

## Nunzia Castelli

### Contrattualismo e diritto del lavoro: la strana coppia\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il contrattualismo nel sistema capitalistico-liberale: accenni. **2.1.** Contrattualismo e nuovi principi democratici. **2.2.** Il contrattualismo nella crisi del diritto del lavoro garantista. **3.** La rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro della crisi. **4.** L'insufficienza della strumentazione civilistica. **5.** Considerazioni conclusive.

#### I. *Introduzione*

I processi di mercificazione indotti dal consolidamento del modello di sviluppo economico e sociale neoliberista stanno mettendo in discussione i fondamenti giuridici e culturali sui quali si è consolidata la giuridificazione dei rapporti di lavoro. La progressiva perdita di proiezione politico-pubblica e di protezione giuridica dei valori di libertà, giustizia, uguaglianza e solidarietà, sui quali si è costruito il consenso sociale che ha permesso la pacificazione e lo sviluppo sociale europeo, si accompagna e si traduce infatti, sul piano della regolazione dei rapporti di lavoro, in un processo di accentuata “decostituzionalizzazione” del diritto del lavoro di fonte statale. Quest’ultimo vede fortemente debilitata la sua funzione di strumento di realizzazione della promessa costituzionale di rimozione delle disuguaglianze e pertanto la sua capacità di servire da meccanismo di razionalizzazione del potere datoriale e da strumento di emancipazione dalla condizione di subordinazione e sfruttamento nella quale il mercato relega il lavoro. In questo modo, tende ine-

\* Il presente contributo costituisce un estratto del libro *Contratto, consenso, representación. Reflexiones sobre la juridificación de las relaciones laborales*, pubblicato a fine 2014 dalla casa editrice Bomarzo, grazie al finanziamento corrisposto al Grupo de investigación de Trabajo (GIT) dell’Università di Castilla-La Mancha, rif. G12015048, esercizio 2014.

vitabilmente ad allontanarsi dalle coordinate assiologiche segnate dalla configurazione sociale e democratica dell'organizzazione giuridico-istituzionale nella quale il riconoscimento di diritti sociali e del lavoro e la loro garanzia sul piano giuridico-materiale rappresentano postulati irrinunciabili di materializzazione del progetto di trasformazione sociale contenuto nel testo costituzionale.

Si tratta di un fenomeno complesso e multiforme che prende avvio già a partire dagli ultimi due decenni del secolo scorso ma che registra una notevole accelerazione quale effetto della risposta istituzionale all'attuale contesto di crisi economica e sociale, incentrata su obiettivi di riespansione e liberalizzazione del mercato del lavoro e di flessibilizzazione nell'esercizio dei poteri datoriali, così come sulla contrazione della spesa pubblica in materia sociale. Un processo, quello in atto, che si concretizza sia attraverso un insieme di decisioni dei poteri pubblici adottate nei diversi livelli di articolazione giuridico-istituzionale che fanno aggio e incentivano riletture in senso neoliberista del testo costituzionale – finendo per deformare la struttura dei diritti del lavoro e ancor prima la loro funzione politico-democratica<sup>1</sup> –, sia attraverso tentativi più o meno riusciti di riscrittura dello stesso, che – sebbene spesso siano presentati quali meri aggiustamenti tecnici – finiscono invece per alterare gravemente i fondamenti sociali, pluralistici e democratici del sistema costituzionale vigente<sup>2</sup>.

Ciò contribuisce ad esaltare i termini di un paradosso intrinseco al diritto del lavoro che ne ha accompagnato l'evoluzione fin dagli esordi: un paradosso che si genera e si struttura intorno a due fenomeni solo apparentemente contraddittori.

Il riferimento è, in primo luogo, a ciò che abbiamo definito come rimercificazione del sistema sociale e politico che, dal punto di vista giuridico, si manifesta anche attraverso un rinnovato auge del contrattualismo, inteso quest'ultimo come riconoscimento di una nuova centralità al contratto quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti economici e sociali. Si tratta di

<sup>1</sup> Cfr. BAYLOS, *La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2015*, in *RDSoc*, 2013, p. 29. Paradigmatico a questo proposito è stato il processo che ha portato alla modifica dell'art. 135 della Costituzione spagnola. Sul punto si rinvia ai commenti contenuti nel *Cuaderno* n. 25/2011 de la Fundación 1º de Mayo, *Reforma del artículo 135 de la Constitución*, disponibile sul sito internet: <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Cuaderno25.pdf>.

<sup>2</sup> Particolarmente incisiva in questo senso la proposta di DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *DP*, 2008, p. 863 ss.

un fenomeno in buona misura associato alla deterritorializzazione dei mercati indotta dalla globalizzazione economica neoliberista e dal superamento della centralità tradizionalmente assegnata allo Stato-Nazione nella nuova geografia del potere riarticolato globalmente. Il risultato è quello di una certa *denazionalizzazione* del diritto e l'affermazione di una normatività emergente: una normatività sostanzialmente privata, che prescinde dai meccanismi consolidati di espressione e di canalizzazione del principio democratico, così come da esigenze di coesione e pacificazione sociale, e si orienta verso la liberalizzazione del commercio e delle finanze su scala globale. Ciò produce evidenti effetti di delegittimazione sul fronte dei soggetti tradizionalmente incaricati di produrre regole giuridiche nell'ambito nazionale e dei loro prodotti tipici: la contrattazione collettiva e la legge, oltre che, ovviamente, sul sistema consolidato di rappresentanza degli interessi e di regolazione dei rapporti di lavoro, tradizionalmente vincolato e condizionato dal contesto politico-istituzionale nazionale e strettamente dipendente dall'intervento e dal riconoscimento dello Stato.

La perdita di "autorità" dello strumento legislativo, quale manifestazione paradigmatica e mezzo di espressione privilegiata del potere sovrano dello Stato sui processi economici e sociali che si sviluppano all'interno della comunità delimitata dai propri confini giuridico-amministrativi deriva adesso non solo dall'interiorizzazione di un certo determinismo economico – che spinge a giustificare la diversificazione degli statuti giuridici del lavoro subordinato sulla base delle trasformazioni e della complicazione delle formule organizzative e produttive imprenditoriali –, ma anche dalle difficoltà di gestire e "governare" con gli strumenti tradizionali processi che travalicano, trascendono e prescindono dalle frontiere nazionali.

Alla svalutazione ed all'inflazione degli interventi di fonte statale-nazionale – ma anche e soprattutto all'incapacità (o mancanza di volontà) di ricostruire efficaci ed efficienti meccanismi di articolazione transnazionale dei principi, dei valori e dei meccanismi di articolazione democratica della società – fa riscontro il crescente protagonismo di altri strumenti extralegislativi ed extragiudiziari di composizione dei conflitti e di regolazione dei rapporti sociali ed economici: strumenti strutturati a partire da – ed intorno a – rapporti di natura privato-contrattuale. Non c'è dubbio, infatti, che il contratto è il nuovo paradigma di questa normatività emergente che si eleva a strumento fondamentale di organizzazione dei rapporti tra imprese<sup>3</sup>. In quanto

<sup>3</sup> Parla a questo proposito del contratto come "dimensione unica dell'economia globale",

strumento di produzione di regole giuridiche non mediato politicamente, il contratto finisce tuttavia per funzionare da meccanismo di canalizzazione esclusiva degli interessi egemonici del mercato globale.

Se è pur vero che la forza dirompente di questo nuovo ordine economico globale sostanzialmente privato riduce drasticamente le concrete possibilità di mantenersi al margine della nuova organizzazione economica ed istituzionale che si sviluppa sul piano transnazionale, è necessario ricordare che si tratta di un ordine che si costruisce e si alimenta anche a partire dall'ambito statale. E ciò non solo quale effetto della *decisione* di trasferire quote crescenti di sovranità nazionale a istituzioni *latu sensu* internazionali chiaramente allineate ai grandi interessi economico-finanziari, ma anche e soprattutto in ragione dell'assoggettamento, l'incorporazione e la riproduzione da parte delle istituzioni nazionali delle logiche, dei valori e dei contenuti di questa normatività emergente. Quello che si intende sottolineare è il ruolo svolto dalla diffusione delle politiche neoconservatrici, ovvero la trascendenza del riposizionamento dello Stato nel nuovo ordine istituzionale internazionale<sup>4</sup>.

D'altra parte, il consolidamento dei processi accennati e le trasformazioni che questi inducono sul piano dei processi di creazione e di distribuzione della ricchezza e dei sistemi organizzativi e produttivi – e pertanto nella realtà materiale sulla quale il diritto del lavoro è chiamato a intervenire – continuano ad alimentare e ad essere strumentalizzati al fine di articolare critiche severe ad un diritto del lavoro costruito sulla base di un prototipo di lavoro e di lavoratore già in via di generale superamento. Le accuse di inidoneità di una disciplina costruita a misura di un riferimento istituzionale, sociale ed economico-produttivo storicamente determinato e già da tempo in chiaro ed inesorabile declino<sup>5</sup> si combinano inoltre con le critiche rivolte al consolidamento di tecniche normative che, privilegiando l'eteronomia

BARCELONA, *Il contratto e l'economia globale*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, 2000, p. 47.

<sup>4</sup> Si rinvia sul punto a LETTIERI, *Politica e istituzioni nella crisi del sindacato*, intervento presentato al seminario "C'è un futuro per il sindacato? Quale Futuro?" organizzato dalla Fondazione Claudio Sabattini in occasione della celebrazione del 10° anniversario della morte del celebre dirigente sindacale, Roma, 5 aprile 2013, ora disponibile sul sito web: [http://www.insightweb.it/web/files/politica\\_e\\_istituzioni\\_nella\\_crisi\\_del\\_sindacato.pdf](http://www.insightweb.it/web/files/politica_e_istituzioni_nella_crisi_del_sindacato.pdf).

<sup>5</sup> Si rinvia sul punto a GAETA, *Normale ed "altro" nel diritto del lavoro. Primi appunti*, in AA.VV., *Diritto del lavoro i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, I, p. 155 ss.

sull'autonomia, l'autorità sulla libertà, la dimensione collettiva su quella individuale – si sostiene –, finiscono non solo per negare la complessità del sistema economico-produttivo in trasformazione, ma anche per scontrarsi con il variegato complesso di interessi ed aspirazioni che convivono nel mondo del lavoro sempre meno massificato e uniforme<sup>6</sup>. È questo il substrato politico e ideologico che ha alimentato ed in gran misura condizionato fin dagli anni '80 del secolo scorso il dibattito sulla necessità di flessibilizzare le tutele sul lavoro<sup>7</sup>, che in molte occasioni si è visto contaminato da eccessi di determinismo economico e da tentativi spuri di superamento dell'impronta garantista del diritto del lavoro. Al di là di ogni considerazione, risulta chiaro che il riorientamento in chiave flessibile delle tutele del lavoro si è materializzato quasi sempre attraverso una progressiva perdita di rilevanza degli obiettivi di sottrazione del lavoro alle regole del mercato, anche in conseguenza di una certa trasformazione del senso stesso dell'intervento pubblico nel mercato del lavoro. Questo si è progressivamente spostato dal perseguimento di obiettivi di limitazione e controllo dell'esercizio dei poteri datoriali e di definizione standard minimi di protezione dei lavoratori, in funzione della necessità di assicurare il rispetto della dignità e della libertà del lavoro, verso obiettivi di mera gestione ed organizzazione del mercato del lavoro<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Particolarmente esplicito, in questo senso, MARAZZA, *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca postindustriale*, in *ADL*, 2007, I, p. 928 ss. Si vedano pure, tra gli altri, CESTER, *La norma inderogabile: fondamento o problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341 ss. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *ADL*, 2006, I, p. 1031 ss.; ICHINO, *Il diritto del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, II, p. 911 ss. Più recentemente, VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Bollettino ADAPT*, 3 ottobre 2011, disponibile sul sito internet: [http://www.adapt.it/farecontrattazione/docs/14528vallebona\\_30\\_09\\_.pdf](http://www.adapt.it/farecontrattazione/docs/14528vallebona_30_09_.pdf). Si registra dunque un duplice processo di delegittimazione che riguarda sia le forme di organizzazione politica e sociale e le pratiche e le regole di funzionamento dello Stato sociale (*input des-legitimacy*), sia i prodotti ed i risultati raggiunti in termini di soddisfacimento delle domande individuali e sociali (*output des-legitimacy*). È ciò che SHARPE, *Conceptos de legitimación más allá del Estado-nación*, in *RECJ*, 2005, p. 13 ss. chiama "legittimazione in termini di processo" e "legittimazione in termini di risultato".

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?*, in *RL*, 1987, p. 1 ss.; ROMAGNOLI, *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *PD*, 1982, spec. p. 405.

<sup>8</sup> Si rinvia sul punto a NAPOLI, *Conflitto e consenso. Quadro legale e relazioni industriali degli anni ottanta*, in *EL*, 1983, spec. p. 22 ss.; TREU, *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, in *DLRI*,

In questa diversa prospettiva, il neocontrattualismo – inteso, questa volta, quale aspirazione verso una sostanziale riespansione delle possibilità di espressione dell'autonomia privata individuale e nuova centralità del contratto come forma libera di manifestazione del consenso e di regolazione dei rapporti di lavoro – viene presentato come la soluzione di razionalizzazione e di modernizzazione della disciplina lavoristica, lo strumento di ricomposizione della frattura generata tra ordinamento giuridico e realtà sociale. L'effetto deregolativo preteso sarebbe, infatti, funzionale in primo luogo a una certa “ripersonalizzazione” del lavoro, nella misura in cui servirebbe a depurare la regolamentazione giuslavoristica dagli eccessi pubblicistici e collettivistici in cui sarebbe incorso un diritto del lavoro anonimo e massificato, che, in nome di vere o presunte esigenze protettive, avrebbe finito per strutturarsi intorno ad un complesso di norme che, invece di proteggere il lavoratore, avrebbero finito per soffocarlo, impedendogli la realizzazione nel lavoro<sup>9</sup>. Nello stesso tempo, la riespansione delle facoltà regolative del contratto individuale e dunque il raggiungimento di un certo grado di liberalizzazione del mercato del lavoro si considerano presupposti irrinunciabili per riequilibrare i rapporti tra regolamentazione giuridica del lavoro e concrete esigenze di flessibilità nell'organizzazione della produzione e del lavoro derivanti dalle trasformazioni registrate sul piano economico-produttivo, con conseguenti, anche se indimostrati, effetti benefici pure sul fronte occupazionale<sup>10</sup>.

1987, p. 727; per un diversa prospettiva, BAYLOS, *Diritto del lavoro e politica dell'occupazione in Spagna*, in *DML*, 1999, p. 7 ss.

<sup>9</sup> SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, 1990, p. 87 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Diritto amministrativo*, in MENGONI, PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *DLRI*, 1990, p. 54 ss. Si veda anche, D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, I, p. 117; CASAS BAAMONDE, *La individualización de las relaciones laborales*, in *RL*, 1991, p. 126 ss.

<sup>10</sup> Si veda in chiave critica, PERULLI, SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d'agosto” del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 132/2011. Vale la pena di evidenziare a questo proposito la radicale inversione logica del discorso relativo ai rapporti tra rigidità delle tutele lavoristiche e livelli occupazionali vigente all'epoca dell'approvazione dello Statuto dei Lavoratori italiano del 1970. In tale contesto di evidente espansione del sistema economico e produttivo ma anche del garantismo del diritto del lavoro, la rigidità del mercato del lavoro si interpretava infatti non solo come un meccanismo imprescindibile per condizionare *ab esterno* i poteri datoriali al necessario rispetto degli interessi contrapposti di sicurezza, dignità e libertà dei lavoratori, e dunque come strumento di razionalizzazione sociale

Si tratta evidentemente di una prospettiva – quella che si propone di vincolare l'alleggerimento delle garanzie del lavoro ad obiettivi di tipo occupazionale – legata alla tendenza a riconfigurare il lavoro come interesse meramente privato-individuale, strettamente dipendente dalle dinamiche del mercato e sostanzialmente affidato all'impresa<sup>11</sup>; tendenza che, nella misura in cui poggia su di una considerazione “depoliticizzata” del lavoro, ricostruito in termini di mero saldo aritmetico tra domanda e offerta, spinge a reinterpretare le garanzie giuslavoralistiche in termini di costi e rigidità, che, in quanto tali, è legittimo – e finanche necessario – voler alleggerire (soprattutto in un contesto generale di stagnazione e crisi economica), onde favorire l'ottimale (in quanto libero) funzionamento del mercato.

Al tempo stesso e in apparente contrasto con le tendenze segnalate, l'analisi dell'assetto materiale delle regole giuridiche sul rapporto di lavoro sembra invece rivelare una potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto (non solo) del lavoro, sempre più riconfigurato alla luce della tutela preferenziale della ragione imprenditoriale. La crescente esaltazione ed assolutizzazione dei valori del mercato e dell'impresa quale ambito privilegiato di costruzione delle regole sul lavoro ed entità responsabile di creare prosperità non solo in ambito economico ma anche sociale, nella misura in cui si traduce in una crescente accentuazione del carattere unilaterale e autoritario del sistema di normativizzazione dei rapporti di lavoro al suo interno, finisce per generare un radicale sovvertimento dello stesso fondamento epistemologico del diritto del lavoro che giunge a compromettere finanche lo stesso istituto contrattuale. In discussione non è, come alle origini del diritto del lavoro, il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro. Non si tratta cioè della critica alle capacità dello schema contrattuale di matrice liberale di contenere e rappresentare adeguatamente gli interessi pubblici e privati, individuali e collettivi, patrimoniali e personali inevitabilmente coin-

del potere datoriale. La struttura tendenzialmente rigida dell'apparato di tutele lavoristiche si configurava, allo stesso tempo, quale garanzia di sviluppo economico e di promozione dell'occupazione. Sul punto, DE LUCA TAMAJO, “*Garantismo*” e “*controllo sindacale*” negli sviluppi più recenti della legislazione del lavoro, in DE LUCA TAMAJO, CESSARI (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, 1982, p. 48 ss.

<sup>11</sup> In questo senso, anche CASAS BAAMONDE, *Empleo y flexibilidad*, in CASAS BAAMONDE, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, *La aplicación de la reforma laboral*, in *RL*, n. 12/2013, numero monografico dedicato all'impatto della riforma spagnola del mercato del lavoro del 2012-13, p. 25 ss.

volti nel rapporto di lavoro subordinato nell'impresa. Il problema non deriva neppure dalla cosiddetta "colonizzazione" eteronoma del regolamento contrattuale da parte di fonti esterne all'autonomia privata delle parti individuali del rapporto di lavoro, che si rivelano peraltro sempre meno orientate a condizionare l'autorità imprenditoriale. L'espressione non allude qui neppure alla perdita della centralità del contratto di lavoro nella sua configurazione "standard", conseguenza della moltiplicazione delle modalità contrattuali atipiche, della frammentazione e individualizzazione dello statuto giuridico del lavoratore subordinato e della fuga verso l'autonomia di settori sempre più ampi di attività economica. Non si tratta cioè di una "crisi del contratto di lavoro", bensì di una crisi del contratto quale schema giuridico che esprime e rappresenta una struttura dialettica e antagonista dei rapporti di lavoro e che si configura quale strumento di composizione dinamica dei contrapposti interessi delle parti. Si tratta, infatti, della crescente difficoltà di continuare a concepire le interrelazioni tra lavoro e impresa in termini autenticamente bilaterali, dove le regole giuridiche e le dinamiche individuali e collettive possano continuare a configurarsi quale risultato di un patto – individuale, collettivo, sociale – e dunque come il frutto della contrattazione, il compromesso, il consenso.

Il paradosso – solo apparente – sembra dunque essere quello tra una rinnovata auge del contrattualismo in tutti i livelli e gli ambiti di organizzazione giuridico-istituzionale, che si accompagna e si traduce anche nel crescente processo di "privatizzazione dell'interesse pubblico-generale" – ovvero di interiorizzazione da parte della norma di fonte statale dell'interesse privato datoriale<sup>12</sup> – e il parallelo rafforzamento dell'unilateralismo, dell'autoritarismo e dunque della "violenza" nelle relazioni economiche e sociali.

Questo riorientamento della disciplina di fonte statale verso l'assimilazione della ragione micro-economica e la sua riconfigurazione quale interesse prioritario protetto dai poteri pubblici è particolarmente visibile nel diritto del lavoro della crisi. Il processo di progressiva "liberalizzazione" dai condizionamenti imposti all'esercizio dei poteri datoriali in tutte le fasi di sviluppo del rapporto di lavoro si combina infatti con interventi volti a funzionalizzare anche l'esercizio dell'autonomia collettiva al soddisfacimento

<sup>12</sup> CASTELLI, TRILLO PÁRRAGA, *Relaciones público-privado o la privatización del interés general*, in TRILLO PÁRRAGA, GARCÍA LÓPEZ, (a cura di), *En defensa de lo común*, Bomarzo, 2014, p. 57 ss.

degli interessi datoriali legati alla produttività e competitività interna ed esterna (o anche al contenimento della spesa nel caso della pubblica amministrazione)<sup>13</sup>, alterando i rapporti di forza a tutto vantaggio del mercato.

Come si chiarirà più avanti, probabilmente è questo uno degli elementi di maggiore discontinuità rispetto alla configurazione del diritto del lavoro antecedente alla crisi. L'altro fattore può essere identificato nell'estensione incondizionata e generale di un paradigma di flessibilità che si espande ben oltre la denominata *flexibilidad en los márgenes* (intesa questa quale configurazione attenuata delle garanzie giuslavoristiche associate all'introduzione o alla riforma delle modalità atipiche del contratto di lavoro), in quanto estesa al rapporto di lavoro *tout court*. Il riorientamento in chiave flessibile delle regole giuridiche sul lavoro si estende adesso anche nei confronti del cosiddetto modello tipico di rapporto di lavoro: quello strutturato intorno al contratto a tempo pieno ed indeterminato. Ciò è il risultato di interventi mirati sia ad ampliare gli spazi di discrezionalità, unilateralità ed intangibilità del datore di lavoro nella gestione e nell'organizzazione del lavoro – e dunque a potenziare gli strumenti di flessibilità interna o funzionale elevata alla considerazione di un vero e proprio diritto individuale del datore di lavoro<sup>14</sup> – sia a facilitare la rescissione datoriale del contratto, banalizzandola politicamente, semplificandola normativamente e riducendone le ricadute economiche<sup>15</sup>. A ciò si aggiunge anche l'elaborazione di meccanismi giuridici con i quali si pretende di “blindare” le decisioni datoriali di fronte a qualunque tipo di intervento amministrativo, sindacale o giudiziario<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> A conferma del progressivo allontanamento del diritto del lavoro della crisi dalle coordinate assiologiche e normative costituzionali, si richiama la recente sentenza della Corte Costituzionale italiana (sentenza 24 giugno 2015, n. 178), che ha decretato che il congelamento del trattamento economico percepito dai dipendenti, derivato dal blocco dei rinnovi contrattuali disposto per legge, viola la libertà sindacale. Per un commento non solo alla sentenza, ma più in generale al processo di degradazione della contrattazione collettiva nel pubblico impiego non solo in Italia, TRILLO PÁRRAGA, *Políticas de austeridad y negociación colectiva en el sector público. Algunas reflexiones en torno a la experiencia italiana*, in *RDSoc*, 2015, p. 201 ss.

<sup>14</sup> Cfr. CASAS BAAMONDE, *Empleo y flexibilidad*, cit., p. 22. Si veda pure RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7833/2012.

<sup>15</sup> Si rinvia, a questo proposito, a BAYLOS, *El despido y la violencia del poder privado*, Trotta, 2009; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441 ss.

<sup>16</sup> Si tratta di un obbiettivo esplicitato fin dal preambolo della l. 6 luglio 2012, n. 3 con la quale si è proceduto alla riforma radicale delle regole sul lavoro in Spagna. Si veda ALFONSO

Lo scopo di queste pagine è dunque quello di analizzare i termini del segnalato paradosso, esplorandone le ricadute giuridico-materiali. A quest'obbiettivo si dedicano le riflessioni che seguono.

## 2. *Il contrattualismo nel sistema capitalistico-liberale: accenni*

La rinnovata auge del contrattualismo al quale abbiamo fatto riferimento, inteso nel senso di una generale esaltazione del contratto quale strumento privilegiato di organizzazione e di regolamentazione dei rapporti sociali ed economici, rimanda ad epoche lontane ed in particolare al momento storico dell'affermazione e del consolidamento delle prime manifestazioni di lavoro industriale. In tale contesto, il ricorso alle categorie civilistiche ed al contratto per l'inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro subordinato rappresentò un passaggio obbligato e sostanzialmente indiscusso, in ragione della duplice funzione assegnata a quest'ultimo dall'ideologia liberale allora assolutamente dominante. In quanto strumento d'incontro di volontà considerate ugualmente autodeterminate (e dunque responsabili), appartenenti a soggetti ugualmente liberi e proprietari, il contratto diventa infatti, in primo luogo, lo strumento materiale di accesso e di conformazione giuridica del mercato ed in definitiva di trasformazione in senso capitalistico della società e dell'economia. Al tempo stesso, in quanto espressione dell'utopia libertaria di rinnovamento della società e del diritto, la contrattualità non solo rifonda lo Stato, delimitandone compiti e funzioni, ma organizza la società sulla base del valore centrale della libertà intesa come libertà di un volere non più condizionato dall'appartenenza ad uno *status*, come manifestazione del potere di autodeterminazione riconosciuto individualmente ad ogni soggetto in quanto cittadino.

L'affermazione dell'uguaglianza formale e il formale riconoscimento di uguale autonomia e potere a fondamento del principio di libertà (contrattuale) rappresentano dunque, in questa fase storica, irrinunciabili postulati di un sistema che cercava di sganciarsi dai condizionamenti e dai vincoli di un sistema politico, economico e sociale, organizzato gerarchicamente in *status*,

MELLADO, *El control judicial de la modificación de condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica*, in *RDSoc*, 2013, p. 53 ss.; DURÁN LÓPEZ, *Despidos económicos y control judicial*, in *RL*, 2013, p. 151 ss.; BAYLOS, *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la ley 3/2012*, in *RDSoc*, 2012, p. 9 ss.

che non solo aveva portato alla creazione di un sistema dispotico ed autoritario sul piano civile e politico, ma, impedendo il “naturale” e “spontaneo” funzionamento del mercato, si credeva che avesse impedito finanche la prosperità sul piano economico. La centralità del mercato – e dunque del contratto e della libertà ad esso correlata – costituiscono pertanto gli strumenti che il liberalismo utilizza per prendere le distanze dalle passate esperienze e per gettare le basi per la rifondazione di una società immune dai difetti che avevano caratterizzato il sistema precedente; una società fondata sul contratto che si sostituisce allo *status* nella funzione di nuovo collante della società.

In tale contesto, non stupisce che anche l’acquisizione del fattore lavoro a fini produttivi da parte dell’imprenditore capitalista dovesse essere intesa come la conseguenza di uno scambio, frutto di una scelta autoresponsabile compiuta da un soggetto ugualmente libero e proprietario attraverso la conclusione di un contratto. Sul versante del datore di lavoro/imprenditore il contratto costituisce, infatti, lo strumento per il riconoscimento e la legittimazione giuridica di una posizione di potere e supremazia che trae origine fuori dallo stesso, nel fatto (sociale ed economico) della proprietà, e nello stesso tempo permette di ricondurre il lavoro alla qualità di merce, in quanto tale – al pari delle altre – liberamente disponibile sul mercato da parte di chi, disponendo del capitale adeguato, possa dar avvio ad una attività economica organizzata a fini produttivi. D’altra parte, la centralità attribuita dal sistema liberale all’autonomia privata individuale quale sintesi di tutte le libertà riconosciute all’individuo e la sua garanzia a livello giuridico consentono al lavoratore di sciogliere la propria capacità lavorativa dai vincoli imposti dalle condizioni sociali d’origine, dal sistema di privilegi proprio dell’epoca feudale; assicurano al soggetto quella libertà radicalmente negata dal sistema pre-rivoluzionario<sup>17</sup> e, contemporaneamente, legittimano sul piano formale la subordinazione di un uomo libero ad un suo uguale in una società fondata sull’uguaglianza (formale) di tutti i cittadini<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> ALARCÓN CARACUEL, *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, in *REDT*, 1986, p. 496 ss.

<sup>18</sup> Scrive, a tal proposito, BARCELLONA, *La parabola del soggetto giuridico moderno*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, 1998, I, p. 104: “In ciò si coglie lo specifico ‘artificio’ del diritto moderno, che sdoppia la persona umana in *soggetto* del potere di disporre e *oggetto* dell’atto di disposizione (...). La regola di libertà è produttiva di una *reificazione* dell’uomo che consente a questi di cedere come una ‘cosa’, attraverso il contratto, le *proprie* energie, le *proprie* capacità. Il *proprio* potere creativo, la *propria* attitudine al comando, senza formalmente alienare se stesso come uomo”.

In sintesi, se da un punto di vista economico e sociale la ricostruzione del rapporto di lavoro in termini di relazione contrattuale era una soluzione indispensabile all'affermazione del sistema capitalista, da un punto di vista giuridico e culturale si trattava di una soluzione quanto meno giustificata da un'istanza egualitaria, emancipatrice e di progresso. E così, la straordinaria funzionalità dello schema contrattuale alle esigenze e alle aspirazioni della società liberale – e più in generale all'organizzazione di quest'ultima intorno ai paradigmi di mercato – rese sostanzialmente impraticabile qualunque tentativo di superare la soluzione contrattuale nell'inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro subordinato.

A questo risultato non servì l'emersione della cosiddetta “questione sociale” che smentiva nei fatti sia l'ideale di una società di individui liberi ed autoreponsabili, sia la certezza di una tendenza naturale del sistema (di mercato) al progresso ed al benessere sociale. A ciò non servì neppure la nascita delle prime manifestazioni di organizzazione collettiva dei lavoratori<sup>19</sup>, che contribuivano a esaltare le conseguenze derivanti dal diverso posizionamento sociale dei soggetti della produzione in funzione della posizione da loro occupata nel processo di produzione e nella società e che denunciava il carattere prevalentemente sociale dei rapporti di produzione; organizzazione collettiva che, nella misura in cui rivendicava il carattere necessariamente sociale delle costruzioni delle regole giuridiche sul lavoro, finiva per mettere in discussione anche l'idea della necessaria statualità del diritto e la netta separazione tra Stato e società, tra diritto pubblico e diritto privato, professata dall'ideologia liberale.

Nemmeno le censure all'individualismo del diritto privato borghese e al formalismo positivista del quale quello era espressione, procedenti da quel variegato e composito movimento di pensiero che – non senza certa approssimazione – si conosce come “socialismo giuridico”, riuscirono a scalfire la centralità della soluzione contrattuale. Nonostante le aspre critiche da questo mosse alle conseguenze sociali prodotte dalla riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema locativo, non si arrivò infatti ad una compiuta messa in discussione della natura contrattuale del rapporto, che al contrario venne sostanzialmente confermata dai socialisti della cattedra<sup>20</sup>. Il

<sup>19</sup> Sulla formazione del movimento operaio in Spagna, PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología*, Tecnos, 1995, p. 36 ss.

<sup>20</sup> In questo senso, anche, MONERÉO PÉREZ, *Fundamentos doctrinales de Derecho Social en España*, Trotta, 1999, p. 46.

lavoratore, per quanto “debole”, veniva pur sempre considerato contraente, soggetto da proteggere dall’invasione e dalla prepotenza dell’altro soggetto della relazione contrattuale attraverso la predisposizione di regole poste a specifica protezione del valore preminente della persona inevitabilmente implicata nella prestazione di lavoro, ma in ogni caso parte di una relazione contrattuale. La critica alla riconduzione del rapporto di lavoro all’interno dello schema della locazione, della quale il movimento dei novatori si fece portavoce, era in realtà una censura all’insufficienza e alla *insensibilità* di questa rispetto alle concrete disuguaglianze esistenti nella società e nel rapporto di lavoro, nonché all’inevitabile obsolescenza di uno schema risalente ad un sistema giuridico al quale era totalmente estranea la realtà del lavoro industriale<sup>21</sup>. Era dunque la manifestazione di un disagio per gli *effetti* derivanti dalla tradizionale impostazione locativa, più che una censura alla *fattispecie* in quanto tale, che dunque non fu sostanzialmente messa in discussione.

Allo stesso modo, neppure l’emergere e il consolidarsi di un intervento pubblico-statale attraverso la denominata legislazione sociale riuscì ad intaccare la soluzione contrattuale. Ciò in quanto la sua elaborazione ignorava sostanzialmente il contratto; si limitava ad intervenire su categorie sociali determinate e su determinati bisogni di tutela senza che venisse in considerazione la natura giuridica del vincolo tra soggetto tutelato e datore di lavoro<sup>22</sup>. Vero è semmai che l’emergere di una legislazione di diritto pubblico, per di più incidente su categorie socialmente determinate di soggetti, non solo metteva in discussione i postulati liberali del mercato autoregolato e autosufficiente, ma finiva anche per intaccare il primato logico della legge, che si reggeva – com’è noto – non solo sul carattere di astrattezza, ma anche su quello di generalità della stessa, ovvero sulla sua applicabilità a tutti gli individui appartenenti alla comunità, contribuendo per questa via allo sgretolamento del mito illuministico dell’onnivalenza del Codice. In effetti, proprio l’intervento nel mercato del lavoro operato con gli strumenti della norma inderogabile, pur prescindendo della natura contrattuale del rapporto di lavoro, finiva paradossalmente proprio per rilegittimarla, inserendosi pur sempre nella logica del contratto e del mercato<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> In questo senso, tra gli altri, MODICA, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*; VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, entrambi in AA.VV., *Atti del IV Congresso Giuridico Nazionale*, Napoli, 1897, rispettivamente p. 10 ss. e p. 27 ss.

<sup>22</sup> In questo senso, anche, GAETA, TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Utet, 1993, I, p. 10 ss.

<sup>23</sup> Scrive, a questo proposito, SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*.

Tale deviazione dai principi liberali trovava, infatti, giustificazione e legittimazione nella necessità, considerata essenzialmente eccezionale e contingente, di correggere eventuali alterazioni del principio liberistico e del modello concorrenziale<sup>24</sup>. In altre parole, l'intervento limitativo sulla libertà di autodeterminazione delle parti del rapporto di lavoro (*rectius*: del datore di lavoro) era pur sempre funzionale alla reintegrazione del lavoratore industriale nella qualità di contraente, ovvero al riequilibrio della sua posizione di debolezza nel rapporto ed in definitiva strettamente funzionale al rafforzamento e all'espansione del sistema capitalista.

Anche sul piano della cultura giuridica, le contraddizioni generate dall'affrancamento del lavoro dall'alveo delle relazioni personali e la sua ricollocazione nell'ambito di relazioni di tipo più prettamente patrimoniale furono abilmente contenute dalla reazione del ceto borghese dominante – al quale apparteneva anche il giurista –, tenacemente ancorato alla propria tradizione giuridica, quella di matrice romano-civilistica<sup>25</sup>.

La costruzione della categoria del contratto di lavoro subordinato risentì di questo prioritario obiettivo. Il recupero delle rispettive posizioni delle parti del rapporto di lavoro paradigma del contratto di scambio e agli schemi civilistici in generale, l'unificazione operata sotto il criterio della subordinazione – intesa non in termini di asimmetria di potere di mercato, ma come elemento che qualifica la prestazione liberamente promessa dal lavoratore

*Problemi storico-critici*, Morano, 1967, p. 114: “Proprio in quanto la finalità è essenzialmente quella di predisporre una disciplina protettiva per alleviare il disagio delle classi lavoratrici, e cioè dei soggetti vincolati da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa, viene posta in discussione non già mai tale elementare fattispecie di un ‘contratto di lavoro’, bensì soltanto la idoneità di questa ad essere costruita sopra l'astratta e generale alternativa tra obbligazioni aventi ad oggetto un mero lavoro, ovvero un lavoro produttivo di un risultato”.

<sup>24</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1973, p. 43 ss. La cultura giuridica dominante era, infatti, sostanzialmente proclive a concepire le innovazioni legislative come un prodotto residuale e transitorio, indotto dalle contingenze economiche e sociali, di derivazione pubblicistica e perciò stesso speciale ed inaffidabile, incapace di intaccare principi e fondamenti della “vera” ed “immutabile” scienza privatistica; “pianeti intorno al sole, che gravitano intorno al sapere antico dei giuristi senza avere la forza di oscurarlo”. Cfr. CAZZETTA, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, in *QF*, 1988, n. 17, p. 164 ss.

<sup>25</sup> Si rinvia sul punto a GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, 1999, I, p. 309 ss.; MARTÍN VALVERDE, *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, in *RDSoc*, 1999, p. 15. Si veda anche, più in generale, SUPIOT, *Critica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

(ma organizzata e diretta da altri) –, la ricostruzione in termini strettamente individuali della fattispecie ed il collegamento instaurato tra qualificazione della prestazione come lavoro subordinato e applicazione automatica delle leggi protettive<sup>26</sup> rappresentano i termini di un paradosso insuperabile nel diritto del lavoro: il paradosso (solo apparente) di un diritto civile di cui si constata l'insufficienza e l'inadeguatezza rispetto ad un fenomeno sociale che tende a scalzare le stesse premesse sulle quali questo si è costruito, che, per uscire dall'*impasse*, costruisce una nuova fattispecie (pur sempre contrattuale, ma) caratterizzata proprio da quella carenza di autonomia di una delle parti che sembrava doverne decretare l'inesorabile superamento<sup>27</sup>.

Infine, neppure la risposta autoritaria alla crisi dello stato liberale e il rigetto dei postulati politico-ideologici del liberalismo borghese espressi dai totalitarismi fascisti che presero il sopravvento in Europa nel corso degli anni '20 e '30 del secolo scorso riuscì ad intaccare realmente la soluzione contrattuale e l'adesione della cultura giuridica alla tradizione romanista-civilitica. La riconduzione del sistema sindacale al diritto pubblico, la criminalizzazione del conflitto e la riconduzione del sindacato unico fascista alla categoria di organo ausiliare dello Stato si combinò infatti con una sostanziale preservazione della matrice più propriamente civilistico-contrattuale del rapporto individuale di lavoro<sup>28</sup>. Nonostante il formale tentativo di affrancare il rapporto di lavoro dalle implicazioni patrimonialistiche e individualistiche indotte dall'impostazione civilistico-liberale e di ricondurlo all'alveo delle relazioni personali – quasi familiari – di soggezione e fedeltà mutua tra soggetti ugualmente produttori, l'a(nti)contrattualismo professato rispondeva infatti, più che alla necessità di innestare un dibattito funzionale all'approfondimento della riflessione giuridica e al perfezionamento della ricostruzione scientifica del rapporto di lavoro rispetto alla sistematizzazione datane dal diritto di matrice privatistico-liberale, alla spesso supina adesione della cultura giuridica ai principi e ai postulati del Nuovo Ordine autoritario

<sup>26</sup> *Contra*, CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini. Ratio legis e costruzione dogmatica del diritto*, UNICOPLI, 1990, spec. p. 271.

<sup>27</sup> Per un'analisi della legislazione sociale e delle peculiarità della costruzione della categoria del contratto di lavoro nell'esperienza spagnola, PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873- 1923)*, Tecnos, 2011; DE LA VILLA GIL, *La elaboración científica en el Derecho del Trabajo*, in *ACJ*, 1971, I, p. 154 ss.; dello stesso Autore, *La formación histórica del derecho del trabajo español*, Comares, 2003.

<sup>28</sup> In questo senso, ROMAGNOLI, *Il Diritto del Lavoro durante il fascismo*, in *LD*, 2003, p. 90 ss.

e dispotico che andava affermandosi quasi contemporaneamente in buona parte dell'Europa occidentale<sup>29</sup>. Sia la regolamentazione del Codice Civile italiano del '42, sia quella contenuta nella nuova (anche se sostanzialmente immutata rispetto a quella repubblicana del 1931) *ley de contrato de trabajo* spagnola del '44, al di là dei pur formali e retorici omaggi all'ideologia del regime, mantenevano saldamente ancorato il rapporto di lavoro ad una fonte tipicamente contrattuale, anche se ciò non impedì affatto l'affermazione di una configurazione intimamente autoritaria degli stessi<sup>30</sup> quale rapporto di dominio unilaterale all'interno di una struttura imprenditoriale idealizzata nella sua struttura fortemente gerarchica ed autoritaria<sup>31</sup>.

### 2.1. Contrattualismo e nuovi principi democratici

Anni più tardi, in un contesto economico e sociale – ma anche politico-culturale e giuridico – profondamente mutato, il contratto – e più in generale le categorie civilistiche – sono tornate a svolgere una fondamentale funzione “catartica”. Questa volta il recupero della tradizione giuridica liberale, mai del tutto abbandonata<sup>32</sup>, servì ad esprimere il sostanziale e radicale

<sup>29</sup> In questo senso, SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación del trabajo*, Akal, 1982, p. 21, al quale si rinvia anche per le dovute differenziazioni con la concezione propria del nacionalsindicalismo del franchismo spagnolo; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Balance provisional de una polémica)*, in *Anales de la Universidad Hispalense*, 1967, vol. XXVII, p. 57. Evidenzia lo scarso rigore scientifico, il carattere esclusivamente propagandistico e la scarsa traduzione pratica delle teorizzazioni della dittatura italiana, NOGLER, *L'idea nazionalsocialista di un “nuovo ordine europeo” e la dottrina corporativa italiana*, in *DLRI*, 2001, p. 333 ss. Sottolinea come lo spostamento dell'attenzione dei giuristi dal diritto delle cose, dalla concezione del rapporto di lavoro in termini di mero rapporto di scambio, al diritto delle persone, alla considerazione del rapporto di lavoro come rapporto di tipo eminentemente personale sia stata anche la conseguenza dell'avvento della seconda rivoluzione industriale e, più in generale, dell'apparizione della grande impresa industriale con produzione in serie che richiedeva maggiore coesione e controllabilità da parte del suo titolare, MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nei Paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, 1965, p. 420 ss.

<sup>30</sup> SINZHEIMER, *La crisi del diritto del lavoro*, in ARRIGO, VARDARO, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, 1982, p. 81; LISO, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 15; MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003, p. 27.

<sup>31</sup> Si rinvia sul punto a MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, Giuffrè, 1973, XXIII, p. 376.

<sup>32</sup> Considera meno intensa, nella cultura giuridica spagnola, l'influenza della tradizione

rigetto della cultura giuridica dominante nei confronti del sistema precedente; operò come strumento di affrancamento dall'ideologia autoritaria e antidemocratica del caduto regime; si utilizzò come lo strumento per l'affermazione di una libertà radicalmente negata dal sistema statalista corporativo, per segnare il passaggio da un sistema incentrato sulla sostanziale funzionalizzazione e sulla subordinazione dei rapporti sociali di produzione all'interesse pubblico ad uno fondato sull'autonomia negoziale<sup>33</sup>. In questo senso, il recupero della centralità del contratto e delle categorie civilistiche per la ricostruzione del rapporto di lavoro ha rappresentato anche la reazione democratica e pluralista a quella considerazione gerarchica e autoritaria del lavoro e dell'impresa (ma anche dello Stato e delle istituzioni) della quale sia l'uno che l'altra erano stati fatti oggetto durante il periodo corporativo fascista.

E così, l'esaltazione delle matrici più propriamente civilistiche della disciplina lavoristica è stata utilizzata come strumento di riaffermazione dell'esistenza di una strutturale contrapposizione di interessi tra le parti, per evitare e contrastare le involuzioni orientate a ricostruire il rapporto di lavoro come relazione di assoggettamento personale del lavoratore, per rappresentare la tensione ideale verso i valori di libertà, uguaglianza e responsabilità (individuale) e, in questo senso, per circoscrivere l'elemento irrazionale della subordinazione<sup>34</sup>. Rispetto ad altre impostazioni (teorie associative, istituzionaliste e comunitariste), che negavano la rilevanza del contratto quale fonte del vincolo giuridico e delle reciproche obbligazioni delle parti, ovvero ne riducevano la rilevanza a titolo per l'inserimento del lavoratore nella comunità di lavoro o nell'impresa istituzione, le teorie più propriamente contrattualistiche presentavano l'indubbio vantaggio della razionalizzazione delle rispettive posizioni delle parti, consentendo nello stesso tempo la circoscrizione dell'area del debito del lavoratore e dei poteri datoriali – anch'essi contrattualizzati – alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative dell'impresa e della produzione. Il “ri-

civilistica, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, p. 83 ss.

<sup>33</sup> DE MARINIS, *Né pubblico, né privato. Il modello costituzionale del “pluralismo istituzionale”*, in GAETA, (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*. Atti della giornata di studio. Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, 2005, p. 202.

<sup>34</sup> LISO, *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, p. 36 ss.; ARANGUREN, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in EGL, 1981, VII, p. 2; DE MARINIS, *La concezione contrattualista del diritto del lavoro tra deregolazione e giuridificazione*, in DL, 1991, I, p. 329.

torno” alle categorie civilistiche e al contratto furono dunque, nelle intenzioni della dottrina giuslavorista che usciva dal periodo corporativo, gli strumenti da usare per la ricostruzione di un sistema legale democratico e liberale capace per ciò stesso di scongiurare la riproposizione di concezioni pubblicistiche proprie del passato regime. Il recupero della matrice propriamente privatistico-civilistica esprimeva così l’aspirazione della cultura giuridica ad un parallelo recupero della considerazione del lavoro come frutto della scelta volontaria e cosciente del lavoratore; all’apprezzamento di questi non più solo quale mero *oggetto* di regolazione, ma quale *soggetto* attivo di un rapporto liberamente e volontariamente instaurato; alla considerazione dell’autonomia individuale come espressione di “attività libera in sé”, non più *costretta* dentro gli angusti spazi della norma autoritativamente (im)posta, come espressione del potere dei soggetti di determinare non solo un determinato comportamento materiale, ma di porre vere e proprie regole dirette alla produzione di effetti giuridici<sup>35</sup>.

Non per questo la soluzione contrattualistica cessava di presentare una serie di contraddizioni e di antinomie che hanno determinato la necessità di un’elaborazione dogmatica e di una riflessione giuridica sempre più approfondita sul contratto di lavoro come contratto tipico per l’inquadramento del fenomeno sociale del lavoro subordinato, in quanto tale distinto ed autonomo rispetto a quelli afferenti all’area del diritto civile a cui originariamente veniva ascritto. Antinomie e contraddizioni che derivavano principalmente quale conseguenza del *problema* indotto dalla subordinazione – pur intesa in senso tecnico-giuridico come sottoposizione del lavoratore al potere datoriale di specificazione e di conformazione della prestazione lavorativa – e dall’inevitabile implicazione personale del lavoratore nell’ambito di un contratto che, in quanto tale, presuppone e si fonda sull’uguaglianza e la libertà delle parti negoziali, su un rapporto meramente interindividuale, nonché sulla patrimonialità degli interessi oggetto di scambio. Implicazione personale che trae origine come effetto dal contratto, ma che si distingue da questa; che dà ragione fondamentale della progressiva “emancipazione” – mai definitivamente realizzata – delle tecniche, dei principi e della costruzione dogmatica del diritto del lavoro dal diritto civile e del peculiare regime

<sup>35</sup> FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 19. Per la parzialità, ed anche la fallacia di tale presunzione di neutralità del diritto civile rispetto al diritto (ideologizzato) del fascismo, SOMMA, *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, in *RCDP*, 2004, p. 61 ss.

giuridico che gli è proprio, improntato alle esigenze di protezione dei valori (individuali, collettivi e generali) coinvolti nel rapporto di lavoro. Implicazione, infine, che è servita a giustificare la progressiva e sempre più penetrante svalutazione e marginalizzazione del ruolo e della funzione dell'autonomia individuale e del contratto nella determinazione delle condizioni dello scambio negoziale a favore della preminenza attribuita alla legge ed al contratto collettivo.

Vero è semmai che, da un lato, la contrapposizione tra teorie contrattualiste e teorie *latu sensu* acontrattualiste nella ricostruzione dogmatica del rapporto di lavoro è stata anche la conseguenza dell'ambivalenza del ruolo assunto dal contratto nella storia degli ordinamenti giuridici moderni e della stessa normativa lavoristica che si compone di una strumentazione che a volte rimane strettamente legata alla matrice civilistica, mentre altre volte se ne distanzia elaborando principi e meccanismi propri. L'ambivalenza di uno schema, quello del contratto, che per sopravvivere quale schema giuridico di riferimento per l'inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato è stato costretto a convivere e ad incorporare nozioni di *status*<sup>36</sup>. Inoltre, si è trattato di un contrasto che, lungi dall'implicare la necessità di una scelta tra le une e le altre, ha rappresentato, com'è stato correttamente osservato, un utile momento di integrazione della complessa realtà del lavoro subordinato. Sottolineando aspetti e momenti diversi dello stesso, è servito cioè ad una rappresentazione di punti di vista distinti e a tutto tondo delle caratteristiche complesse del lavoro subordinato nelle moderne società capitalistiche<sup>37</sup>.

D'altra parte, è vero pure che l'operazione di "riprivatizzazione del diritto del lavoro" – particolarmente evidente nell'esperienza italiana – fu più "reattiva" che calibrata ed ispirata ai nuovi valori propri del Costituzionalismo sociale e, in questo senso, non è stata del tutto scevra di visioni ed impostazioni altrettanto ideologizzate e ideologizzanti come quelle dalle quali doveva servire affrancarsi<sup>38</sup>. L'esaltazione e l'assolutizzazione della "valenza antifascista" della disciplina civilistica e delle virtù salvifiche del contratto<sup>39</sup>

<sup>36</sup> SUPIOT, *op.cit.*, *passim*.

<sup>37</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 107 ss.

<sup>38</sup> Così CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in RIDL, 1967, p. 24 ss.

<sup>39</sup> Cfr. SOMMA, *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, in RDPC, 2000, p. 641. Si rinvia a questo proposito alla mordace critica di ROMAGNOLI, *Un'arca di Noè per il diritto del lavoro*, Lezione inaugurale del Corso Italo-latino-americano per esperti di problemi di lavoro, patrocinato dall'OIL, disponibile sul sito: [www.eguaglianzaeliberata.it](http://www.eguaglianzaeliberata.it).

non solo ha contribuito ad ostacolare e ritardare la riflessione giuridica sulla costruzione unitaria di un diritto del lavoro capace di svilupparsi al di là dei ristretti limiti dei rapporti (contrattuali) individuali<sup>40</sup>, ma ha concorso anche a sottovalutare le possibili derive autoritarie insite nella stessa ricostruzione in termini contrattuali dei rapporti di lavoro, che, nel contesto di un sistema a struttura capitalistica, non può non tendere naturalmente verso la reificazione del lavoro e del lavoratore. Quest'ultima è stata fortemente contenuta grazie soprattutto al massiccio intervento pubblico e collettivo, orientato ed imposto dal nuovo quadro costituzionale con il quale si è progressivamente (anche se solo parzialmente) sottratta la regolazione giuridica dell'intercambio tra lavoro e retribuzione ai meccanismi del mercato; tutto ciò nel contesto dell'affermazione di una cultura giuridica, politica e sindacale fortemente ancorata alla necessità di affermare la centralità del lavoro e la sua dignità<sup>41</sup>. Il chiaro orientamento protettivo, la particolare composizione e configurazione delle fonti di regolamentazione, l'elaborazione e l'affermazione di un complesso di strutture dogmatiche, di principi ispiratori e di tecniche di regolamentazione specifiche, ha progressivamente determinato la sostanziale "decodificazione" della disciplina giuslavoristica e la sua almeno parziale emancipazione dal sistema del diritto comune dei contratti<sup>42</sup>.

Si è trattato tuttavia di una tendenza – quella all'affrancamento della dimensione patrimonialistica e mercantile dei rapporti di lavoro – che non solo non è andata scevra di contraddizioni e retrocessi e si è articolata in forme ed intensità diverse nei diversi ordinamenti giuridici, ma che è entrata inesorabilmente in crisi nel corso degli anni '80 e '90, in coincidenza con una fase di profonda recessione economica e produttiva di portata internazionale e dell'affermazione del neoliberalismo come ideologia dominante. E così, se è vero che la storia del "secolo breve" del diritto del lavoro è la storia del suo tentativo di affrancarsi dalle categorie e dai principi civilistici,

<sup>40</sup> Così, CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007, pp. 263 e 336.

<sup>41</sup> Si rinvia sul punto a GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014.

<sup>42</sup> Sul punto, IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979 e ora in ID., "*L'età della decodificazione*" *venti anni dopo*, Giuffrè, 1999. Sul dibattito in materia di rinnovamento del metodo anche nel diritto civile, in funzione di una maggiore aderenza e coerenza dello stesso al contesto sociale storicamente determinato nel quale si inserisce, v. le considerazioni di LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *RDC*, 1968, I, p. 297 ss.

la storia più recente della disciplina si caratterizza invece per una progressiva e sempre più marcata interiorizzazione delle logiche del mercato e della competenza.

## 2.2. *Il contrattualismo nella crisi del diritto del lavoro garantista*

Com'è noto e come già anticipato, nel corso degli ultimi due decenni del XX secolo, l'ennesimo recupero del contrattualismo è tornato a rappresentarsi quale soluzione di purificazione e liberazione dagli eccessi (veri o presunti) del garantismo pubblico e collettivo del diritto del lavoro postfascista; è servito quale occasione di ripensamento e di revisione delle ragioni che avevano portato alla marginalizzazione della *lex voluntatis* a favore della preminenza della *voluntas legis*, al fine sia di qualificare il rapporto di lavoro come subordinato, sia di determinare il contenuto dello scambio negoziale. Detto in altri termini, il recupero della centralità del contratto e del momento contrattuale che si registra a partire da allora si è giustificato questa volta quale esigenza di liberazione ed emancipazione da una disciplina lavoristica denigrata in quanto colpevolizzata per la sua sostanziale incapacità di adattarsi ed offrire risposte efficaci alle vecchie e nuove esigenze ed aspirazioni di imprese e lavoratori.

Al di là degli (per altro scarsi) interventi diretti operati sul sistema di fonti di regolazione del rapporto di lavoro, il recupero del contratto è stato in questa fase il risultato di un multiforme complesso di interventi che hanno portato ad un sostanziale spostamento dell'attenzione del legislatore – ma anche della dottrina e della giurisprudenza – dal momento del rapporto, ovvero dalla fase di esecuzione del programma negoziale convenuto, al momento contrattuale, ovvero alla fase di costituzione e formalizzazione del vincolo giuridico tra datore e prestatore di lavoro.

Da una parte, il processo di accusata destandardizzazione del rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, realizzato attraverso l'introduzione di via via sempre più variegate tipologie contrattuali alternative, finalizzate all'accesso al mercato di lavoro (tutte più o meno connotate da un'attenuazione dell'apparato di tutele e dall'organizzazione flessibile dei tempi), unita ad una interpretazione giurisprudenziale più sensibile alla valorizzazione del principio consensualistico ai fini della qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato, contribuivano senz'altro ad esaltare la “funzione genetica del contratto”, ampliando le possibilità di espressione dell'autonomia

privata individuale (datoriale), abilitata ora a *scegliere* tra tutte le tipologie contrattuali quella maggiormente rispondente agli interessi economici, organizzativi e produttivi dell'impresa, quando non anche, in certa misura, la natura autonoma o subordinata del rapporto<sup>43</sup>. Dall'altra, l'accusato formalismo associato alla celebrazione dei cosiddetti contratti atipici – tutti a forma vincolata – confermano la crescente e sostanzialmente inedita attenzione prestata dal legislatore al momento della costituzione del rapporto. Reinterpretando lo squilibrio di potere tipico del rapporto di lavoro subordinato (anche) quale conseguenza di un problema di asimmetrie informative tra le parti – e in parziale compensazione dell'attenuazione dell'apparato di tutele tipico del diritto del lavoro per queste modalità contrattuali – le prescrizioni di forma, associate a disposizioni sempre più dettagliate relative al contenuto minimo del contratto, rispondevano all'obiettivo di rafforzare la consapevolezza e le responsabilità individuali del lavoratore nella fase di costituzione del vincolo giuridico<sup>44</sup>. Ciò sul presupposto (astratto e sostanzialmente indimostrato) che l'esaltazione della valenza informativa della forma servisse a garantire, dal versante del lavoratore, una maggiore possibilità d'intervento e codeterminazione nella scelta del tipo contrattuale e nella fissazione del regolamento contrattuale, nonché una maggiore capacità di controllo e reazione di fronte ad eventuali comportamenti irregolari del datore nell'esecuzione del programma negoziale convenuto<sup>45</sup>.

Il recupero di spazi di autonomia fu poi anche la conseguenza dell'accentuato processo di fuga dal diritto del lavoro<sup>46</sup>, almeno in parte assecondato

<sup>43</sup> Allo stesso tempo, però, la proliferazione dei nuovi o riformati modelli contrattuali atipici finiscono paradossalmente per “deprimere la forza regolativa del contratto” (così ALBI, *Le dottrine sulla flessibilità e sulla disarticolazione del tipo contrattuale*, in *LD*, 2004, p. 610), dal momento che finiscono per esaltare unicamente la convenienza del soggetto contrattualmente più forte, che, in quanto tale, impone il modello contrattuale maggiormente rispondente ai suoi interessi. Fa riferimento ad una funzionalizzazione quasi totale del meccanismo contrattuale all'interesse di una delle parti e della conseguente rottura dell'equilibrio obbligazionario nell'esperienza spagnola, GONZÁLEZ ORTEGA, *La difícil conjuntura del Derecho del Trabajo*, in *RL*, 1987, p. 24.

<sup>44</sup> Sul punto, FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

<sup>45</sup> Considerazioni analoghe possono essere realizzate a proposito della generalizzazione delle obbligazioni informative poste a carico del datore di lavoro quale conseguenza della stipulazione di qualunque contratto di lavoro. In generale, su questi aspetti, tra gli altri, RIVARA, *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, in *DLRI*, 1999, p. 133 ss.

<sup>46</sup> Sul punto, ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, p. 231 ss. Per l'esperienza spagnola, BAYLOS, *La “huida” del derecho del trabajo: tendencias y límites de la*

da quella giurisprudenza e da quella dottrina favorevole ad un contenimento della tradizionale tendenza del diritto del lavoro ad espandere il proprio raggio d'azione al di là del suo campo tradizionale di applicazione, nonché dalla presenza di ampi settori di economia irregolare e di lavoro sommerso (e dunque non protetto).

Ciononostante, fino ad allora, il recupero della prospettiva contrattualista non necessariamente si è tradotto ed ha significato un parallelo riscatto del ruolo regolativo dell'autonomia privata individuale e dei meccanismi di mercato. Il processo di *privatizzazione* dei meccanismi di produzione delle regole giuridiche si è, infatti, spesso materializzato attraverso la valorizzazione del ruolo dell'autonomia e del contratto collettivo e si è accompagnato ad una certa *pubblicizzazione* ed istituzionalizzazione dell'attività negoziale autonoma degli agenti sociali, incaricata di esprimere non solo gli interessi del gruppo, ma anche l'interesse generale della classe. La delegificazione degli anni '80 e '90 del secolo scorso ha comportato cioè fondamentalmente una certa decentralizzazione della fonte di produzione normativa, sia attraverso la moltiplicazione dei rinvii legali all'attività normativa autonoma delle parti sociali e la configurazione di norme legali in termini meramente suppletivi rispetto al contratto collettivo, sia per mezzo della ripiegamento della legge da territori prima da questa occupati.

A ciò si è aggiunta una progressiva trasformazione del significato dell'intervento legale nel mercato del lavoro in ragione della necessità di concedere maggior protagonismo alle dinamiche economico-produttive ed alle esigenze di competitività dell'impresa nel nuovo contesto globalizzato. L'interpretazione e la trasposizione della ragione d'impresa – chiaramente esaltata – non era tuttavia un compito affidato in via esclusiva all'imprenditore, ma era il risultato dell'intervento e del controllo esercitato dai poteri pubblici e dal contropotere collettivo fortemente promosso dalla legge. Si trattava cioè di cercare sempre nuovi equilibri tra obiettivi di razionalizzazione sociale dell'economia ed esigenze di razionalizzazione economica del diritto, senza che ciò comportasse la messa in discussione della possibilità di configurare ed assicurare interazioni positive tra le dinamiche economiche ed i principi e valori democratici. Al contrario: l'auge di un neocorporativismo di tipo

*deslaborización*, in ALARCÓN CARACUEL (a cura di), *El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000, p. 35 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La huida del derecho del trabajo*, in *RL*, 1992, p. 85 ss.

macro, testimoniato dall'avvio e dal consolidamento di pratiche di dialogo e concertazione sociale, finiva per esaltare l'idea del patto e la necessità del consenso tra tutte le forze economiche e sociali quale fondamento di un sistema che si continuava a volere pluralistico e democratico; servì da strumento di rilegittimazione del potere e al tempo stesso determinava una certa "ricontrattualizzazione" delle politiche pubbliche. Detto in altri termini, lo scambio realizzato tra una crescente fluidificazione dei limiti e dei condizionamenti legali all'esercizio dei poteri imprenditoriali – che assicurasse maggiore adattabilità della regolazione giuridica del lavoro alle esigenze di flessibilità nell'utilizzo e nell'organizzazione della forza lavoro da parte delle imprese – ed una maggiore partecipazione sindacale alla definizione del punto d'incidenza dell'intervento pubblico nel mercato continuava ad inscrivere nei parametri epistemologici ed assiologici dello Stato Sociale e Democratico di Diritto, anche se ciò non fu privo di conseguenze per il sindacato<sup>47</sup>.

### 3. *La rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro della crisi*

Il passaggio al nuovo secolo ha segnato tuttavia una nuova fase nel processo di contrattualizzazione del diritto più deliberatamente orientato al recupero di spazi di espressione del mercato non condizionati dai vincoli derivanti dell'instaurazione della democrazia politica, sociale ed economica. Questa nuova declinazione della contrattualizzazione del diritto, nella misura in cui si traduce in un'esaltazione incondizionata del soggetto e dello spazio impresa quale ambito di riferimento privilegiato per la costruzione ed espressione dei processi normativi "anziché un'inversione nella gerarchia degli inte-

<sup>47</sup> L'attrazione del sindacato nell'apparato istituzionale dello Stato e la sua implicazione nella definizione ma soprattutto nell'attuazione delle politiche economiche e sociali pubbliche, promossa dalle pratiche concertative, genera gioco forza una certa "pubblicizzazione" dell'attività contrattuale del sindacato, che non solo verrà costretta ad esplicitarsi nel rispetto dei limiti fissati nell'accordo politico raggiunto, ma che verrà anche sottoposta a più intensi controlli pubblici persino nell'esercizio della sua funzione più tradizionale di miglioramento degli standard minimi legali. In questo modo, gran parte dell'azione negoziale del sindacato si sposta progressivamente all'ambito del mercato politico, dove la strategia e politica sindacale deve conciliarsi con le strategie dei partiti. In questo senso, DE LUCA TAMAJO, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in *RIDL*, 1982, I, p. 17.

ressi”, determina “una sovrapposizione dell’interesse aziendale all’interesse generale perseguito dalla legge o quello collettivo perseguito dal contratto nazionale, di modo che (...) l’interesse generale (o collettivo) è l’interesse aziendale”<sup>48</sup>. Questa nuova privatizzazione dell’interesse generale e la riproposizione del mercato quale fenomeno *naturale*, dotato di una sua intrinseca razionalità che il diritto (e la politica) trova(no) ma non crea(no), ha condotto a considerare qualunque tipo di intervento che si ispiri e trovi fondamento in logiche antagonistiche rispetto a quelle proprie dell’accumulazione capitalistica neoliberista come potenzialmente lesive della razionalità ed efficienza del mercato, contribuendo ad alimentare l’idea di una sostanziale irrilevanza ed inutilità (quando non anche direttamente lesività) dell’attività di mediazione politica tra i molteplici interessi in conflitto<sup>49</sup>. L’obbiettivo non è solo quello della li-

<sup>48</sup> BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 32. In questo senso, la ricostruzione dell’interesse datoriale, protetto dall’ordinamento giuridico, da un lato tende a soggettivarsi nella misura in cui si fa coincidere con la definizione unilaterale e tendenzialmente incontestabile che dello stesso fa il datore di lavoro, dall’altro tende ad oggettivarsi, dal momento che ingloba, assorbendolo, l’interesse generale e orienta gli interventi di tutti gli attori che si rendono protagonisti dello scenario.

<sup>49</sup> Manifestazione paradigmatica di quanto affermato nel testo è la crescente tendenza alla “tecnicizzazione” della politica ed alla sostituzione della razionalità assiologica nell’esercizio dei poteri pubblici con una razionalità meramente strumentale che si riduce ad un criterio di valutazione della politica centrato sulla corrispondenza tra mezzi e fini; una razionalità, dunque, che si fonda su elementi di valutazione di tipo più quantitativo che qualitativo, che si legittima non sulla base della coerenza con i valori ed i principi costitutivi del sistema sociale e politico, bensì sulla base dei risultati (economici) concretamente raggiunti. Ciò che si pretende è dare risposte alla crisi di legittimazione delle forme, delle istituzioni fondamentali e dei risultati della mediazione politica attraverso un vero o presunto potenziamento della solvenza tecnica del sistema. La tecnicizzazione e la perdita di significato assiologico della politica si presentano dunque come due facce della stessa moneta e finiscono per orientare l’attività politico-normativa verso una conseguente esaltazione del *pragmatismo*, inteso questo come filosofia che vive nella quotidianità del presente, svincolata da qualunque riferimento al passato o al futuro e che alimenta un’ossessiva volontà di riforma. Così, IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Laterza, 2008, p. 22. Forse ciò contribuisce a spiegare perché, soprattutto nell’esperienza spagnola, la quasi totalità degli interventi realizzati sul sistema di diritti sociali e del lavoro si sia materializzato non solo al margine della lunga e consolidata tradizione della concertazione e del dialogo con i principali sindacati, ma anche e soprattutto attraverso l’(ab)uso della decretazione d’urgenza. Ciò ha condotto a parlare di una crisi che attanaglia anche le forme di produzione giuridica e che permette di legistare senza il Parlamento. Così, BAYLOS, *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro della crisi. La riforma del lavoro spagnola del 2012*, in *DLRI*, 2012, p. 353 ss. In Italia, dove gli interventi sul mercato del lavoro hanno seguito un *iter* più “ortodosso”, il carattere d’urgenza degli stessi si è manifestato attraverso il massiccio ricorso al voto di fiducia. In questo senso, BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 442.

beralizzazione del mercato su scala globale, bensì soprattutto quello di consolidare un sistema economico mondiale tendenzialmente avulso da qualunque tipo di condizionamento di tipo sociale, redistributivo, demercificante.

Se il fine dell'organizzazione politica e sociale è l'*efficiente* funzionamento del mercato, non sorprende che i diritti sociali e i servizi pubblici si vedano sottoposti ad un processo di perdita progressiva del loro significato politico e del loro valore di strumenti finalizzati al soddisfacimento delle necessità sociali fondamentali, di meccanismi orientati al conseguimento di obiettivi di perequazione ed emancipazione economica, sociale e politica. Non sorprende cioè che la loro garanzia finisca per essere condizionata al superamento previo del test di efficienza e di sostenibilità economico-finanziaria, così da essere subordinata al previo soddisfacimento delle prioritarie esigenze dettate dalla pura razionalità economica. In questo modo, la democrazia e i diritti sociali si configurano come mere variabili dipendenti dalla disponibilità di (e dalla volontà politica di trovare) mezzi economico-finanziari adeguati<sup>50</sup>.

Nell'ambito dei rapporti di lavoro e della loro normativizzazione ciò si è tradotto invece in una sostanziale interiorizzazione da parte della disciplina lavoristica di obiettivi microeconomici legati alle (vere o presunte) esigenze economico-organizzative-produttive e di competitività delle imprese ed in una reinterpretazione in senso spudoratamente unidirezionale degli obiettivi di flessibilità dei vincoli giuridici posti all'esercizio dei poteri datoriali. Ancora una volta, ciò si giustifica sulla base dei pretesi effetti benefici sui livelli occupazionali di tale orientamento. Il mantenimento o il recupero dei tassi di occupazione, peraltro slegato da qualunque esigenza di garanzia di condizioni di lavoro dignitose, si trasforma in questo modo in un obiettivo meramente mediato o indiretto dell'intervento pubblico, conseguenza potenziale (meramente sperata) dell'incremento della competitività dell'impresa, configurato come reale obiettivo prioritario dell'intervento pubblico<sup>51</sup>. In questo modo, non solo si pretende di *salvare* l'evidente antinomia di una disciplina che insegue l'obiettivo della tutela del lavoro attra-

<sup>50</sup> Significativa a questo proposito è stata l'introduzione nelle Costituzioni nazionali del principio del pareggio di bilancio attraverso il quale si restringono ulteriormente i margini per l'elaborazione e l'attuazione di politiche pubbliche di taglio sociale.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Flexibilidad interna*, cit., 2012. Una competitività che in più si insegue attraverso l'elaborazione di strategie a breve termine, tutte centrate su meccanismi volti a ridurre il costo del lavoro e a smantellare il sistema di rappresentanza e difesa degli interessi economico-professionali e sociali dei lavoratori. Si vedano a tal proposito i risultati dello

verso l'elaborazione di meccanismi che accentuano la precarizzazione e la decollectivizzazione del lavoro e facilitano l'espulsione definitiva dei lavoratori dall'impresa; si autorizza anche una reinterpretazione del paradigma della flessibilità ad esclusiva protezione degli interessi datoriali.

Passaggio obbligato di tale operazione è stato un intervento sul sistema di contrattazione collettiva pubblica e privata, che, svalutando il ruolo dell'autonomia collettiva, si è diretto ad assicurare la sua funzionalizzazione alla realizzazione dell'interesse microcorporativo datoriale. Si tratta di un risultato che si persegue fundamentalmente attraverso interventi politici e normativi, volti in primo luogo a dequalificare il ruolo e la funzione degli strumenti di rappresentanza sociale e contrattuale dei lavoratori. La marginalizzazione delle strutture istituzionalmente deputate alla "difesa e promozione degli interessi economici e sociali" dei lavoratori (art. 37, co. 1, della Costituzione Spagnola) si materializza in primo luogo nell'allontanamento dalla dimensione concertata delle riforme, che si elaborano e si approvano con procedimenti di urgenza, nonostante l'ampia contestazione sociale e sindacale e spesso con evidente disprezzo per gli accordi già siglati<sup>52</sup>. Questa "espulsione dall'ambito partecipativo socio-politico delle figure sociali che rappresentano (...) l'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici" non solo "è coerente con la scelta privatizzante e mercificante" che ispira il processo di riforme sul mercato del lavoro e che allontana la regolazione giuridica del lavoro dalle coordinate costituzionali<sup>53</sup>. Essa è rappresentativa anche di un'impostazione

studio realizzato da PÉREZ INFANTE, *Crisis, reformas laborales y devaluación salarial*, in *RL*, 2013, p. 69 ss., in cui si analizzano gli effetti dell'attuale contesto di crisi, delle politiche di austerità e delle ultime riforme del mercato del lavoro in termini di contrazione dei salari e del potere d'acquisto dei lavoratori e di intensificazione del retrocesso del peso dei salari nella distribuzione della ricchezza nazionale. Per un'analisi degli strumenti fondamentali di traduzione normativa di questa strategia nell'ordinamento spagnolo, PÉREZ REY, TRILLO PÁRRAGA, *Devaluación interna y derecho del trabajo: la ruptura de las certezas jurídico-laborales*, disponibile in: [http://www.1mayo.org/nova/-NBdd\\_ShwDocumento?cod\\_primaria=1185&cod\\_documento=4022](http://www.1mayo.org/nova/-NBdd_ShwDocumento?cod_primaria=1185&cod_documento=4022).

<sup>52</sup> È questo senza dubbio il caso della riforma spagnola del 2012 (*Real Decreto-Ley* 11 febbraio 2012, n. 3 (poi convertito in l. 3/2012, cit.)), elaborata a sole due settimane dalla firma tra le associazioni sindacali e imprenditoriali più rappresentative del *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* (2012-2014), che prescinde chiaramente dai compromessi ivi raggiunti e approfondisce gli obbiettivi di liberalizzazione del mercato del lavoro. Più in generale, sull'impatto delle misure di austerità sul sistema di contrattazione collettiva, anche in una prospettiva comparata, BAYLOS, CASTELLI, TRILLO, *Negociar en crisis. Negociación colectiva en los países del Sur de Europa*, Bomarzo, 2014.

<sup>53</sup> BAYLOS, *La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral de 2012*, in *RDSoc*, 2013, p. 39.

centrata sulla prescindibilità – quando non direttamente della chiara ostilità – nei confronti del metodo del consenso e della partecipazione democratica quali strumenti di garanzia della legittimazione e dell’effettività delle riforme intraprese<sup>54</sup>. Anche quando, come nel caso italiano, il processo di dialogo con le parti sociali si è formalmente materializzato, ciò non ha necessariamente significato l’apertura di un vero e proprio processo di concertazione dei contenuti e degli obiettivi delle riforme, già in gran parte predeterminati.

La dequalificazione del ruolo del sindacato si materializza poi attraverso la già menzionata sottrazione dei margini d’intervento, in termini di autorizzazione e controllo dell’applicazione datoriale dei rafforzati strumenti di flessibilità interna ed in uscita dal mercato del lavoro ed il riorientamento forzoso della contrattazione collettiva verso obiettivi di “legittimazione delle prerogative del *management* e di prevenzione dei conflitti (individuali e collettivi)”<sup>55</sup>, nel tentativo evidente di assegnare valore assoluto alla funzione gestionale del contratto collettivo<sup>56</sup>. Alla ridefinizione autoritaria del ruolo e della funzione della contrattazione collettiva si aggiungono penetranti interventi di riorganizzazione della struttura della stessa, in vista dell’obiettivo di assicurare un decentramento del sistema sostanzialmente anarchico, in quanto sottratto al controllo sindacale. In questa direzione di muovono gli interventi volti a debilitare la forza vincolante e la funzione normativa uniforme del contratto collettivo di categoria, così come l’intervento realizzato in Spagna sul sistema di ultrattività del contratto collettivo<sup>57</sup>. “Trasferendo la capacità contrattuale sui soggetti che operano in azienda (...) a scapito della centralità del sindacato”<sup>58</sup>, si raggiungono risultati importanti anche in termini di incremento della divisione sindacale e della prassi degli accordi se-

<sup>54</sup> Scrive a questo proposito ROMAGNOLI, *La riforma del lavoro del governo “tecnico”. Il diritto del lavoro davanti alla crisi*, Relazione d’apertura del I Congresso Economia, Lavoro e Società, organizzato dalla Fondazione 1° de Mayo, Madrid, 21-22 giugno 2012, disponibile in *LD*, 2012, p. 408: “quando la contrazione dell’economia si converte automaticamente nella contrazione dei diritti, l’emergenza economica non è diversa dall’emergenza democratica. Anzi, è la stessa cosa”.

<sup>55</sup> LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo de la crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.

<sup>56</sup> In questo senso, VALDÉS DAL-RÉ, *La reforma de la negociación colectiva de 2012*, in *RL*, 2012, p. 222.

<sup>57</sup> Sul punto, da ultimo, ALFONSO MELLADO, *La ultraactividad de los convenios colectivos: una propuesta integral*, Bomarzo, 2015.

<sup>58</sup> Così, BAYLOS, *Dialogando desde España sobre la representatividad sindical y la constitucionalidad democrática en Italia*, disponibile in: [http://csdle.lex.unict.it/ar-chive/uploads/up\\_337535957.pdf](http://csdle.lex.unict.it/ar-chive/uploads/up_337535957.pdf).

parati, alimentando pure un deleterio confronto tra opzioni – sindacali ed unitarie – di rappresentanza dei lavoratori.

Adattandosi alla massima secondo la quale “la principale strategia di qualsiasi lotta per il potere consiste nello strutturare la posizione della controparte e ‘destrutturare’ – ovvero deregolamentare – la propria”<sup>59</sup>, le imprese *ripubblicizzate* nella loro funzione sono adesso più che mai in grado di esigere dai poteri pubblici il riconoscimento e la consacrazione di una inedita libertà d’azione e di espressione unilaterale del potere che potranno utilizzare sui lavoratori quale ulteriore strumento di disciplina e sottomissione. Così, nel momento stesso in cui l’esercizio dei poteri datoriali si *liberalizza*, si estendono i margini giuridici e materiali di soggezione e subordinazione dei lavoratori all’autorità datoriale e al mercato. Anche quando la dimensione normativa del contratto collettivo appare *prima facie* rafforzata, come avviene nel caso della denominata contrattazione collettiva di “prossimità” – autorizzata a derogare finanche le disposizioni legali in una serie ampia e sostanzialmente indeterminata di questioni –, la sovversione del principio di autonomia collettiva e il suo forzoso e forzato riorientamento in senso regressivo rende ancora più *drammatica* l’alterazione delle regole consolidate di articolazione delle fonti di produzione normativa e, più in generale, del riconoscimento della funzione e del significato costituzionale del menzionato principio.

Il risultato è stato un profondo processo di “colonizzazione economicista” del diritto del lavoro, che si va allontanando sempre più chiaramente da qualunque obiettivo di emancipazione del lavoro. La liberalizzazione dei condizionamenti giuridici e materiali costruiti attorno alla libertà di iniziativa economica si interpreta e si insegue quale condizione imprescindibile per restaurare condizioni di normalità economica e sociale, in linea con l’accennato processo di “colpevolizzazione” di un diritto del lavoro incapace di “creare” occupazione.

La potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto del lavoro e il sovvertimento del suo stesso fondamento epistemologico finisce così per incidere negativamente sullo stesso istituto contrattuale, riproponendo un modello di rapporti di lavoro materialmente costruito sul presupposto dell’incorporazione del lavoratore in uno spazio produttivo completamente strutturato ed organizzato dal titolare del potere economico<sup>60</sup>

<sup>59</sup> BAUMAN, *Danni collaterali. Disuguaglianze sociali nell’età globale*, Laterza, 2013, p. 43.

<sup>60</sup> BAYLOS, *Con el agua al cuello: la crisis interminable y sus significados*, in *RDSoc*, 2012, p. 10.

e reso giuridicamente immune da qualsiasi condizionamento esterno rispondente a razionalità alternative a quella puramente mercantilistica. Non è solo che si sia rinunciato a qualunque prospettiva di avveramento della “democrazia in azienda”, è che la disciplina lavoristica si riorienta verso obiettivi di blindaggio dell’unilateralismo datoriale. In questo modo, i poteri imprenditoriali si svincolano dalla stessa dimensione contrattualistica (e pertanto transazionale) per tornare ad essere rappresentati quale attributo tendenzialmente illimitato connesso alla detenzione del potere economico. Ciò finisce per svilire anche quelle stesse potenzialità di razionalizzazione, di circoscrizione e di oggettivazione dello stato di subordinazione e di dipendenza del lavoratore che hanno rappresentato storicamente la ragione stessa della “fortuna” del contratto quale schema giuridico astratto al quale ricondurre i rapporti di lavoro.

Se questo è il quadro culturale e giuridico nel quale si muove il diritto del lavoro della crisi (o la crisi del diritto del lavoro), non stupisce che si moltiplichino le allusioni ad un processo di “rifeudalizzazione” dei rapporti di lavoro<sup>61</sup>. Si tratta di una locuzione di per certo provocatoria, ma non per questo priva di riscontri concreti, con la quale si allude alla progressiva scomposizione e disgregazione sociale derivante dalla centralità assegnata all’interesse microcorporativo datoriale quale interesse che ricomprende e assorbe impresa e lavoratori; con la stessa si fa riferimento al crescente organicismo nei rapporti di lavoro, riconfigurati in termini neocomunitari<sup>62</sup> come rapporti caratterizzati dalla sottomissione forzosa alle esigenze e alle facoltà regolative del “capo”<sup>63</sup>, che si associa alla tendenza ad un nuova *confusione* tra potere economico e autorità<sup>64</sup>. Le allusioni al nuovo feudalesimo nei rapporti di lavoro servono poi anche a rappresentare il processo di riprivatizzazione/depubblicizzazione delle forme e dei contenuti delle norme giuridiche non solo in campo strettamente lavoristico, così come la crescente fluidificazione e decostruzione dei processi normativi riarticolati in un ambito strettamente locale, a livello di ciascuna azienda concreta; in una parola, la tendenza al ritorno dal contratto allo *status*.

<sup>61</sup> Tra gli altri, ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro torna al medioevo*, disponibile sul sito internet: <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1433>, 17 dicembre 2011.

<sup>62</sup> BAVARO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>63</sup> In questo senso, anche VALDÉS DAL-RÉ, *La riforma*, cit., p. 221.

<sup>64</sup> In questa prospettiva più ampia di riorganizzazione globale del sistema mondiale di potere, MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, 2011, spec. I cap.

#### 4. *L'insufficienza della strumentazione civilistica*

A contrastare questa tendenza verso la rimercificazione del (diritto del) lavoro e dei rapporti sociali di produzione e la riespansione dell'unilateralismo d'impresa a poco o nulla sono serviti i tentativi realizzati da una parte della dottrina volti ad ottenere una sorta di "ricomposizione costituzionale del contratto di lavoro" che riesca a inserire i diritti costituzionali del cittadino-lavoratore nella stessa struttura del contratto di lavoro. Ciò che si pretende è in definitiva "estrarre dal contratto, eventualmente grazie alla giurisprudenza, criteri di regolamentazione dei diritti fondamentali che si irradiano poi al legislatore e alla contrattazione collettiva"<sup>65</sup>. Si tratta di tentativi di reazione alla perdita d'autorità della legge, che nel contrapporre all'ipertrofia legislativa la stabilità che offrono i diritti fondamentali quali "riferimenti normativi del nuovo mondo del lavoro"<sup>66</sup>, implicano inevitabilmente un certo spostamento dell'attività di mediazione e di composizione propriamente politica dei conflitti, tradizionalmente affidata alla legge (ma anche alla contrattazione collettiva), sugli organi giurisdizionali. Agli stessi si affida il compito di una ponderazione che inevitabilmente agisce solo *ex post* e con soluzioni calibrate su e per il caso concreto.

La suggestività di queste proposte deve tuttavia essere messa in relazione con alcuni elementi di criticità, che in buona misura finiscono per ridurne le potenzialità intrinseche. Ciò è conseguenza più che altro del fatto che il processo di riorientamento ideologico nel quale si vede immerso il diritto del lavoro investe in realtà tutta la cultura giuridica e dunque anche il potere giudiziario, che in molte occasioni si fa promotore dello stesso attraverso l'elaborazione di soluzioni ed interpretazioni giuridiche che avallano riletture in senso neoliberaista del sistema di diritti e delle garanzie socio-lavoristiche.

Inoltre, occorre ricordare che, in quanto strumenti di contrasto della legge del più forte, tutti i diritti sociali danno luogo a rapporti necessariamente conflittuali, e dunque la loro garanzia dipende in buona misura dai rapporti di forza concretamente esistenti tra i movimenti e le organizzazioni sociali incaricate di rivendicarli e le classi detentrici del potere eco-

<sup>65</sup> Per tutti, CASAS BAAMONDE, *¿Una nueva constitucionalización del derecho del trabajo?*, in *RL*, 2004, p. 129 ss. Sul ruolo della giurisprudenza nel neocostituzionalismo, si rinvia a PRIETO SANCHÍS, *Neocostitucionalismo y ponderación judicial*, in *AFDUAM*, 2001, p. 201 ss.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 132.

nomico, sociale e politico<sup>67</sup>. Detto in altri termini, non si può non tenere conto che “la garanzia di effettività dei diritti viene determinata non solo dalle previsioni normative a ciò funzionali, ma anche ed in modo rilevante dal quadro di fattori economici, sociali e politici all’interno del quale queste garanzie devono strutturarsi”<sup>68</sup>. Anche da quest’ultimo punto di vista, il contesto attuale non sembra favorevole alla materializzazione di queste proposte.

A ciò si aggiunge che, anche se queste impostazioni pretendono di andare al di là degli obiettivi di “ripersonalizzazione” del lavoro emersi nel corso degli anni ’90 del secolo scorso, proponendo un processo di “individualizzazione” che vada oltre la mera *riscoperta dell’individuo* e della valorizzazione delle capacità di autodeterminazione cosciente del cittadino-lavoratore, è pur vero che, nella pratica, questa nuova costituzionalizzazione del contratto di lavoro si è tradotta più che altro in una maggiore considerazione per quei diritti riconosciuti al lavoratore in quanto persona e cittadino. Il rischio è insomma quello di continuare ad alimentare una rappresentazione antagonista di quelle che Umberto Romagnoli ha chiamato “le due cittadinanze”; una rappresentazione, cioè, che dimentichi gli inevitabili condizionamenti di classe della cittadinanza e gli effetti che l’inserimento nell’impresa e nel mercato produce sulla posizione del cittadino e sui margini concreti di godimento dei diritti fondamentali a lui formalmente riconosciuti.

Occorre cioè rifuggire dalla retorica della “vendetta del cittadino sul lavoratore” e, in questo senso, risulta indispensabile riconfigurare i termini di materializzazione della cittadinanza nel nuovo contesto socio-economico e culturale. Un contesto caratterizzato, oggi più che mai, non solo dalla scarsità delle occasioni di lavoro e dalla rimercificazione del lavoro, ma anche dai tentativi di emancipazione da quella considerazione riduttivista del lavoro propria della tradizione capitalistico-patriarcale<sup>69</sup>. Si tratta, insomma, di riu-

<sup>67</sup> BARCELONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, 1992, p. 108. Si veda pure PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, 2007.

<sup>68</sup> OLIVAS, *Desordenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO, OLIVAS, ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, (a cura di), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dikynson, 2007, p. 505.

<sup>69</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni di MORA CABELLO DE ALBA, *El trabajo con sentido en proceso constituyente. Un cambio de civilización: qué trabajo, para qué sociedad, para qué planeta*, in RPRECC, 2013, p. 67 ss. Più in generale, anche MORA CABELLO DE ALBA, (diretto da), *La ecología*

scire ad elaborare meccanismi di rappresentanza e di redistribuzione del potere, in linea con la configurazione che il potere stesso ha acquisito nell'attualità.

Allo stesso modo, neppure è risultata praticabile la via seguita da altra parte della cultura giuridica del lavoro di utilizzare la strumentazione civilistica (ed in particolare dei principi di corrispettività, equivalenza, giusto equilibrio tra le prestazioni e sinallagmaticità contrattuale), anch'essa reinterpretata alla luce dei valori costituzionali, per ottenere il riequilibrio delle posizioni delle parti nel rapporto di lavoro e così contenere l'arbitrarietà imprenditoriale nella gestione ed organizzazione dello stesso. Il presupposto incontrovertibile dal quale muove questa diversa prospettiva è che la penetrazione dei diritti sociali nel campo del diritto privato avrebbe corretto la concezione riduttivamente individualistica, restituendo loro "contenuto morale"<sup>70</sup>. Non v'è dubbio, infatti, che il diritto civile non è oggi quello che era in epoca liberale e che l'innesto di tecniche normative che interiorizzano le esigenze di giustizia contrattuale e di protezione del contraente debole, sia questo impresa o consumatore, fortemente incentivato anche dall'ordinamento europeo, si proietta inevitabilmente sulla stessa struttura del diritto civile. In questo senso, è sembrato possibile reagire alla progressiva attenuazione del carattere garantista e *pro labour* del diritto del lavoro attraverso il recupero delle virtù regolative del nuovo diritto privato "moralizzato". Si è preteso dunque, in questo modo, di rispondere all'esigenza di circoscrivere "l'inerzia che la logica organizzativa sta imponendo alla legislazione lavoristica" e per questa via ottenere "un recupero della bilateralità o della logica contrattuale rispetto a quella unilaterale-organizzativa nella concezione dei poteri dell'imprenditore"<sup>71</sup>. Più o meno implicita in queste impostazioni torna a proporsi la prospettiva del recupero del contratto quale strumento di composizione (e pertanto di simultanea realizzazione) dei contrapposti interessi delle parti individuali del rapporto di lavoro.

*del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo, 2015; SANTOS FERNÁNDEZ, (a cura di), *Femminile e maschile nel lavoro e nel diritto*, Ediesse, 2015.

<sup>70</sup> Così, PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, I, p. 438.

<sup>71</sup> SANTOS FERNÁNDEZ, *Riforme dei poteri del datore di lavoro in Spagna e struttura bilaterale del contratto di lavoro*, in *RGL*, 2007, I, p. 595 ss. Più in generale, della stessa Autrice, *El contrato como límite al poder del empresario*, Bomarzo, 2005. Si veda pure VALDÉS DE LA VEGA, *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, 1997; RUÍZ CASTILLO, *El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo*, in CRUZ VILLALÓN (a cura di), *Los protagonistas de las Relaciones Laborales tras la Reforma del Mercado del Trabajo*, CES, 1995, p. 321.

Al di là delle questioni legate a un certo svilimento della rilevanza del profilo organizzativo del contratto implicito in queste impostazioni fondamentalmente centrate sullo scambio tra lavoro e retribuzione e delle critiche relative ad un certo “impoverimento della posizione debitrice” del lavoratore<sup>72</sup>, le perplessità riguardano la capacità di queste proposte di fare i conti e risolvere una contraddizione intrinseca, già peraltro segnalata dalla dottrina – anche civilistica – che finisce per compromettere la sostenibilità di molti dei presupposti dai quali esse muovono. Si tratta in definitiva della diversa funzionalità e logica di funzionamento alle quali si ispirano il diritto privato dei contratti e il diritto del lavoro.

L’applicazione di meccanismi correttivi della disuguaglianza di potere tra le parti previsti nell’ambito delle regole civilistiche rispondono, infatti, pur sempre all’esigenza di “assicurare il mercato” attraverso della rettifica delle eventuali perturbazioni della competenza e della razionalità economica derivanti dall’esistenza di una situazione di squilibrio contrattuale. Si tratta, cioè, nella maggior parte dei casi, di interventi volti a ristabilire la funzionalità del contratto al mercato che, in quanto tali, non implicano una reale sospensione della logica mercantile. Detto in altri termini, nel diritto civile il contratto “giusto” è quello che assicura il mercato competitivo al quale rimane sostanzialmente affidata la funzione distributiva. Ciò, se da un lato obbliga a modulare la capacità del diritto civile di operare in funzione della protezione del soggetto più debole – dato che, in ogni caso, si tratterà di una protezione “nel” e non “contro” il mercato –, dall’altro spiega le ragioni del necessario distanziamento del diritto del lavoro. Nel diritto del lavoro, infatti, il contratto è sempre “ingiusto”, dal momento che istituzionalizza, normativizzandola, una situazione di disuguaglianza di potere tra le parti strutturale e dunque sostanzialmente insormontabile. Anche se è certamente vero che il diritto del lavoro continua ad essere uno strumento di regolazione che “sottrae” al mercato solo nella misura strettamente necessaria e sufficiente alla preservazione del sistema, è anche vero che cerca l’efficienza economica attraverso l’innesto di criteri di razionalità sociale. L’obbiettivo non è solo la

<sup>72</sup> In questo senso, BARBERA, *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2007, p. 3, disponibile sul sito web <http://csdle.lex.unict.it>, che segnala come queste proposte finiscano per lasciare “fuori dal contratto elementi che potrebbero valorizzare la persona del lavoratore (un esempio tipico è quello della formazione come oggetto di un diritto del lavoratore del corrispondente obbligo del datore di lavoro)”.

“giustizia commutativa” attraverso la garanzia dell’equivalenza *soggettiva* delle prestazioni, ma anche e soprattutto la “giustizia redistributiva”, che obbliga ad un intervento autoritativo sul contenuto *oggettivo* dell’accordo raggiunto. Non è un sistema d’intervento interno al contratto, bensì necessariamente esterno ad esso. Anche quando nel diritto civile si introducono meccanismi di intervento coattivo sul contenuto del contratto funzionali al ripristino di una situazione di uguaglianza materiale tra le parti, questi si limitano ad agire sul processo di formazione dell’autonomia privata individuale, onde assicurare la coscienza e la razionalità del consenso prestato e l’assunzione responsabile del rischio dell’operazione economica. Si tratta perciò di un intervento esterno strettamente funzionale a ristabilire condizioni di uguaglianza nei punti di partenza, come garanzia del godimento di uguali possibilità di scelta libera e responsabile e, in ogni caso, di un intervento concepito come meramente eccezionale, oltre che spesso espresso in termini meramente negativi (come succede per esempio con i divieti di introduzione di determinate clausole). Il perseguimento di obiettivi propriamente redistributivi nel diritto civile dei contratti si scontra infatti non solo con le critiche di paternalismo, ma anche e soprattutto con la convinzione che questi si realizzano sempre a scapito dell’efficienza economica e finiscono dunque per pregiudicare finanche la parte che si pretende proteggere.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

Quanto fin qui detto ci porta ad affermare che la “fortuna” della ricostruzione in termini civilistici del diritto del lavoro e la straordinaria capacità di adattamento della strumentazione civilistica si è storicamente prodotta ed è stata possibile grazie fundamentalmente al massiccio intervento pubblico e collettivo (fortemente promosso dallo Stato), che, attraverso interventi imperativi sul contenuto dell’accordo individuale e dunque sull’autonomia privata individuale, ha potuto contenere, anche a costo di stravolgerla, la naturale funzionalità al mercato ed alle sue logiche di funzionamento di entrambi questi istituti. D’altra parte, tali interventi trovavano legittimazione e ispirazione in una cultura giuridica che, al di là delle diverse opzioni ideologiche di ascrizione, non esitava a riconoscere al lavoro dignità e significato politico, fino a giungere ad erigerlo a fondamento stesso del sistema costituzionale e di una cittadinanza qualificata socialmente.

Il distanziamento, quando non anche l'evidente distacco, del diritto del lavoro – e più in generale dell'intervento pubblico – dalle coordinate costituzionali che caratterizza la fase attuale di sviluppo della disciplina, indotto anche e soprattutto da un cambiamento radicale del quadro politico-culturale dominante di riferimento, è giunto fino a determinare una chiara inversione dell'ordine dei valori al quale si ispira l'ordinamento materiale e l'intervento pubblico sul lavoro e nell'economia e il contrattualismo è tornato a ripiegarsi sulla sua dimensione originaria di strumento di rappresentanza e garanzia della legge del più forte. Ciò è vero tanto più alla luce dell'innesto sul costituzionalismo di matrice democratico-sociale di stampo nazionale di ordinamenti, quale quello europeo, che oggi più che mai stanno contribuendo allo sgretolamento dei presupposti culturali e materiali sui quali si è poggiato il patto sociale posto a fondamento del modello costituente oggi in discussione<sup>73</sup>.

Ciononostante, sono riscontrabili evidenti, anche se timidi, segnali di reazione a tale tendenza. L'emersione di una nuova coscienza sociale che denuncia l'ingiustizia e non praticabilità dell'attuale modello di relazioni sociali, politiche ed economiche e che rivendica la rivitalizzazione degli strumenti formali ed informali, individuali e collettivi, di partecipazione sta contribuendo ad evidenziare l'insostenibilità non solo politica e sociale, ma anche chiaramente economica di un modello di sviluppo evidentemente contrario agli interessi, alle aspirazioni e alle esigenze della maggioranza dei cittadini. L'apparizione di nuovi soggetti ed agenti sociali e politici, che si fanno portatori di questa denuncia e che travalicano i confini nazionali, lascia presagire la possibilità di creare le condizioni materiali per la ridefinizione e la rifondazione di un nuovo patto sociale che sappia incorporare, rappresentare adeguatamente e dar risposte articolate alle variegate e complesse esigenze delle società contemporanee.

Le esperienze derivate dall'istituzione di un modello democratico e pluralista di costituzionalismo sociale, maturate nel trascorso del secolo scorso e delle quali il diritto del lavoro è stato uno strumento insostituibile, nella misura in cui si sono tradotte nella necessità di assicurare l'integrazione del conflitto sociale tipico delle società di mercato, hanno rappresentato la risposta di pacificazione e stabilizzazione economica e sociale indispensabile

<sup>73</sup> MAESTRO BUELGA, *Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *RDCE*, 2008, p. 43 ss.

alla stessa preservazione del sistema capitalistico. Sebbene la progressiva conversione dello Stato sociale in *Welfare State*, spostando il punto di incidenza dell'intervento pubblico dal piano della redistribuzione del potere a quello della mera redistribuzione della ricchezza<sup>74</sup>, abbia debilitato e trasfigurato i rapporti costituzionalmente stabiliti tra democrazia politica e democrazia economica, la fuga verso un mercato deregolato e autoritario, che rifugge qualsiasi tentativo di condizionamento sociale, strumentalizza le istituzioni politico-democratiche e decompone e vanifica i meccanismi tradizionali di partecipazione sociale, politica ed economica, riespande nuovamente i margini di instabilità, insicurezza e conflittualità giuridica e sociale e ciò non solo all'interno di ciascuna comunità statale-nazionale. Gli episodi sempre più frequenti di protezionismo economico, di nazionalismo identitario e di xenofobia e razzismo rappresentano un buon esempio di tale instabilità<sup>75</sup>.

Sebbene possibilmente l'irreversibile presa di coscienza dei difetti e della transitorietà del modello di democrazia sociale nato dalla sconfitta dei fascismi, la rottura unilaterale da parte del capitale del patto sociale soggiacente allo stesso e l'apparizione di nuovi poteri che ridisegnano la geografia dei rapporti di forza nel capitalismo finanziarizzato globale rendano difficilmente praticabile qualunque proposta di rifondazione del sistema che si limiti a recuperare i presupposti ed i fondamenti del costituzionalismo di Stato consolidato durante la seconda metà del secolo scorso, un progetto politico di futuro che non conti sul necessario consenso sociale deve inevitabilmente fare i conti con la propria delegittimazione e quindi con la propria intrinseca precarietà.

<sup>74</sup> BAYLOS, *La contracción del Estado Social*, in *RDSoc*, 2013, p. 11 ss.

<sup>75</sup> STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013.

**Abstract**

Il presente saggio si sofferma ad analizzare le ricadute, sulla regolazione giuridica del lavoro, del paradosso solo apparente consistente, da un lato, in un certo revival del contrattualismo in tutti i livelli e gli ambiti di organizzazione giuridico-istituzionale – e dunque dalla nuova centralità assegnata al contratto quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti economici e sociali – e, dall'altro, in una potenziale rottura della dimensione consensuale e transazionale del diritto (non solo) del lavoro, sempre più riconfigurato alla luce della tutela preferenziale della ragione imprenditoriale.

This essay focuses on analysing the implications on labour regulation produced by the apparent paradox consisting, on the one hand, in the revival of contractualism at all juridical-institutional levels – and therefore in the new centrality assigned to the contract as a privileged form of regulation of economic and social relations – and, on the other hand, in a potential breakdown of the consensual and transactional dimension of the labour regulation, increasingly reconfigured in the light of the preferential protection of entrepreneurial reason.

**Key words**

Contratto, consenso, giuridificazione, mercificazione, autonomia individuale, crisi.

Contract, consensus, legalization, mercification, individual autonomy, crisis.