il pluralismo dei valori e degli interessi, non può non annoverare anche l'obiettivo della “giustizia contrattuale”, a cui del resto si ispira in diversi casi la stessa legislazione⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

Si è sostenuto che il diritto dei contratti ha inevitabilmente effetti distributivi, anche se si tende a negarlo e ad ammettere piuttosto che la disciplina del contratto miri soltanto a correggere le distorsioni del mercato e che, conseguentemente, possa avere soltanto una funzione di giustizia comutativa (o correttiva). Secondo Hugh Collins l'idea che la regolamentazione giuridica dei rapporti economici sia “neutra” rispetto al problema distributivo serve soprattutto a deresponsabilizzare i decisori politici e ad attribuire alla “mano invisibile” effetti che sono invece tipicamente inerenti alle scelte di politica del diritto⁵. In effetti, se si può in questa sede optare per una scelta di campo (assertiva e non motivata) ritengo che la vecchia distinzione fra il diritto privato, a cui spetterebbe unicamente correggere ingiustificate alterazioni nell'allocazione delle risorse, e il diritto pubblico, che invece potrebbe e dovrebbe occuparsi di giustizia redistributiva, sia oramai consegnata agli archivi storici⁶. L'evoluzione degli orientamenti sulla regolamentazione degli interessi sottesi al contratto consente di dire, a mio avviso, che una visione di questo tipo è inappropriata e non coerente con la complessità dell'ordinamento.

I tempi in cui Alfred Foullée coniava la sua famosa formula secondo cui “*Qui dit contractuel, dit juste*” sono del resto oramai tramontati e nel diritto contemporaneo il problema non è più, per fortuna, se proteggere l'autonomia privata dai controlli esterni, ma piuttosto l'ampiezza e le forme di questo controllo⁷.

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

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

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

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

né con quello tipicamente formalistico della “parità” o eguaglianza delle armi, né con quello, che potrebbe definirsi sostanzialistico, che invece mira all’equità dello scambio negoziale fra le parti (come scrive Mario Barcellona, “la giustizia contrattuale è cosa diversa dalla giustizia sociale”). Per ragioni diverse, sia la tutela del principio volontaristico che della proporzionalità delle prestazioni potrebbero infatti non necessariamente risolversi nell’affermazione di un principio condiviso di giustizia contrattuale⁸, anche se è indubitabile (e probabilmente inevitabile) che l’ordinamento evolve verso modelli che non si esauriscono nella protezione dell’autonomia privata.

Le alternative circa i termini del controllo sull’autonomia contrattuale sono tuttavia molteplici ed è bene chiarire che le “strategie” per perseguire ed assicurare la giustizia contrattuale possono essere molto diverse l’una dall’altra⁹.

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

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

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

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

¹⁰ SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *DDPCiv.*, 2012, p. 534 ss.

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

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

Naturalmente è vero che nel diritto civile, storicamente, in mancanza (o quanto meno nella scarsità) di norme inderogabili di tutela che si impongano alle parti, la giustizia contrattuale è stata concretizzata in termini procedurali e/o con obiettivi solo correttivi¹⁴.

Ma va detto che grazie all'influenza del diritto privato europeo, che ha fondato proprio sull'emersione della disparità di potere contrattuale la regolamentazione di alcune classi di rapporti contrattuali, sembra aversi oggi maggiore consapevolezza che non basta un consenso libero per garantire un rapporto negoziale equo e legittimo quando fra le parti sussiste un rapporto di potere asimmetrico¹⁵. Probabilmente si devono a questi nuovi orienta-

¹¹ PIRAINO, *op. cit.*, p. 270, anche per le precedenti considerazioni.

¹² Lo sottolinea D'AMICO, *op. cit.*

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

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

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

menti anche le direttrici più “avanzate” della giurisprudenza civilistica, fino ad ammettere l'*unmittelbare Drittwirkung* del principio di solidarietà, legittimando il bilanciamento di interessi come tecnica di giudizio (come nel caso dell'orientamento in materia di recesso *ad nutum* della Corte di Cassazione o dell'applicazione diretta dei principi costituzionali propugnata dalla Corte costituzionale)¹⁶. Una corrente oltre tutto che si è sviluppata nel tempo e che, come si è notato, nel dilemma fra libertà contrattuale e giustizia del contratto, ha scelto la seconda alternativa, accettando in nome della giustizia rilevanti limitazioni della libertà contrattuale¹⁷.

Nel diritto del lavoro questo passaggio, che oggi interessa il mondo civilistico, è stato compiuto molto tempo fa e probabilmente ancora ora resta il suo tratto distintivo rispetto al diritto civile nel costituire una deroga all'egualitarismo formale¹⁸, per quanto tale caratteristica sia minacciata dalle riforme più recenti (con un ritorno al contratto nella sua mera funzione economica e in una prospettiva individualistica: v. *infra*). Il controllo sui poteri di autonomia nel diritto del lavoro ha superato ben presto gli angusti limiti della giustizia procedurale e si è espresso mediante una serie di strumenti incidenti direttamente sul rapporto di scambio sotteso al contratto di lavoro, ammettendo, in nome di obiettivi di giustizia sostanziale, dirette interferenze nei confronti delle scelte negoziali delle parti.

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

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

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

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

¹⁸ PLAIA, *op. cit.*, p. 714.

anche per “legalizzare il sistema di classe”). Il diritto del lavoro si è definito così attorno al principio della tutela del “contraente debole” come risposta al problema della disuguaglianza, e in ciò sta la sua funzione sociale, apprezzabile non solo in chiave di tutela ma, si ripete, anche nell’ottica di consentire l’assorbimento delle spinte disgregatrici¹⁹. Kahn-Freund ancora nel 1976 affermava che “l’oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato quello di essere una forza di compensazione per contrastare la disuguaglianza di potere contrattuale fra le parti che è intrinseca al rapporto di lavoro”²⁰.

La critica ad ogni concezione riduttiva della giustizia contrattuale – irricevibile tanto per gli obiettivi di emancipazione socio-economica quanto, probabilmente, per la stessa sopravvivenza dell’economia di mercato in una società democratica – non implica tuttavia l’accettazione dell’idea che legge sia garanzia o sinonimo di giustizia *del e nel* contratto, se non altro perché l’intervento eteronomo, anche quando è “motivato” da uno scopo di protezione o da un interesse socialmente apprezzabile, non è detto che metta in atto o riesca a conseguire obiettivi di “vera” giustizia²¹. Legalità e giustizia non coincidono, come ci spiega Rodolfo Sacco e prima ancora Derrida, che sostiene come sia addirittura impossibile un discorso sulla giustizia, *senza tradire immediatamente la giustizia, se non il diritto*²² (una posizione scettica, forse nichilista, ma che ci ricorda la nota frase del Leviatano di Hobbes “*non veritas, sed auctoritas facit legem*”).

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

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

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

²¹ SACCO, *op. cit.*, p. 536.

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

in nome della coesione sociale e dello sviluppo del sistema”²³. L’interventismo dello Stato, che caratterizza i modelli continentali, rappresenta in tal senso la spia di una riforma del liberalismo economico in senso “ordolibera-rale”, la cui ideologia si sviluppa e ruota proprio attorno al problema della libertà individuale in campo economico²⁴. Lo scopo, come spiega D’Amico in questa rivista, è porre rimedio ai fallimenti del mercato attraverso misure dirigiste e in un secondo tempo favorire la crescita economica, non tanto proteggere la volontà o garantire scambi negoziali equi²⁵.

L’ordinamento offre oramai diversi esempi di questo tipo di intervento e di orientamento regolativo, che si collocano sia sul piano sovranazionale (come ad esempio i principi Unidroit²⁶, il codice del consumatore di derivazione comunitaria) che nazionale (ad esempio, la disciplina in materia di abuso di dipendenza economica²⁷).

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

²³ Cfr. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, 1993, p. 5 ss.

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

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

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

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

posizione, caratterizzata dal grave limite di essere indifferente al problema della distribuzione, essa continua a far proseliti, tanto da voler per forza giustificare la tutela del “contraente debole” in nome dell’utilità generale per il mercato²⁸. Va detto piuttosto, a tal riguardo, che l’intervento eteronomo mediante clausole inderogabili crea inevitabilmente un parametro di riferimento che può ritenersi “giusto” quando persegue l’obiettivo di garantire la proporzionalità fra le prestazioni delle parti, se le parti sono su un piano di disparità e asimmetria di potere contrattuale oggettivamente considerato, evocando in tal caso un principio di equità che è da sempre sinonimo di giustizia²⁹.

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

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

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

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

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

²⁹ Lo spiega Rawls, *op. cit.*

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

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

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

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

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

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

L’eteronomia della situazione giuridica soggettiva è logicamente la precondizione per consentire interventi di solidarietà redistributiva che operano orizzontalmente all’interno della specifica relazione negoziale, così da realizzare l’eguaglianza fra i lavoratori, e che rappresentano specifici fattori di regolamentazione del mercato³³ (non perdendo mai del tutto, come ci ha spiegato Vardaro, la loro funzione di razionalizzazione economica del diritto e di adeguamento del diritto alla società)³⁴.

Le istanze protezionistiche, poi, filtrate da una nuova visione del contratto, sono risultate armonizzabili con la stessa libertà contrattuale dei privati, e dunque con un principio “liberista” (o forse meglio dire liberale), nella misura in cui alle parti è dato riprendere il proprio potere sul regolamento negoziale se ispirato da una logica di equità e di miglioramento degli standard legali e contrattuali³⁵. Ed è qui che forse può cogliersi, secondo il mio punto di vista, la possibilità concreta e non astratta di un accordo del principio di eteronomia con la natura contrattuale del rapporto di lavoro, risolvendo il problema critico della soggettività giuridica del lavoratore e della valorizzazione della volontà individuale all’interno di una comunità organizzata in base a valori solidaristici (non soltanto nella fase genetica del rapporto).

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

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

³³ SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *RDIP*, 2014, 1, spec. p. 85.

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

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

sviluppo della contrattazione aziendale), con funzione di diversificazione *in melius* dei trattamenti derivanti dalla legge e dal contratto collettivo ex art. 2077 c.c.. L'inderogabilità soltanto *in pejus* delle disposizioni legali e del contratto di categoria, e la salvaguardia, in attuazione del principio del *favor*, dei trattamenti e delle condizioni più favorevoli poste dalle fonti sotto-ordinate, ha costituito dunque il necessario completamento del sistema di sostituzione automatica delle clausole individuali difformi³⁶.

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

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

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

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

³⁶ VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto*, cit., p. 114.

voro precario e non subordinato, in cui tuttora, nonostante la sua enorme rilevanza sul piano socio-economico, non si è data una disciplina autenticamente in grado di fronteggiare una controparte che può essere qualificata come contraente forte rispetto alla gran parte dei collaboratori e lavoratori autonomi³⁷.

4. *I nuovi riferimenti del diritto del lavoro*

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

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

Grazie dunque all'ingresso nei rapporti contrattuali “privati” di interessi che trascendono quelli individuali e si collocano sul versante degli imperativi etico-politici³⁸ sono stati raggiunti obiettivi di giustizia distributivi.

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

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

³⁸ Così, ancora, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 183.

il ruolo assunto dal contratto collettivo, i cui dispositivi sono apparsi sostanzialmente equiparabili ed assimilabili alla legge con la conseguenza, si è notato, di delineare un potere normativo esercitato da soggetti privati la cui legittimazione può essere contestata³⁹.

Su un piano generale, poi, si può discutere se l'eteronomia della situazione giuridica soggettiva possa essere una strumentazione idonea a realizzare obiettivi di giustizia contrattuale, risolvendosi, in effetti, proprio nell'espropriazione del potere individuale di determinare autonomamente e liberamente l'assetto d'interessi prescelto in sede negoziale, mostrando così una linea interventista che potrebbe essere accusata di un'eccessiva interferenza nella sfera personale del lavoratore, così come su un altro piano la presenza invadente e pervasiva dello Stato nelle relazioni sociali ha incontrato critiche ed opposizioni non necessariamente riconducibili ad una visione liberista o riduttiva del rapporto fra "pubblico" e "privato", fra Stato e individuo⁴⁰.

Com'è noto negli anni Ottanta si produce, sull'onda di complessi fenomeni sociali e culturali, la frattura del sistema basato sulla nozione di eguaglianza fra datore di lavoro e lavoratore, investita da quelle che Bob Hepple ha definito come "teorie regolatorie", che assumono come proprio riferimento il mercato e tendono, in modo più o meno palese, a riportare il lavoro sotto l'egida del mercato e quindi nell'alveo delle regole di diritto privato⁴¹. La rivalutazione dei poteri di autonomia come premessa per una regolamentazione basata sulla competitività e sulla flessibilità riporta in auge il "contrattualismo", inteso come "...filosofia economico-giuridica secondo la quale il legame contrattuale rappresenta la manifestazione più compiuta del legame sociale ed è destinata a sostituirsi ovunque agli imperativi unilaterali della legge"⁴².

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

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

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

⁴¹ HEPPLE, *op. cit.*, p. 627 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La *flexicurity*, in questo nuovo contesto, nello spostare gli oneri delle tutele dal privato al pubblico (e dal rapporto di lavoro al mercato), ha rappresentato un ultimo tentativo di compromesso fra le esigenze di competitività delle imprese, chiamate a fronteggiare un mercato aperto e globale, e l'interesse alla salvaguardia di necessari livelli di tutela, ma si è trattato di un compromesso ambiguo e di difficile definizione⁴⁸, tanto più se calato in una situazione di crisi economica e di scarse risorse pubbliche, così da far registrare un esito non positivo e, come si è notato, “drammaticamente inefficiente”⁴⁹.

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

Interrogandosi sulla questione della giustizia contrattuale, si può dedurre

⁴⁷ SACCO, *op. cit.*, p. 535.

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

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

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

Tanti sono stati i passaggi significativi e naturalmente in questa sede sarebbe improprio tentare una ricognizione⁵⁰.

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

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

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

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

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

⁵¹ Ho sviluppato queste osservazioni in modo più approfondito nel volume *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza* già citato.

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

Il quadro legale è invece frantumato, derivandone una percepibile e sempre più estesa differenza di trattamento fra settori e fra attività lavorative, fra diversi moduli contrattuali tutti disponibili *ad libitum*, con effetto di "stimolo" delle disuguaglianze, il che vuol dire, fra l'altro, anche potenziamento del potere di fatto del contraente forte⁵². Una legislazione che dunque, in estrema sintesi, non sembra sbagliato definire "...di tipo adattivo, deregolativo, puramente riflessiva delle pressanti richieste poste dal mondo della economia"⁵³, ha prodotto in modo evidente uno sbilanciamento di potere contrattuale fra le parti senza neppure dover ricorrere a formule di derogabilità individuale (assistite o meno), allontanando il contratto di lavoro dalla sua funzione civilizzatrice e dal suo insito meccanismo di salvaguardia del trattamento applicabile alla generalità dei lavoratori.

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

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

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

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

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

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

dei bilanci pubblici, e quanto difficile sia stabilire chi debba sopportare i sacrifici per la competitività e i costi dei tagli alla spesa sociale, insomma quali debbano essere le priorità. Poiché se da un lato dovrebbe essere “ragionevole” che, “avendo i diritti sociali un contenuto flessibile”, si debba necessariamente operare un bilanciamento con le esigenze del pareggio di bilancio e con gli altri diritti e principi costituzionali, proprio una così acuta crisi sociale ed economica potrebbe far presumere come prioritario il bisogno di assicurare invece la loro effettività, considerando questi diritti intangibili o almeno in parte non negoziabili⁵⁵.

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

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

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

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

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

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

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

La produzione normativa recente si caratterizza ora per il ricorso a schemi fondati sull'opposto principio di derogabilità delle norme di tutela, basati sul rinvio all'autonomia collettiva e, finanche, all'autonomia individuale (più o meno "assistita"). Seppure la presunzione di inderogabilità delle norme lavoristiche non può dirsi in linea di principio abbandonata⁵⁹, l'intensità e il numero dei rinvii al potere derogatorio collettivo-sindacale (a qualunque livello di contrattazione, anche aziendale) e all'autonomia individuale (non sempre con adeguate garanzie) fa sì che di quella tradizione garantista incarnata dalla "norma inderogabile" resti solo il ricordo. Indicando in tal modo una tendenza (peraltro confermata anche da altri "sintomi" o fattori di crisi del diritto tutelare) dissonante ed antitetica rispetto a quella già da tempo presente nel sistema civilistico delle obbligazioni, in cui, anche se in modi certo limitati e per obiettivi finali che potrebbero dirsi "mercatasti", proprio l'inderogabilità è stata riscoperta come modello di riferimento per la tutela di interessi trascendenti quelli meramente individuali delle parti, nell'ottica del necessario bilanciamento degli squilibri contrattuali a tutela del "contraente debole".

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

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

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

n. 148, giacché mentre questa disposizione, per quanto criticabile, garantiva la “mediazione” sindacale, nel *Jobs Act* la *deregulation* è secca e non condizionata dunque dalla volontà, presumibilmente “garantista”, dei soggetti collettivi⁶⁰.

L'intervento della legge appare ispirato da obiettivi di liberalizzazione e individualizzazione dei rapporti lavorativi che passano sia attraverso la revisione critica della teorica della “norma inderogabile” che attraverso la riscrittura dei contenuti normativi e dei dispositivi di tutela osteggiati dal mondo dell'impresa. Si potrebbe dire, in estrema sintesi, che ancora una volta la storia europea vede contrapporsi *regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti*, con una chiara affermazione, in questo momento storico, della prima. Forse, decostruendo il diritto del lavoro degli ultimi venti anni (1997-2017), si svelerebbe il “grande sonno” della ragione e si potrebbero riconsiderare le politiche disastrose fin qui perseguite dalle élite europee, nella speranza (allo stato ancora utopica) che da questa crisi esca non un piccolo aggiustamento ma un profondo ribaltamento del modo di pensare e considerare le garanzie sociali, i diritti del lavoro, come un “bene comune” da mettere in sicurezza⁶¹.

6. Per concludere. Riforme, crisi, giustizia contrattuale

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

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

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

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

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

Si è discusso in precedenza della vicenda del contratto a termine ed è appena il caso di ricordare che con il c.d. decreto Poletti, poi interamente trasfuso nel d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, si è scelto di parificare completamente il potere del datore di lavoro di assunzione di un lavoratore a tempo indeterminato o di un lavoratore a termine. Resta, è vero, la previsione di vincoli numerico-quantitativi (20% delle assunzioni a termine, ma senza sanzioni effettive e dissuasive⁶²) ed il limite temporale (36 mesi), ma la loro derogabilità (ammessa prevalentemente dalla dottrina anche *in pejus*⁶³) rende di fatto modificabile a favore dell'imprenditore anche queste residue limitazioni del potere negoziale in fase di costituzione del rapporto.

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

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

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

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

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

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

Proprio il contratto a termine rappresenta, si ripete, il fattore principale di precarizzazione dei rapporti lavorativi, soprattutto delle fasce giovanili del mercato del lavoro, introducendo un potente inibitore dell’integrazione dei lavoratori e dell’eguaglianza dei trattamenti⁶⁴.

La liberalizzazione completa del contratto a termine è quindi un ulteriore impulso a “disintermediare” – per usare un’espressione *a la page* – e a differenziare le condizioni economiche e normative del lavoro dipendente. Se consideriamo poi l’utilizzo spregiudicato del rinvio della legge all’autonomia collettiva – in base all’art. 51 del d.lgs. 81/15 senza alcuna individuazione del livello di contrattazione equiparando, quanto alle fonti che possiedono il “magico” potere di modificare i dispositivi legali, il contratto aziendale a quello territoriale e nazionale, con un non chiaro limite relativo alla rappresentatività degli agenti negoziali⁶⁵ – la spinta pare essere davvero molto forte e in contro-tendenza rispetto all’annuncio, tante volte ripetuto, di politiche volte a superare la precarietà lavorativa.

Sempre sul lato del momento genetico del rapporto lavorativo, la disposizione dell’art. 2, comma 1°, d.lgs. n. 81/2015, concretizza – pur nel contesto di un vivace dibattito dottrinale circa l’effetto giuridico sotteso all’estensione alle collaborazioni etero-organizzate della disciplina del lavoro subordinato⁶⁶ – l’auspicata rivisitazione di una delle pagine più oscure delle politiche legislative negli ultimi decenni, finalmente incidendo con un adeguato meccanismo sanzionatorio sull’abuso di schemi formalmente non subordinati per l’assunzione di nuovi lavoratori, per lo più giovani, destinati ad integrarsi nell’organizzazione del lavoro datoriale senza poter esigere la contro-prestazione prevista in termini di garanzie e corrispettivi dal contratto di lavoro subordinato. Tuttavia anche in questo caso il legislatore sembra in preda ad una frenetica e compulsiva volontà di creare un numero esorbitante di “eccezioni alla regola” dal contenuto non chiaro, che di fatto, almeno in parte, finiscono per smentire il pur apprezzabile intento riformatore. Fra queste, la più problematica risulta essere indubbiamente quella prevista dalla let-

⁶⁴ Cfr. ANGIOLINI, CARABELLI, *op. cit.*, p. 219.

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

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

tera a), relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”⁶⁷. La *ratio* è, probabilmente, salvaguardare le imprese che hanno impiegato lavoratori precari con contratti di collaborazione in settori o attività lavorative peculiari (come i *call center* ed altri simili), ove era già presente una regolamentazione collettiva a garanzia di minimali standard di trattamento dei collaboratori. Ma ovviamente, seppure si ritenga che l’art. 2, comma I, dimostri soltanto l’estensione *ope legis* della disciplina del lavoro subordinato ad una fattispecie di lavoro non subordinato, questa deroga non di meno consente di eludere il modello di disciplina applicabile al rapporto lavorativo in modo in verità poco chiaro, con riferimento all’esistenza di “discipline specifiche” derivanti da accordi collettivi nazionali⁶⁸.

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

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

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

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

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

spositivi legali sia funzionale (e conduca inevitabilmente) ad una differenziazione delle condizioni lavorative che pare oramai spinta ai limiti, con la possibilità, data alle parti in via bilaterale o anche unilateralmente al datore, di modificare il contenuto obbligatorio del contratto e la natura stessa delle prestazioni dedotte, fino al punto di poter convenire pattiziamente (in sede collettiva ma con le problematiche di rappresentatività già segnalate) il demansionamento, prevedendo poi patti individuali in deroga con modifiche della retribuzione e del livello di inquadramento che espongono concretamente il contraente debole al rischio di abusi⁶⁹.

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

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

Di questa “linea” tuttora attiva e predominante⁷⁰, è espressione proba-

⁶⁹ Fra gli altri cfr. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, IT, 2015, 217; in modo più incisivo GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, IT, 2015, 268.

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

bilmente il nuovo contratto a tutele crescenti, un contratto di lavoro a tempo indeterminato che si differenzia da quello tradizionale unicamente per la nuova disciplina dei licenziamenti per gli assunti successivamente al 7 marzo 2015, sottoposti ad un regime giuridico per effetto del quale il potere di recesso del datore di lavoro è presidiato da garanzie di effettività anche in caso di suo illegittimo esercizio⁷¹.

Al di là degli aspetti contenutistici e dei limiti obiettivi di una disciplina complessivamente carente sotto l'aspetto tecnico-giuridico, introducendo concetti e riferimenti estranei al bagaglio culturale del diritto del lavoro e del diritto delle obbligazioni⁷², mi preme sottolineare come tale disciplina risulti obiettivamente sbilanciata rispetto al principio di tutela del contraente debole⁷³.

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

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

⁷¹ Sui problemi sistematici e di costituzionalità della nuova normativa si è scritto molto. Si vedano, fra gli altri, su posizioni critiche, GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, IT, 2015, 246; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL* 2016, 1, I, p. 111 ss.; se si vuole anche il mio *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, p. 77 ss.

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

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

sul piano dei principi che consentono il recesso sembra esserci accordo, sul piano rimediabile il diritto delle obbligazioni e il diritto del lavoro divaricano profondamente le proprie direttrici di tutela del contraente “incolpevole”, ingiustamente pregiudicato dall’esercizio illegittimo del potere di recesso. In particolare, la disciplina del licenziamento ha evidente carattere derogatorio rispetto al sistema del codice, in cui, in caso di unilaterale ed illegittimo rifiuto della prestazione, il creditore, fermo il principio dell’esecuzione specifica dell’obbligo di ricevere la prestazione, è tenuto all’integrale risarcimento dei danni derivante dall’inadempimento. Quando poi consideriamo l’elaborazione, da parte della Suprema Corte di Cassazione, di un principio di abuso del diritto in caso di esercizio del diritto di recesso nel caso in cui il contraente non tenga conto dell’interesse dell’altra parte, e ciò, si badi bene, anche nelle ipotesi in cui non sussiste in contratto un vincolo giuridico impeditivo del recesso *ad nutum*, allora evidentemente la divaricazione a cui si accennava in precedenza risalta in modo maggiormente significativo ed ampio⁷⁴.

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

Del resto anche negli altri casi e fattispecie a cui si è fatto riferimento in questa introduzione, il principio di giustizia distributiva sembra molto lontano dagli orizzonti del legislatore, privilegiandosi piuttosto l’eguaglianza formale delle parti e, in quest’ottica, il perseguimento semmai di obiettivi finalistici di altra natura⁷⁵.

⁷⁴ Si veda sul punto la nota n. 16.

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

La questione della giustizia contrattuale, in conclusione, è un tema estremamente controverso nella fase attuale, in cui il legislatore agisce sulla base di stimoli eteronomi di difficile inquadramento nell'ambito delle direttrici tradizionali di tutela del contraente debole, gettando alle ortiche, a quanto sembra, questo riferimento e ridefinendo verso il basso i vincoli eteronomistici e solidaristici, per privilegiare piuttosto il mero rapporto di scambio e l'interesse dell'impresa, nella sua poliedrica realtà, nell'ottica di una riconsiderazione dell'interesse generale secondo visioni, a mio avviso, riduttive⁷⁶.

Ma si tornerà a pensare al diritto del lavoro come strumento di giustizia distributiva? Bisogna sempre ricordare le parole di Bobbio: "Il diritto al lavoro è nato con la Rivoluzione industriale ed è strettamente legato al suo compimento. Tale diritto non basta fondarlo né proclamarlo. Ma non basta neppure proteggerlo. Il problema della sua attuazione non è un problema filosofico o morale. È un problema la cui soluzione dipende da un certo sviluppo della società, e come tale sfida anche la Costituzione più progredita e mette in crisi anche il più perfetto meccanismo di garanzia giuridica"⁷⁷. Solo staccandoci definitivamente dalla cultura che ha preso il sopravvento e ha dominato il mondo negli ultimi "non gloriosi" trent'anni e riconsiderando criticamente l'inebriante modello di capitalismo fondato sul primato degli interessi privati⁷⁸ – che ha creato, come scrive Maria Rosaria Ferrarese, un'economia e un orizzonte culturale incentrati sul rischio, sulle paure e sulle incertezze⁷⁹ – forse giustizia ed efficienza costituiranno di nuovo i termini di una dialettica non oppositiva.

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

⁷⁷ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, p. 43.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Bari, 2011.

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

Abstract

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

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

Key words

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

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

