

**SCRITTI IN ONORE
DI
EDOARDO GHERA**

Mario Giovanni Garofalo

Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale

Erano passati vent'anni. Molt'acqua era corsa sotto i ponti (...);
molta gente era morta, molta ne era nata, molta se n'era fatta adulta e vecchia;
e ancor più nascite e morti c'erano state nel mondo delle idee:
molto di bello e molto di brutto, fra quanto era vecchio, era sparito,
molto di bello, fra quanto era nuovo, si era sviluppato, e molto,
anzi molto di più – fra quanto era nuovo – incapace di sviluppo,
mostruoso, aveva fatto la sua comparsa sotto il sole.
Lev Tolstoj, *I due ussari*, (1856), trad. it., ed. l'Unità, 1992, cap. IX.

SOMMARIO: 1. La complessità del lavoro e la sua rappresentazione giuridica. - 2. La mancanza di una visione sistemica delle norme costituzionali sul lavoro. - 3. Le norme costituzionali e la grande riforma del diritto del lavoro. - 4. Il lavoro da tutelare dell'art. 35 Cost. - 5. Diritto di sciopero e libertà sindacale nel lavoro autonomo. - 6. L'art. 36 Cost. e il lavoro autonomo. - 7. Una Costituzione fondata sul lavoro e una Comunità fondata sul mercato e sulla concorrenza?

1. È ormai più di un quarto di secolo che i giuslavoristi si interrogano sul futuro della loro disciplina¹; e con questo dimostrano un'acuta sensibilità – degna della migliore tradizione – all'interazione tra il sottosistema giuridico oggetto dei loro studi e il segmento della realtà sociale, quello dei rapporti di produzione, che quel sottosistema è chiamato a regolare.

Esula dai limiti di questo lavoro – e dalle competenze di chi scrive – descrivere le modificazioni avvenute, nello stesso periodo di tempo, nei modi e nelle condizioni con i quali il sistema produttivo (*rectius*, chi esercita il potere su di esso) utilizza il fattore lavoro². Ai fini del discorso che intendo condurre è sufficiente citare un Maestro come Umberto Romagnoli che, con la sua consueta icasticità, ha affermato: «Il secolo del Lavoro – “maiuscolo, vale a dire salariato, produttivo, manifatturiero”, aggiunge citando Accornero – lo abbiamo alle spalle, mentre in quello che ci sta di fronte il lavoro si declina al plurale e, per quanto frammentato e diversificato, non ce n'è per tutti in eguale quantità e qualità»³.

Il lavoro ha cioè perduto la propria unità di luogo e di azione; non può più essere rappresentato unitariamente, neanche (forse, ancor meno) dalla sua rappresentazione giuridica. Quando si è formato l'attuale diritto del lavoro, la relazione sociale da regolare era quella del lavoro operaio nella grande fabbrica fordista-taylorista; oggi questo la-

¹ Se datiamo questa riflessione dalla relazione di Giugni (1983) al VII congresso nazionale dell'Aidlass tenutosi a Bari dal 23 al 25 aprile 1982 sul tema *Prospettive del diritto del lavoro negli anni '80*.

² La bibliografia in materia è sterminata e non può darsene conto in questa sede. Un buon punto di partenza, nella letteratura sociologica italiana, è Reyneri 2005. Una convincente e sintetica descrizione del contesto macro-economico è in Fumagalli 1997, 133 ss.

³ Romagnoli 2005, 105 ss. ed ivi 131.

voro è tramontato ed è stato sostituito dalla molteplicità dei lavori e, dunque, ogni discorso in materia, anche quello giuridico, deve rassegnarsi ad essere plurale, appunto sui lavori e non sul lavoro. È questo, molto schematicamente, il ragionamento che è alla base dei tanti discorsi che – con esiti diversissimi – si fanno sulla necessità di rifondare il diritto del lavoro⁴.

Ma la funzione del diritto non è quella di “rappresentare” la realtà, bensì quella di regolarla e, quindi, l’argomento fattuale del superamento di un sistema produttivo fondato sull’egemonia della grande fabbrica manifatturiera e della moltiplicazione dei lavori nulla ci dice sull’esistenza o meno di regole comuni ai diversi lavori e su quali aspetti⁵, regole che, ovviamente, facciano astrazione dalle differenze o da alcune di esse.

Vi è di più: il lavoro è mai stato al singolare? L’unitarietà del fenomeno lavoro non è frutto di un’indebita proiezione di una realtà relativamente limitata nel tempo e nello spazio, quella appunto del lavoro dell’operaio massa nella fabbrica fordista-taylorista su tempi precedenti e successivi e su pezzi del sistema produttivo complessivo - il lavoro impiegatizio e dirigenziale, il lavoro nei servizi privati e pubblici, il lavoro nelle piccole imprese, il lavoro agricolo e via dicendo - che non hanno (quasi) mai conosciuto quel metodo di organizzazione del lavoro⁶? In altre parole, vi è mai stata, per il lavoro, un’unità di luogo e di azione?

È a Lodovico Barassi che risale l’eredità – a mio modesto avviso, attiva⁷, anche se può certamente opinarsi il contrario⁸ - di una rappresentazione giuridica unitaria del lavoro⁹

⁴ Anche su questo argomento la bibliografia è vastissima e non è possibile, in questa sede darne adeguato conto. Basti rinviare al documento di Tiraboschi (2005) nel quale l’A., oltre naturalmente ad esporre le proprie personali posizioni, dà conto, sinteticamente ma esaurientemente, della vera babele di opinioni espresse nel corso dei lavori di una Commissione di studio che, durante la XIV legislatura, avrebbe dovuto formulare un progetto di Statuto dei lavori dando seguito al Libro bianco del Ministro Maroni. E, si badi, questa Commissione - pur essendo composta da numerosi illustri giuslavoristi dei più diversi orientamenti politici - non rifletteva l’intero spettro delle posizioni in campo: erano, infatti, assenti i giuslavoristi vicini alla Cgil; se ci fossero stati anche questi, il ventaglio delle opinioni sarebbe stato ancora più ampio. Ottimi panorami del dibattito sono anche in Mariucci 2006 e in Del Punta 2008, 253 ss. ed ivi 355 ss.

⁵ «Ciò che ad ogni costo si deve evitare è la confusione, tanto frequente e tanto ingannatrice, della conoscenza diretta ad un “dover essere giuridico” con la conoscenza diretta ad un “essere” reale», così Kelsen 1952, 183; ma v. anche 72 ss (e, pure, Kelsen 1966, 29 ss.); ma possono aggiungersi, tra i tanti, Bobbio 1941, 197 ss. e Ross 1978.

⁶ Barbieri P. e Scherer (2005, 291 ss., spec. 300) osservano: «già nel 1970, cioè nel pieno del periodo fordista in Italia, meno del 60% degli occupati aveva un impiego standard».

⁷ Perché evita che il diritto del lavoro sia un diritto solo caritatevole e residuale, facendone il sistema di norme che regola la relazione giuridica fondamentale dell’attuale modo di produzione: «se la società per azioni è la struttura giuridica che ha consentito la raccolta e l’impiego dei capitali, il contratto di lavoro è l’istituto che ha reso possibile l’organizzazione della produzione (...) e, quindi, la riproduzione del capitale stesso» (così, Giugni 1989, 245 ss. ed ivi 255).

⁸ Giudizi fortemente critici nei confronti dell’eredità barassiana, proprio sul punto della costruzione dell’unificante fattispecie contrattuale del lavoro subordinato, sono stati espressi da Spagnuolo Vigorita 1967; da Pedrazzoli 1985; v. anche Gaeta 1997, 521 ss.; una rivalutazione del ruolo di Barassi è, invece, in Castelvetti 1994; una rassegna critica delle posizioni della dottrina attuale sul pensiero di questo A. è in Cazzetta 2007a, 291 ss. Più di recente, v. gli atti del Convegno organizzato dall’Università Cattolica del S. Cuore, in Napoli 2003. In particolare, un giudizio negativo è nella relazione di Romagnoli 2003, 47 ss. In questo Convegno ho motivato il giudizio positivo espresso nel testo Garofalo M.G., 2003, 145 ss.

⁹ V. Giugni 1989a, 258.

attraverso la fattispecie contrattuale "lavoro subordinato", insensibile alla materialità del lavoro da prestare e, dunque, tale da includere, oltre all'operaio, il dirigente e l'incantatrice di serpenti di un *Café chantant*¹⁰. La cosa non fu innocente: se fosse passata l'opposta linea, quella dei socialisti della cattedra, avremmo avuto una legge sul contratto di lavoro operaio¹¹, come successivamente abbiamo avuto la legge sull'impiego privato¹²; la storia del diritto del lavoro in Italia sarebbe stata diversa. Mentre quest'ultima corrente di pensiero valorizzava la differenza del lavoro operaio manifatturiero dagli altri lavori, l'unità barassiana era un'unità formale di lavori differenti. Questo Autore, in altre parole, era ben consapevole di costruire una fattispecie contrattuale che coinvolge(va) un lavoratore astratto dal concreto contenuto del lavoro da prestare e dalle concrete condizioni cui quel lavoro era prestato. Del resto, nulla di strano: l'opera di Barassi viene a valle dell'elaborazione del soggetto giuridico astratto dalla sua concreta condizione sociale. Così come quest'ultimo è essenziale per costruire l'assetto della società non più sugli *status* ma sul contratto¹³, così il lavoratore astratto barassiano è necessario per legittimare giuridicamente il potere del capitalista imprenditore sull'organizzazione produttiva e su quanti in essi lavorano¹⁴. E il richiamo all'elaborazione barassiana non è mero gusto storico: è nota e (quasi) scontata la discendenza dell'art. 2094 c.c. dalla creatura di Barassi¹⁵.

Del resto, la fase B di Touraine¹⁶, appunto il taylorismo-fordismo, in Italia viene introdotto massicciamente solo negli anni '50 e '60¹⁷, gli anni dell'industrializzazione,

¹⁰ Barassi 1915, 637, n. 2. Ma l'irrelevanza del contenuto materiale del lavoro è già in Vita Levi 1876, XXX ss.; questi, infatti, afferma che anche il lavoro delle professioni liberali può essere oggetto di una *locatio operarum*. Sono state così anticipate di molti decenni tendenze interpretative contemporanee che svalutano l'elemento della eterodirezione intesa come concreta esistenza di ordini e disposizioni impartite al lavoratore: v. Supiot 2000, 217 ss. ed ivi 230 ss.

¹¹ Sia consentito il rinvio al mio intervento cit. nt. 9; v. anche Cazzetta 2007b, 69 ss. Massimo D'Antona (2000a, 1203 ss., spec. 1205) giustamente afferma che obiettivo della politica del diritto barassiana era quella di «prosciugare le infiltrazioni eversive che il rapporto di lavoro operaio andava producendo nelle armonie eguagliarie del diritto dei contratti».

¹² Sulla quale v. le lucide osservazioni storiche di Romagnoli 1974, 77 ss.

¹³ V. Cerroni 1968, 79; Barcellona 1976; Roppo 1977.

¹⁴ Le critiche a Barassi degli Aa. citati nella precedente nota 9, a mio modesto avviso, incontrano il limite di essere più indirizzate a sostenere la propria ricostruzione sistematica che a comprendere storicamente l'operazione di politica del diritto compiuta agli inizi del '900; prova ne sia l'insistenza ad esaurire la funzione del diritto del lavoro nell'istanza protettiva del lavoratore trascurando che quest'ultima nasce dialetticamente come antitesi di un'opposta necessità propria del modo di produzione capitalista: legittimare un rapporto di potere/subordinazione in una società di soggetti liberi ed eguali. Anche l'accusa di aver trascurato l'aspetto collettivo del diritto del lavoro, formulata soprattutto da M. Pedrazzoli, è antistorica: l'obiettivo di B. era quello di legittimare la posizione di potere del datore di lavoro e, a tal fine, astrae il lavoro dal lavoratore e ne fa oggetto di un contratto (individuale); perché avrebbe dovuto considerare anche il profilo collettivo? Almeno, fino a che, come antitesi al potere della borghesia, l'organizzazione politica e sindacale dei lavoratori non si consolida e non è ulteriormente utile far finta di non vederla. L'unico modo di crescere - anche per noi giuslavoristi - è quello di non mitizzare né demonizzare il "padre", ma riconoscerlo per ciò che era veramente (nel caso di specie, un borghese con coscienza di classe).

¹⁵ V., per tutti, Spagnuolo Vigorita 1967, 130 ss. V., però, Mengoni 2002, 3 ss. ed ivi 8.

¹⁶ Il riferimento è alla classica opera di Touraine 1974.

¹⁷ Tra gli storici, l'affermazione è scontata e vale a patto di non ridurre l'organizzazione scientifica del lavoro al cottimo Bedaux. Sulla riduttiva applicazione della prima durante il fascismo v. Castronovo 1980, 220 ss., spec. 224 (dove, tra l'altro, si legge: «si affermò, con il sistema Bedaux, una versione

del cd. miracolo economico italiano. Non può, dunque, affermarsi che il codice civile – e, a maggior ragione, Barassi; ma anche i legislatori costituenti – avesse a modello l'operaio massa della grande impresa fordista-taylorista¹⁸: aveva innanzi la molteplicità dei lavori in cui si articolava un sistema di produzione che ancora non utilizzava né Taylor né, ancor meno, Ford¹⁹. L'unificazione di questi diversi lavori nella rappresentazione giuridico-formale non era un'erronea rappresentazione della realtà; muoveva dalla constatazione delle differenze e valutava opportuno farne astrazione.

Questo discorso, naturalmente, nulla toglie all'importanza dei cambiamenti odierini; mi serve solo a segnalare come la perdita dell'unità di luogo e di azione del lavoro è un discorso certamente valido sul piano della descrizione del passaggio da un sistema produttivo egemonizzato dalla grande fabbrica fordista ad un sistema produttivo terziarizzato²⁰, ma non sul piano della descrizione della sua rappresentazione giuridica, perché quest'ultima faceva ieri e fa tuttora astrazione dal concreto contenuto del lavoro prestato e dal tipo di organizzazione che lo utilizza²¹.

Come accennavo prima, non è il caso, in questa sede, di analizzare i cambiamenti avvenuti. Ai fini del discorso che sto conducendo, mi basta segnalare un elemento fondamentale: ieri i confini tra impresa e mercato erano netti e precisi: dentro l'impresa, rapporti di autorità e subordinazione legittimati dal contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., fuori – e cioè nel mercato – rapporti tra soggetti eguali; l'interno dell'impresa regolato dal diritto del lavoro, l'esterno dal diritto commerciale. Oggi le carte si sono mischiate: nei distretti e nelle filiere di produzione i rapporti giuridicamente rilevanti sono rapporti tra imprese²², ma non sono rapporti tra soggetti uguali, essendo

unilaterale e riduttiva del taylorismo») e Sapelli 1975, 49 ss. e 116 ss. Questo ritardo nell'introduzione del nuovo metodo di produzione è bene spiegato da Antonio Gramsci (1971): «L'Europa vorrebbe avere la botte piena e la moglie ubriaca, tutti i benefici che il fordismo produce nel potere di concorrenza, pur mantenendo il suo esercito di parassiti che, divorando masse ingenti di plusvalore, aggravano i costi iniziali e deprimono il potere di concorrenza sul mercato internazionale. L'americanismo (invece), nella sua forma più compiuta, domanda una condizione preliminare (...): (che non esistano) classi numerose senza una funzione essenziale nel mondo produttivo, cioè classi assolutamente parassitarie (...)» (p. 405 del volume *Note sul Machiavelli* nell'edizione del 1971 degli Editori Riuniti). «La sparizione del tipo semif feudale del redditiero è in Italia una delle condizioni maggiori del rivolgimento industriale (è, in parte, il rivolgimento stesso), non una conseguenza... Lo Stato (corporativo) crea nuovi redditieri, cioè promuove le vecchie forme di accumulazione parassitaria del risparmio e tende a creare quadri chiusi sociali (...) In realtà, finora l'indirizzo corporativo (...) sta sempre più diventando (...) una macchina di conservazione dell'esistente così come è e non una molla di propulsione» (p. 418, *ibidem*). Può aggiungersi che non è certo un caso che l'introduzione – in termini di massa – del nuovo metodo di produzione avviene dopo lo stralcio di riforma agraria (1950), quando si rompe l'alleanza tra industriali ed agrari.

¹⁸ Napoli (2002, 30) giudica un pregiudizio ideologico vedere «nella subordinazione l'espressione normativa del modello fordista». Critica l'inscindibilità del nesso tra fordismo e diritto del lavoro anche Grieco 2005, 14.

¹⁹ Sul complesso rapporto tra taylorismo e fordismo sia qui sufficiente il rinvio a Mingione e Pugliese 2002, 35 ss.

²⁰ Sugli equivoci di questo concetto, v. Reyneri 2005, vol. II, cap. I.

²¹ Così Carabelli 2004, 1 ss., spec. 60 ss.; *adde* Garilli 2005, 403 ss. ed ivi 405.

²² V., tra gli altri, Del Punta 2000, 49 ss. Dal canto suo, Simitis (1997, 609 ss., spec. 616 e 632) rileva che «il perno di un'impresa ... non è costituito più da un articolato sistema di norme interne, ma da una rete

anch'essi intessuti da relazioni di potere e subordinazione²³. Dal canto suo, il lavoro di cui ciascuna impresa ha bisogno viene procurato non più solo con il contratto di lavoro subordinato dell'art. 2094, ma attraverso una pluralità di forme contrattuali che ha portato, da un lato, ad una mutazione genetica (almeno per una parte, ma molto rilevante sia quantitativamente, sia qualitativamente) della vecchia *locatio operis*²⁴, dall'altra all'utilizzazione a questo fine di forme contrattuali tradizionalmente utilizzate per ben altri scopi: penso all'associazione in partecipazione. Per complicare ulteriormente il quadro, il legislatore – a supporto di questo processo – ha disarticolato la fattispecie del lavoro subordinato, creando una serie di contratti speciali (o a disciplina speciale) con trattamenti economici e normativi differenziati in peggio dalla figura standard. E gli uni e gli altri sono designati con il nome, certamente improprio, di contratti atipici²⁵.

Il risultato di queste profonde modificazioni, sia nella realtà produttiva che nell'ordinamento giuridico, hanno già ridimensionato la funzione di unificazione formale di lavori diversi svolta in passato dalla fattispecie contrattuale del lavoro subordinato²⁶, da un lato, perché l'articolazione interna di questa fattispecie introduce differenti discipline e, dall'altro, perché la diffusione – ad opera della prassi – di tipologie contrattuali di lavoro autonomo caratterizzate dalla continuità²⁷ ha offuscato la netta distinzione tra questo e il lavoro subordinato²⁸, rendendo incerto il confine tra *locatio operis* e *locatio operum* consegnatoci dalla tradizione e rinsaldata da Barassi²⁹.

(...) di contratti orientati verso l'esterno» e che i mutamenti organizzativi «segnano una transizione dal diritto del lavoro al diritto commerciale».

²³ V., tra gli altri, Fumagalli 1997. Né questa diseguaglianza è, oggi, giuridicamente irrilevante: v. la legge 18.6.1998, n. 192, sul contratto di subfornitura (v., in proposito, Voza 2004, 203 ss.); ma anche, più ampiamente, la problematica del contratto "giusto": cfr. Volpe (2004, 53) anche per i necessari riferimenti. Del Punta, nel saggio citato nella precedente nota, afferma che tende a sfumare «l'importanza dell'opposizione fra mercato e gerarchia»; condivido in pieno l'affermazione a condizione di non assumere ancora una volta il mercato come una virtuale *ἀγορά* nella quale operino soggetti liberi ed eguali tra i quali non sono pensabili relazioni di potere/subordinazione.

²⁴ Perulli 2003, 221 ss.

²⁵ V. Lazzari 2006, 8, anche per gli opportuni riferimenti.

²⁶ V. Pedrazzoli 1997, 659 ss.

²⁷ Mi riferisco, naturalmente, alle collaborazioni coordinate e continuative, anche nella forma del lavoro a progetto. Sulla loro riconduzione nel *genus* dei contratti di durata, v. Santoro Passarelli G. 1979, 60 ss. e, più di recente, Ghera E. 2006, 9 ss. e 35 ss.; v. anche Pinto 2006, 431 ss. ed ivi 444 ss. e Tremolada 2005, 1035 ss. Invero, ma con argomenti non convincenti, autorevole e, forse, prevalente dottrina afferma che la continuità delle co.co.co. vada intesa in senso atecnico (cioè, che le stesse non siano riconducibili alla nozione di contratto di durata): v., tra gli altri, Ichino 2000, 295 ss.; Pedrazzoli 1984, 472 ss.; Ballestrero 1987, 41 ss. ed ivi 60 ss.; Perulli 1996, 221 (con qualche riserva).

²⁸ Sul piano sociologico, prima ancora che su quello giuridico: Accornero e Anastasia 2006, 743 ss. Sull'attenuazione del confine in discorso nella prospettiva giuridica, v. Carabelli (2004, 84 ss., spec. 87) che contesta la razionalità di una simile scelta perché consente al datore di lavoro di sfuggire ai «costi della subordinazione», mantenendo il potere di «governare» la prestazione. Dal canto suo, Ghera E. 2006, conduce una convincente *actio finium regundorum* tra i due tipi contrattuali, ma – per farlo – ha bisogno di valorizzare gli elementi di coerenza (e razionalità) del sistema giuridico: solo così può superare gli (ampi) spazi di ambiguità del dato normativo.

²⁹ Operazione resa possibile da una sopravvalutazione dell'elemento dell'eterodirezione, come giustamente osserva un sociologo attento alla dottrina giuslavoristica come Reyneri (2006, 569 ss. ed ivi 572); nello stesso senso, v. Roccella 2008, 34.

Mentre gli operatori pratici si affaticano nel cercare di ricalcare le linee di differenziazione tra le fattispecie giuridiche per renderle utilizzabili nella nuova realtà, i chierici del diritto hanno troppo spesso rinunciato a svolgere il ruolo critico che loro compete e hanno accolto le novità strutturali e giuridiche come un dato che non può (o, forse, non deve) essere messo in discussione³⁰. Più utile sarebbe stato porsi, a fianco del problema di quanto debbano essere differenti le discipline dei diversi lavori socialmente tipici³¹, anche quello opposto - quale sia il denominatore comune tra i diversi lavori e in che misura questo giustifichi un apparato normativo comune³² - senza limitarsi a proporre, per il lavoro in generale, senza aggettivi, una protezione minima la cui intensità resta affidata alla soggettività dell'interprete. Ed è appunto su questo problema che voglio soffermarmi³³.

2. Renato Scognamiglio, quasi trent'anni fa, nel suo saggio *Il lavoro nella Costituzione italiana*, segnalava come chi cerchi, nella scienza giuridica, «una visione d'insieme, abbastanza ordinata ed esauriente, delle molteplici disposizioni in cui si manifesta l'atteggiamento della Carta costituzionale nei riguardi del mondo del lavoro», «si troverebbe di fronte ad una messe piuttosto scarsa di risultati»³⁴.

Ed infatti, nell'immediatezza dell'approvazione della Carta, vi era stata un'intensa ma breve stagione di scritti che non va oltre la metà degli anni '50; questi scritti costituiscono ancor oggi dei classici della nostra materia: mi limito a ricordare i notissimi scritti di Giannini³⁵, di Crisafulli³⁶, di Mortati³⁷, di Calamandrei³⁸, di Natoli³⁹ che, appunto, miravano a dare quella visione unitaria auspicata da Scognamiglio. Successivamente, però, la produ-

³⁰ Carabelli (2004, 3 ss.), con un pizzico di generosità, parla di «condizionamento culturale» e di «egemonia» sulla riflessione gius-lavoristica da parte delle altre scienze sociali che portano a sacrificare «le ragioni di tutela del lavoratore (...) anche in nome della pura logica della modernizzazione del sistema produttivo».

³¹ Ma, appunto, differenze di disciplina congrue con le differenze tra i lavori reali, non differenze che si spiegano unicamente con l'esigenza di ridurre i costi per l'impresa che si risolvono in differenze meramente formali tra lavori socialmente eguali: v. Carabelli (2004, 7). Zoppoli L. (2005, 1161 ss., spec. 1166) ha efficacemente affermato: «La vera, sostanziale, decisiva subordinazione - intesa come sottoposizione ad un potere arbitrario - trova rifugio nelle forme contrattuali che sconfinano o confinano con schemi giuridici in cui la parola subordinazione è accuratamente evitata».

³² In altre parole, fin dove sia lecito spingere il processo di individualizzazione delle condizioni di lavoro di cui parla Paci (2007) o di riduzione selettiva dei diritti del lavoro e di *welfare* di cui parlano Barbieri P. e Scherer (2005, 291 ss.) o, ancora, di valorizzazione delle differenze (quali differenze vanno valorizzate? quali, invece, vanno combattute costituendo disegualgianza?) di cui parla Romagnoli, 1998, 15 ss.

³³ Non si tratta certo di una novità: è questa l'impostazione della prima ricerca organica in materia, quella di Santoro Passarelli G. (1979), con la differenza che questo A. imposta il suo discorso sullo strumento dell'analogia per estendere al lavoro parasubordinato alcune norme dettate per quello subordinato. Nel discorso che svolgerò, invece, tenterò di argomentare sull'ambito di applicazione (di alcuni) dei principi costituzionali in materia di lavoro per verificare se si estenda aldilà del lavoro dell'art. 2094 c.c. e sui limiti di questa estensione (ma anche questa prospettiva non è estranea alla ricerca citata: v. anche Id. 1981, 269 ss. ed ivi 287).

³⁴ Scognamiglio 1978; le citazioni virgolettate sono tratte, rispettivamente, da pag. 16 e da pag. 15.

³⁵ Giannini M.S. 1949, 1 ss.

³⁶ V. Crisafulli 1951, 161 ss.

³⁷ Mortati 1954, 149 ss.

³⁸ Calamandrei 1952, 221 ss.

³⁹ Natoli 1955.

zione della cultura giuridica sulle norme costituzionali rilevanti per il lavoro si è indirizzata o verso il genere letterario dei commentari ovvero verso trattazioni, per così dire, verticali che mirano a cercare nelle singole norme costituzionali la legittimazione delle ricostruzioni del diritto positivo sul tema affrontato. Non voglio essere frainteso: sia il primo tipo di produzione scientifica (basti pensare ai commenti all'art. 3 cpv. di Romagnoli⁴⁰, all'art. 4 di Mancini⁴¹, agli artt. 35 e 36 di Treu⁴², all'art. 39 di Giugni⁴³ nel Commentario Branca), sia il secondo hanno avuto una grande e fondamentale importanza nello sviluppo della nostra disciplina fosse solo perché hanno stimolato la giurisprudenza più attenta ad utilizzare direttamente le norme costituzionali nei propri ragionamenti giuridici, superando sia la strategia della programmaticità, sia quella della disattenzione verso le norme costituzionali che l'hanno caratterizzata per un lungo periodo.

Voglio solo condividere oggi l'osservazione fatta da Scognamiglio nel 1978: con le importanti eccezioni del primissimo periodo e proprio del saggio di Scognamiglio, è mancata una lettura, per così dire, orizzontale delle norme costituzionali in materia di lavoro⁴⁴ e ciò ne ha ostacolato una visione d'insieme.

È proprio questo limite dei nostri studi che ha disarmato il diritto vivente – o, meglio, una ricostruzione di questo che faccia perno sulla Costituzione – di fronte alla crisi dell'oggetto di regolazione, il lavoro. Che ha da dire il diritto costituzionale del lavoro su questo processo? L'incapacità di dare una risposta a questa domanda è il frutto della mancanza di quella visione unitaria di cui si parlava prima.

3. È utile una prima, preliminare, osservazione: i mutamenti legislativi in corso (e i conseguenti incrementi del controllo dei datori di lavoro sui prestatori), sia quelli effettivamente introdotti, sia quelli progettati, e la riflessione giuridica sugli stessi si confrontano poco con le norme costituzionali⁴⁵. Evidentemente queste sono considerate irrilevanti ed

⁴⁰ Romagnoli 1975, 162 ss.

⁴¹ Mancini 1975, 199 ss.. La riflessione di Mortati riunisce due saggi precedenti (1973, 687 ss.; 1974, 565 ss), ripubblicati in Mancini 1976, rispettivamente 27 ss. e 91 ss.

⁴² Treu 1979, 1 ss.

⁴³ Giugni 1979.

⁴⁴ Va aggiunto il saggio di Ichino 1999, 527 ss.; l'analisi qui condotta – pur condivisibile in alcuni dei risultati cui perviene – appare, però, inficiata dal rifiuto di discutere le scelte di valore che sottendono il ragionamento giuridico, presentandolo come necessario corollario dei decreti di quel «supponente tribunale della razionalità economica» (Gallino 2007, 47) i cui «insegnamenti pacifici» sono ampiamente discussi da tutti gli economisti che non siano di stretta ispirazione neoclassica (due esempi di questa critica sono in Solow 1994 e in Kaufman 2006, 1107 ss.). Napoli (2002, spec. 150) ha giustamente osservato: «una cosa è l'economia reale (...) e un'altra la pretesa egemonica della scienza economia, (...) della teoria economica»: aggiungerei, di una particolare corrente del pensiero economico.

⁴⁵ Invero, il d.d.l. n. 104C (intitolato *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*) si fonda sull'art. 35 Cost., ma in modo che potremmo qualificare debole; ed infatti, l'attribuzione dei diritti fondamentali ai lavoratori non subordinati, è condizionata ad un giudizio di compatibilità «con la natura del rapporto e con le modalità di svolgimento dell'attività» (art. 2) e ciò li rende ben poco «fondamentali». Per es., l'art. 12, che prevede il diritto di tutti i lavoratori anche non subordinati all'equo compenso non richiama l'art. 36 Cost., non prendendo posizione sull'ampiezza della sfera di applicazione della norma costituzionale. Sulla stessa linea, un'autorevole studiosa come M. Magnani, nella relazione ad un recente convegno, ha affermato che

altrettanto evidentemente si ritiene che le norme costituzionali sul lavoro, almeno quelle del titolo terzo, abbiano ad oggetto il lavoro salariato, produttivo, manifatturiero; quel mancato confronto indica che si ritiene che era in nome di questo tipo di lavoro che i grandi partiti di massa che hanno egemonizzato l'Assemblea costituente abbiano dettato le norme in discorso. Ciò indica il loro ambito d'applicazione: è, appunto, il lavoro salariato, produttivo, manifatturiero, in altre parole il lavoro fordista-taylorista⁴⁶; al contrario, non sono applicabili – almeno in linea di principio – alle attuali tipologie di lavoro cd. atipiche perché quelle caratteristiche non sono in esse presenti⁴⁷. Continuando in questa sorta d'esercitazione nel trovare argomenti per la mancanza di centralità, nei discorsi in materia, delle norme del diritto costituzionale del lavoro, sul piano assiologico il discorso potrebbe presentarsi così: le norme del diritto costituzionale del lavoro traggono la loro *ratio* dal fatto che la dinamica del rapporto di lavoro subordinato, sia nel suo momento genetico che nel suo svolgimento, è potenzialmente lesiva della dignità della persona-lavoratore; i cd. rapporti di lavoro atipici, invece, in quanto frutto di libere scelte di lavoratori che le condizioni del mercato del lavoro rendono realmente autonomi, non pongono a rischio il valore della persona che lavora; quindi, non ha senso applicare ad essi quelle norme, la cui applicabilità deve essere ristretta a quel che residua dei rapporti di lavoro subordinato tradizionali.

Potrebbe, invero, pensarsi ad un altro ragionamento: la tutela del lavoro subordinato postulata dalla Costituzione è eccessivamente onerosa per il sistema produttivo; allora, per consentire al sistema giuridico di adeguarsi ad innovazioni fattuali che sono assunte come dati da legittimare e non da esaminare criticamente sulla base dei valori costituzionali, è opportuno o necessario darne l'interpretazione più restrittiva possibile; tale interpretazione restrittiva può iniziare dall'escludere dal suo ambito d'applicazione i rapporti cd. atipici⁴⁸. Sarebbe però ingeneroso: significherebbe ipotizzare un volontario aggiramento della Costituzione.

«lo zoccolo di tutele precostituite per legge (...) dovrebbe essere minimale (impennato sulla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona), lasciando poi alla contrattazione collettiva di articolare e differenziare fattispecie e tutele» (Magnani 2004, 209 ss. ed ivi spec. 214) trascurando di precisare quanto ampia debba essere questa tutela minimale; se la restrizione dei diritti fondamentali da riconoscere a quelli attinenti alla persona escluda o meno il riconoscimento delle libertà e dei diritti collettivi; se la contrattazione collettiva sia accettabile come strumento per costruire un'effettiva tutela dei diritti della persona che vada oltre il minimo in un sistema, come il nostro, in cui solo la minoranza dei lavoratori sono coperti da un contratto collettivo; insomma, se parlare di tutela minimale sia compatibile con il nostro sistema costituzionale. Un approccio diverso e ben più articolato è quello di Davies 2000, 207 ss.

⁴⁶ Romagnoli (1998, 35) parla di «istituti protettivi che la Costituzione assegna al lavoratore subordinato in senso stretto». Quali sono? E, reciprocamente, vi sono «istituti protettivi» che la Costituzione assegna (non al lavoro in genere, ma) al lavoro che sia fonte di disuguaglianza sociale?

⁴⁷ Invero, il saggio di Romagnoli (1998, spec. 30 ss. e 40) citato nella nota precedente rappresenta senz'altro il miglior tentativo di trovare un fondamento costituzionale alle tendenze normative in corso – ponendo alle stesse argini precisi – attraverso lo spostamento dell'asse della Carta fondamentale dalla tutela del lavoro a quella della «cittadinanza industriosa». Mi permetto, però, di porre in discussione un postulato del discorso, quello per cui «non c'è più la figura social-tipica del produttore subalterno». In realtà, guardandomi in giro, di produttori subalterni e precari ne vedo parecchi; forse mi sarà sfuggito, ma non mi sono accorto che la «rivoluzione promessa» dall'art. 3 cpv. si sia realizzata.

⁴⁸ Del resto, non è diverso il discorso fatto dalla Commissione europea nel libro verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* (COM(2006) 708 Bruxelles, 22.11.2006): l'eccesso dei diritti spettanti ai lavoratori a tempo pieno ed indeterminato ha indotto il sistema a ricorrere ai contratti

In realtà, come già abbiamo segnalato, è errato ritenere che i Costituenti, nel dettare le norme in discorso, avessero presenti gli operai dell'impresa industriale manifatturiera fordista. L'Italia, alla fine degli anni '40, aveva ancora un'economia prevalentemente agricola e, come abbiamo già ricordato, il fordismo si è realmente diffuso nel nostro Paese solo verso la fine degli anni '50 e nel corso degli anni '60 del secolo scorso. Insomma, i costituenti avevano davanti agli occhi una realtà del lavoro complessa e frastagliata e sarebbe quanto mai curioso pensare che non fossero in grado di vederla e la trasformassero, con una sorta di presbiopia, in un fordismo ancora di là da venire.

Un sintomo che i costituenti avessero una visione adeguata della complessità del fenomeno lavoro, l'abbiamo nella critica al latifondo contenuta nell'art. 44. La questione bracciantile poteva essere affrontata sia tutelando il lavoro dei braccianti in quanto lavoratori dipendenti, sia trasformandoli con la riforma agraria in coltivatori diretti; non era certamente il caso, in Assemblea costituente, precludersi l'una o l'altra strada; la Costituzione, dunque, dopo aver affermato l'esigenza di tutela, le lascia aperte ambedue⁴⁹ (v. anche il riferimento alla «proprietà diretto coltivatrice» contenuta nell'art. 47). Comunque, quel che è certo è che il lavoro dei produttori agricoli – e quello dei coltivatori diretti, e quello dei lavoratori dipendenti – non può essere considerato «salariato, produttivo, manifatturiero», nel senso di taylorista-fordista.

Se, dunque, i costituenti avevano percezione della complessità del fenomeno lavoro e solo successivamente questa complessità si è – invero relativamente – semplificata intorno al modello fordista, oggi, quando, con un ulteriore mutamento, questa semplificazione è venuta meno, occorre verificare se i principi posti per l'antica complessità siano in grado di governare la nuova.

4. Se passiamo dal piano storico a quello esegetico, dobbiamo, in primo luogo, fare i conti con l'art. 35 e con la tutela del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» qui-vi disposta. Qui, il sintagma «lavoro» non può avere la stessa amplissima latitudine che ritroviamo nell'art. 4⁵⁰; deve avere un significato più ristretto perché, perlomeno, non può ricomprendersi in esso l'attività imprenditoriale che trova la sua regolazione di principio in altra norma, l'art. 41⁵¹. Dal lato opposto, la latitudine della lettera della disposizione mi sembra precludere un'interpretazione che ne restringa l'ambito al lavoro subordinato in senso tecnico: il lavoro prestato in esecuzione del contratto di cui all'art. 2094 c.c. è, all'evidenza, solo una delle «forme ed applicazioni» del lavoro rilevante ai fini della norma costituzionale. In questo senso si è pronunziata quasi tutta la letteratura

atipici; questi corrono il rischio di ghettizzare i lavoratori che ne sono oggetto; dunque, è il momento di alleggerire le tutele che riguardano i primi.

⁴⁹ V. Rodotà (1982, 211 ss., spec. 224) anche per gli ampi riferimenti ai lavori dell'Assemblea costituente e agli interventi dottrinali sul tema. L'A. considera «ovvio» il collegamento tra questa norma e gli artt. 35 ss.

⁵⁰ Cfr. Mancini 1974 e D'Antona 1999, 15 ss. Sul tema, v. anche La Macchia 2000, 23 ss.

⁵¹ Corte cost. n. 141/1967. Nella sentenza 26.7.1988, n. 880, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 35 agli artigiani, motivando, per costoro, sulla prevalenza del fattore lavoro su quello imprenditoriale.

in argomento⁵² e non vi è ragione per discostarsi da questa indicazione. Del resto, così si è pronunciata, la Corte costituzionale⁵³ che ha ritenuto rientri nell'ambito della norma anche il lavoro di cura; la peculiarità del problema concreto affrontato (la possibilità, per una cittadina extracomunitaria casalinga, di ottenere il ricongiungimento familiare con un figlio avuto da un precedente matrimonio), nulla toglie all'importanza ai nostri fini dell'affermazione di principio.

Quindi, dobbiamo muoverci tra due estremi: il lavoro che la Repubblica ha il compito di tutelare in forza dell'art. 35 non è né ogni attività socialmente utile⁵⁴, ma neanche solamente il lavoro subordinato. Accontentiamoci, per ora, di questo risultato provvisorio. Prima di approfondire il discorso, mi preme segnalare un'osservazione fatta più volte dalla Corte costituzionale⁵⁵: proprio la complessità del fenomeno lavoro riconducibile all'art. 35 impedisce di ritenere che le forme di tutela che il legislatore ordinario deve garantire debbano essere identiche per i diversi tipi di lavoro; le tutele apprestate ben potranno essere tra loro diverse – non tanto dal punto di vista quantitativo, quanto da quello qualitativo⁵⁶ – perché occorre tener conto sia della materialità del lavoro prestato sia della specifica forma contrattuale in cui il lavoro viene versato con la conseguente diversità di obbligazioni assunte dalle parti⁵⁷.

Ma, la riconduzione all'art. 35 di diversi lavori, pur nell'ammissibilità di forme di tutela diverse (non maggiori o minori), ha un corollario: quello del necessario scrutinio di ragionevolezza. Insomma, se due tipi di lavoro sono ambedue riconducibili all'art. 35, potrà certamente esserci una differenza nelle regole apprestate in adempimento della norma costituzionale, ma la differenza normativa dovrà trarre adeguata giustificazione

⁵² V. Treu 1979, 1 ss. ed ivi spec. 13 ss., anche per gli altri riferimenti. V., in particolare, Pera 1974, 2092 e Santoro Passarelli G. 1979, 24. L'opinione contraria è stata espressa da Balzarini 1965, 45 ss. La Cassazione (Cass., sez. lav., 10.2.2005, n. 2693, ma già Cass., sez. lav., 23.9.1998 n. 9515) ha affermato che sarebbe in contrasto con gli artt. 4, 35 e 38 Cost. un'interpretazione della normativa in tema di assicurazione contro gli infortuni degli artigiani che non comprendesse nell'assicurazione anche l'attività svolta in preparazione alla commessa (redazione del preventivo).

⁵³ Sent. n. 28/1995

⁵⁴ Per questo, trovo equivoca l'espressione «lavoro senza aggettivi» (D'Antona 2000b, 1273 ss; Pedrazzoli 1998, 49 ss.): essa include nel suo campo semantico, anche al di là delle intenzioni degli Aa. che la utilizzano, ogni forma di lavoro senza possibilità di distinguere.

⁵⁵ Ad es. nelle sentenze n. 189/82, n. 1/86 e n. 365/95.

⁵⁶ Invece, è frequente il richiamo alla necessità di graduare le tutele, come se fosse un problema quantitativo.

⁵⁷ E questo dovrebbe risolvere i dubbi da più parti avanzati: non si tratta di «superare le classiche distinzioni tra lavoro autonomo e subordinato» in favore dell'esistenza «di un'unica categoria di lavoratori (i soggetti deboli)» (Ballestrero 1987, 47); né di «sottomettere tutti i rapporti di lavoro al modello giuridico uniforme del lavoro subordinato» (Supiot 2000, 237). Si tratta, piuttosto, di chiarire l'ambito di applicazione dei principi costituzionali in materia di lavoro e, dunque, l'area di quel diritto comune del lavoro auspicata dall'A. da ultimo citato, sottraendo la determinazione della sua ampiezza e dei suoi contenuti all'arbitrio dell'interprete per agganciarla ad un dato di diritto positivo non disponibile neanche dal legislatore ordinario. Un simile aggancio, ad avviso di chi scrive, consolida la risposta positiva che Massimo D'Antona dava alla domanda «È possibile riconoscere una base comune di regole e diritti alla famiglia dei contratti di lavoro e mantenere nello stesso tempo ferma la nozione inderogabile e aperta della subordinazione?» (2000b, 1280); a patto, naturalmente, che il vincolo familiare sia ravvisato nell'art. 35 Cost.

dalla differenza tra le due fattispecie; non sarà sufficiente affermarne la diversità⁵⁸. Anzi, può aggiungersi che una mera differenza quantitativa di tutela debba essere sospetta di incostituzionalità; ciò che è consentito dall'art. 35, in combinato disposto con il principio di eguaglianza, è, infatti, non una differenziazione nel grado di tutela, ma nelle forme di regolazione in quanto congrue con la specificità della forma contrattuale nella quale il lavoro viene versato. In questa prospettiva, dissento dalle proposte che vogliono riconoscere al lavoro diverso da quello subordinato ma rientrante nell'art. 35 solo uno zoccolo minimo di tutele corrispondenti ai diritti fondamentali; aldilà di questi che vanno riconosciuti e garantiti, per così dire, per virtù propria (*rectius*, in virtù della norma che li riconosce come fondamentali), le differenze di regolazione tra il contratto di lavoro subordinato e ciascuno degli altri contratti che hanno ad oggetto il lavoro tutelato dall'art. 35 devono essere giustificate con le differenze qualitative tra i diversi contratti⁵⁹ e non possono, dunque, risolversi in differenze meramente quantitative.

Abbiamo detto che il lavoro da tutelare *ex art. 35* non è ogni attività socialmente utile, ma neanche solo il lavoro subordinato in esecuzione del contratto tipizzato dall'art. 2094 c.c.; resta da stabilire dove, esattamente, corra il confine dell'oggetto dell'obbligo di tutela. E qui una lettura che integri la norma in esame con l'art. 3 cpv.⁶⁰ ci può aiutare a trovare il bandolo della matassa⁶¹: il lavoro che, in forza dell'art. 35, la Repubblica deve tutelare è quel lavoro che, per ostacoli di ordine economico e sociale, invece di essere strumento di sviluppo della persona del lavoratore e di partecipazione collettiva all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, diventa un ostacolo all'uno e all'altra⁶².

Questo confine è stato variamente nominato: debolezza contrattuale, sottoprotezione ovvero subordinazione sociale o economico sociale, dipendenza ovvero debolezza economica. Sono questi i nomi, a mia memoria, più frequentemente usati per designare il fenomeno sociale, economico, ma anche giuridico. Il dibattito su quale sia più appropriato – devo confessare – mi lascia alquanto freddo; salvo per il primo, quello della debolezza contrattuale, che mi sembra da respingere perché rinvia ad una dimensione esclusivamente individuale quando, evidentemente, il problema non è tale, ma di come la nostra società e il nostro modo di produzione sono strutturati.

⁵⁸ V. l'ormai classico lavoro di Cerri 1976 cui può aggiungersi, di recente, Ghera F. 2003.

⁵⁹ Un esempio può chiarire il pensiero: l'art. 66, c. 4, d.lgs. n. 276/2003 dispone che le disposizioni del d.lgs. 626/1994 (con le successive modificazioni) trovino applicazione anche al contratto di lavoro a progetto, ma limitatamente alle ipotesi in cui «la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente»; qui, la predisposizione del contesto organizzativo ad opera del committente ovvero da parte dello stesso lavoratore rende ragionevole la differenza di trattamento normativo. Dubito, invece, che possa dirsi altrettanto per la risicata tutela dello stato di malattia in rapporto con quella operante per il lavoro subordinato.

⁶⁰ Così anche Greco 2005, 16 ss. e Proia 2006, 61 ss. Invece, Ichino (1999) richiama il primo comma dell'art. 3. Personalmente, ritengo possibile e necessaria una lettura del principio di eguaglianza che integri i due commi dell'art. 3 e non li contrapponga: v. Garofalo M.G. 2004, 113 ss.

⁶¹ E, cioè, quel «*quid pluris* che giustifica l'attribuzione di tutele aggiuntive e differenziali rispetto a quelle riconosciute al lavoro autonomo tradizionalmente inteso» ricercato da Roccella (2008, 41). Potremmo aggiungere anche il lavoro associato.

⁶² Mancini (1976, 36 ss.) collega all'art. 3 cpv. il significato di «lavoro» nell'art. 4, c. 1. Sul valore sistemico del principio di eguaglianza sostanziale v., di recente, Giorgis 1999 e D'Aloia 2002.

La questione del nome, dicevo, mi lascia freddo perché, muovendoci su un piano propriamente costituzionale, non stiamo individuando delle regole, ma dei principi, nel senso chiarito da G. Zagrebelsky⁶³: non si tratta, dunque, di descrivere con il necessario rigore la fattispecie che condiziona l'applicazione della regola – «i principi costituzionali non hanno fattispecie» dice ancora Zagrebelsky⁶⁴ –, ma di individuare il valore e la sua collocazione relativa all'interno della Costituzione. Se questo è vero, ai fini del nostro discorso è sufficiente rilevare come la tutela del lavoro che, nell'attuale struttura sociale ed economica, sia d'ostacolo al pieno sviluppo della persona e alla partecipazione collettiva all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, costituisca un valore costituzionalmente tutelato e ciò dà all'interprete, un criterio sufficientemente preciso (se «aderiamo», come dobbiamo, al principio) per «prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente»⁶⁵.

Bene, certamente oggi esistono lavori che, per il basso reddito e, soprattutto, per la precarietà che producono nelle esistenze di chi lavora, costituiscono l'ostacolo cui si riferisce l'art. 3 cpv. Può, allora, seriamente sostenersi che il principio in discorso sia muto al riguardo solo perché, in qualche modo, quei lavori non sono riconducibili alla fattispecie formale dell'art. 2094 c.c.? Mi sembra che la risposta non possa che essere negativa.

5. Del resto, non credo di tradire il pensiero della Corte costituzionale se affermo che quello ora descritto è il percorso logico giuridico seguito dalla Corte stessa a proposito di un'altra norma del titolo III° della Costituzione, l'art. 40. Nella sentenza n. 222/1975 la Corte ha qualificato sciopero anziché serrata l'astensione collettiva dal lavoro degli esercenti di aziende industriali e commerciali senza lavoratori alle proprie dipendenze, in quanto gli stessi devono essere considerati lavoratori autonomi, traendone la conseguenza dell'illegittimità dell'art. 506 c.p. per contrasto con l'art. 40 Cost. Successivamente, la Corte, con sentenza n. 53/1986, ha respinto la richiesta di estendere la dichiarazione di incostituzionalità all'art. 505 nella parte in cui prevede come reato la serrata di piccoli imprenditori che abbiano uno o due dipendenti⁶⁶. Può anche ritenersi opinabile che il *discrimen* sia posto dall'esistenza o meno di dipendenti, specie se in così piccolo numero, ma resta che, secondo la Corte, la titolarità del diritto di sciopero spetti anche a lavoratori non subordinati (e non agli imprenditori⁶⁷).

⁶³ Zagrebelsky 1992, soprattutto 147 ss. Ma v. anche Pensavecchio Li Bassi 1972, 50 ss. e, soprattutto, Mengoni 1996, 120 ss.

⁶⁴ Zagrebelsky 1992, 150.

⁶⁵ *Ibidem* 149.

⁶⁶ V. Santoni 2001, 34 ss. e Voza 2004 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Analogo ragionamento ha indotto la Cassazione a ricondurre al diritto di sciopero l'azione di lotta condotta dai medici convenzionati Inam consistente nel richiedere ai pazienti mutuati il pagamento del normale compenso professionale (sent. n. 3278/1978).

⁶⁷ La Cassazione ha rifiutato di considerare sciopero l'azione di lotta dei titolari di farmacia che pretendevano il pagamento delle medicine fornite pur in presenza di convenzione con il Servizio sanitario in quanto trattasi di imprenditori e non di lavoratori (Cass. penale 10.4.1989).

A ben guardare, la Corte ha confermato e precisato questo orientamento con le più recenti sentenze sul cd. sciopero degli avvocati⁶⁸: la Corte, infatti, ha puntualizzato che l'astensione dalle udienze degli avvocati non configura uno sciopero ma che la stessa è tutelata in quanto espressione dinamica della libertà associativa; siamo, cioè, fuori dal diritto di sciopero dell'art. 40 Cost. e del titolo III°.

Dunque, a monte del delicatissimo problema dei criteri utilizzati per individuare con sufficiente precisione la linea di confine, rimane che, secondo la Corte, la titolarità del diritto di sciopero dell'art. 40 Cost. va oltre i confini del lavoro subordinato, ma non tanto oltre da includere l'intera area del lavoro autonomo o, addirittura, l'attività imprenditoriale⁶⁹.

Lo stesso discorso può farsi per il legislatore ordinario, almeno in una importante, anche se risalente, occasione. Nel nostro ordinamento non si usa motivare gli interventi legislativi, ma è facile ritenere che, se il legislatore della legge n. 741/1959⁷¹ avesse dovuto motivare sul punto in cui disponeva l'estensione *erga omnes* degli accordi collettivi di alcune categorie di lavoratori non subordinati esattamente come stava facendo per i lavoratori subordinati, l'avrebbe fatto affermando che l'esigenza di stabilire minimi di trattamento economico e normativo esisteva tanto per gli uni quanto per gli altri⁷².

Non diversamente opina la migliore giurisprudenza e dottrina quando, in relazione all'art. 409 n. 3 c.p.c., esclude dal rito del lavoro i rapporti di agenzia (pur nominati, nel dato letterale, senza alcuna distinzione) che non abbiano ad oggetto una «prestazione di opera (...) prevalentemente personale»⁷³.

6. Vi sono, dunque, ottimi argomenti per ritenere che gli artt. 35, 39 e 40 Cost. si applichino non solo al lavoro subordinato, ma anche all'intera vasta gamma di lavori cd.

⁶⁸ Sentt. n. 114/1994 e n. 171/1996. In dottrina, v. Suppiej 1997, 327 ss.

⁶⁹ Invero, è stato avanzato il dubbio della permanente validità di questo insegnamento dopo l'esplicito assoggettamento alla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali dell'astensione dal lavoro dei «lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori» ad opera dell'art. 2bis della legge 146/1990 (introdotto dalla novella contenuta nella l. n. 83/2000) che non qualifica come sciopero l'astensione stessa: v. Nogler (2001, 87 ss. ed ivi spec. 100 ss. e 102), il quale però afferma che la norma in questione «risulta sostanzialmente irrilevante» ai fini della definizione della questione. È interessante rilevare come il problema sorga dalla difficoltà di trovare una convincente linea di confine tra lavoratori autonomi titolari del diritto e non; ma, così ragionando, si inverte l'ordine logico dei problemi: *prima* occorre stabilire se, nel sistema costituzionale, il diritto di sciopero sia o meno riservato ai lavoratori subordinati *ex art. 2094 c.c.*; *poi*, se si risponde negativamente, può porsi il problema della sfera soggettiva di applicabilità della norma costituzionale.

⁷⁰ Una compiuta e convincente indagine sulle norme costituzionali in materia di conflitto sindacale e il lavoro diverso da quello subordinato è stata condotta da Voza (2004), cui rinvio anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Per un'intelligente descrizione delle modalità di azione sindacale dei lavoratori cd. atipici v. Lazzari 2006.

⁷¹ Che – come giustamente rileva Ballestrero (1987, 42) – è la prima considerazione legislativa del lavoro parasubordinato.

⁷² Sulla l. 741/1959 cfr. Giugni 1989, 83 ss. e Pera 1960, 299 ss. Per l'importanza di questa legge in un discorso sulla parasubordinazione, v. Santoro Passarelli 1979, 119 ss. Per la vicenda della legge in discorso in relazione ai rapporti di agenzia v. Trioni 2006, 20 ss.

⁷³ V., per tutti, Pera 1974; Perulli 1996, 142 s.; Trioni 2006, 82 ss.

atipici, segnatamente ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche quando prendono la forma del contratto a progetto, ed alle associazioni in partecipazione (quando l'associato conferisca lavoro). È la ragione e, nello stesso tempo, il limite di questa applicazione vanno individuati nell'art. 3 cpv.: la struttura dei rapporti di produzione, nella nostra società, costituisce ancora uno dei più formidabili ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, ostacolano il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Ciò non accade solo quando il lavoro sia svolto in esecuzione del contratto tipizzato dall'art. 2094 c.c., ma anche quando sia svolto in esecuzione di altre fattispecie contrattuali; logica conseguenza è che le norme costituzionali che creano strumenti per la rimozione di quegli ostacoli trovino applicazione non solo a questa fattispecie contrattuale, ma a qualunque contratto nel quale si incrocino lavoro e dipendenza economica. Dal lato opposto, va segnalato che il richiamo all'art. 3 cpv. rappresenta anche il limite di applicazione delle norme indicate: non ha senso che la Repubblica debba tutelare un lavoro che, non rappresentando l'ostacolo nominato dall'art. 3, non ha bisogno di essere tutelato. E ciò, evidentemente, vale anche per le più specifiche norme in materia di libertà sindacale e di diritto di sciopero⁷⁴.

Se questo è il contesto di sistema, che ne è della altre norme costituzionali sul lavoro? Il discorso diventerebbe troppo ampio per i limiti di questo scritto, ma voglio affrontare almeno il problema dell'art. 36.

Di recente, il legislatore del d.lgs. n. 276/2003, per il contratto di lavoro a progetto, ha dettato una norma che sembra richiamare il principio di giusta retribuzione: il compenso per questi lavoratori «deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tener conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto» (art. 63)⁷⁵. La norma, nei primi commenti al d.lgs. n. 276/2003, non è stata oggetto di una riflessione adeguatamente approfondita⁷⁶, forse perché la dottrina si è sentita più impegnata a comprendere altri aspetti fortemente problematici del nuovo istituto. Ai nostri fini, è sufficiente muovere tre osservazioni critiche: in primo luogo, la norma non contempla il requisito della sufficienza a

⁷⁴ V. ancora Voza 2004.

⁷⁵ La norma è stata costruita «sulla falsariga dell'art. 36 Cost.», così, De Luca Tamajo 2003, 23 e 24; l'A. valuta che così si introduca «un discutibile elemento di incertezza ed una pericolosa apertura a valutazioni giudiziali inevitabilmente e pericolosamente discrezionali»; può banalmente osservarsi che ogni controllo giudiziale comporta una discrezionalità del giudice e che l'alternativa è la soppressione di quel controllo. Invece, Perulli (2004b, 750 ss.) e Viscomi (2004, 313 ss. ed ivi spec. 324) preferiscono avvicinare la norma all'art. 2225 c.c. (che, però, è una norma meramente suppletiva) e all'art. 2233, c. 2, c.c. (che trova applicazione solo alle professioni intellettuali). In realtà, come sottolinea lo stesso Perulli (2004b, 751), sia l'art. 36 Cost., sia le due norme codicistiche appartengono allo stesso *genus*, quello delle «norme civilistiche dirette a garantire l'equilibrio contrattuale delle parti nei contratti onerosi». Concordo con questa prospettiva, rinviando, per un'attenta analisi della tendenza normativa civilistica in tema di giustizia contrattuale, al già citato lavoro di Volpe (cit. nt. 24). Vi è, però, un ulteriore problema che non può essere eluso: quello se e in che limiti la norma costituzionale sia applicabile al lavoro coordinato e continuativo e al lavoro a progetto; in caso di risposta positiva, non si può sfuggire ad un confronto della norma in esame con quella costituzionale.

⁷⁶ Ma v., oltre allo stesso Perulli, Ghera (2006) e Pinto 2006, 431 ss. ed ivi spec. 469 ss.

garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa⁷⁷; in secondo luogo, richiama solo il lavoro a progetto e non tutte le collaborazioni coordinate e continuative che, pure, com'è noto, continuano ad esistere nel nostro ordinamento; inoltre, il criterio di determinazione del compenso dovuto appare arbitrariamente ristretto: è la comparazione con analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del contratto. Soprattutto, la norma consente una lettura che esclude la possibilità di assumere a parametro le retribuzioni dovute per il lavoro dipendente avente il medesimo contenuto⁷⁸ ovvero i compensi normalmente corrisposti in altri luoghi⁷⁹.

Evidentemente, diversa è la valutazione della norma se si ritiene che l'art. 36 trovi applicazione anche a questi rapporti oppure no; se si tratti, cioè, di una tutela aggiuntiva, non ricavabile dalla norma costituzionale ovvero sia svolgimento e attuazione di quest'ultima. Mi sembra che ci siano pochi dubbi, in questa seconda ipotesi, che la norma presenti pesanti dubbi d'illegittimità costituzionale.

Invero, il problema principale è, appunto, se l'art. 36 Cost. trovi applicazione solo al rapporto di lavoro subordinato o anche ad una parte dei rapporti di lavoro autonomo, quelli caratterizzati da un vincolo di durata come i cd. co.co.co. La prevalente giurisprudenza, non senza pronunzie di segno contrario, ha fin qui risposto negativamente alla domanda⁸⁰, ma la stessa merita un approfondimento che può partire da una domanda più particolare: ciò che impedisce l'applicazione della norma costituzionale è, per dirla nuovamente con Zagrebelsky, il principio della giusta retribuzione o la regola che la giurisprudenza ha creato per dare applicazione allo stesso, in regime di mancata attuazione dell'art. 39, c. 4? La prima alternativa mi sembra da scartare: se è valido il criterio di interpretazione sistematica, il principio della giusta retribuzione posto dal c. 1 dell'art. 36 va letto alla luce dell'art. 35 che, a sua volta, come sopra abbiamo argomentato, va letto alla luce dell'art. 3 cpv. Del resto, come sopra richiamavamo, una simile lettura sistematica è quella che fonda la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 40 e trova (quasi) pacifica applicazione all'art. 39⁸¹.

L'assunzione dell'art. 3 cpv. come chiave di volta del sistema delle norme costituzionali di tutela del lavoro ha però una prima conseguenza: la domanda se il principio di giusta retribuzione trovi applicazione, oltre che al lavoro subordinato, anche al lavoro autonomo è mal posta. Infatti, certamente non tutte le attività lavorative qualificabili come autonome sono tali da richiamare il principio generale della norma in questione.

⁷⁷ Viscomi 2004; E. Ghera 2006.

⁷⁸ In questo senso, la Circolare ministeriale n.1/2004. Una diversa lettura – che, se accolta, risolverebbe il problema di cui al testo – in Pinto 2006, 470.

⁷⁹ Che l'art. 36 Cost. consenta una determinazione della retribuzione che tenga conto del grado di sviluppo economico del luogo di esecuzione del lavoro è escluso da Roma 1997, 91 ss., sulla scorta di una significativa giurisprudenza della S.C.

⁸⁰ Cfr., tra le più recenti, Cass. 28.2.2006 n. 4434; 1.9.2004, n. 17564; 26.5.2004, n. 10168; 23.3.2004, n. 5807; 25.10.2003, n. 16059; 21.10.2000, n. 13941. In dottrina v. Pera 1974, 2093 e Perulli 1996, 217; si sono, invece, espressi in senso favorevole all'applicazione della norma, Santoro Passarelli G. 1979, 24; *Idem*, 1981; Grieco 1986, 736 ss. e, in forma dubitativa, Napoli 2002, 32.

⁸¹ V. Balducci 1984, 150 ss., nel quale risulta con chiarezza che la dottrina che opta per la soluzione negativa si riferisce al lavoro autonomo in genere e quella che preferisce la soluzione positiva lo fa limitatamente ai lavoratori autonomi parasubordinati.

Ciò è frutto della genericità (o, se si preferisce, generalità) della categoria: in essa troviamo realtà sociologiche ed economiche diversissime come, da un lato, l'ormai noto telefonista del *call center* e, dall'altro, il grande professionista. Ora, certamente, la seconda delle ipotesi ora formulate è fuori dal principio in discorso: quel lavoro non costituisce un ostacolo all'eguaglianza sostanziale; possiamo invocare a sostegno la giurisprudenza costituzionale sullo sciopero degli avvocati, quando ha negato alla loro astensione la qualificazione di sciopero.

Ma, ciò vale anche per il telefonista del *call center* o per la vetrinista di un grande magazzino assunti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, se del caso a progetto? Sul piano del *fatto* la situazione è ben differente; tale differenza è sì, certamente, irrilevante ai fini dell'inclusione nella categoria formale lavoro autonomo, ma ad altri fini – precisamente a quello di richiamare il principio cardine dell'art. 3 cpv. e quelli contenuti nelle altre norme costituzionali in esame – no: lo dice lo stesso art. 3 cpv. quando richiama gli ostacoli *di fatto*.

Le resistenze della giurisprudenza possono, dunque, almeno in parte, spiegarsi proprio perché le era chiesto di dare una risposta unica alla domanda mal posta cui facevo riferimento: se l'art. 36 Cost. si applichi anche al lavoro autonomo. In realtà, l'area del lavoro autonomo e l'area del lavoro costituzionalmente protetto non sono totalmente separate l'una dall'altra, ma la prima non è interamente inclusa nella seconda; si sovrappongono solo per la parte in cui il lavoro si presenta congiuntamente alla dipendenza economica e all'alienità dell'organizzazione produttiva.

Alla contraddittoria risposta giurisprudenziale ha, però, contribuito anche un'altra componente, questa relativa non al *principio* della giusta retribuzione, ma alla *regola* elaborata dalla giurisprudenza per dare applicazione al principio stesso nel lavoro subordinato: nullità della clausola che determina la retribuzione ed integrazione del contratto ad opera del potere equitativo del giudice. Non starò qui a descriverla più analiticamente, anche perché è ben nota⁸²; mi basta rilevare che quel meccanismo, utilizzabile nei rapporti continuativi, è inutilizzabile nei rapporti privi di questo elemento. Ora, la continuità, se non caratterizza la fattispecie generale del lavoro autonomo (art. 2222 c.c.), è l'elemento (o, perlomeno, uno degli elementi) che, all'interno di essa, caratterizza la fattispecie speciale delle collaborazioni coordinate e continuative (art. 409, n. 3, c.p.c.)⁸³.

E, mi sembra, non vi sia difficoltà alcuna ad estendere il ragionamento dal 1° comma ai commi successivi e, cioè, anche all'obbligo del legislatore ordinario di determinare la durata massima giornaliera del lavoro con la conseguente possibilità per il giudice di supplire all'inadempimento del legislatore⁸⁴ e al diritto "irrinunciabile" al riposo settimanale e alle ferie annuali.

⁸² Ancora fondamentale, in proposito, è De Cristofaro 1971. Più di recente, v. Roma 1997, anche per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

⁸³ V., per tutti, Pinto 2006, 444 ss. e Perulli 2004a, 708 ss. ed ivi 724 ss., anche per altri riferimenti.

⁸⁴ Cfr., in proposito, Lecce 2001.

7. Fabio Merusi, in un aureo libretto sulle autorità amministrative indipendenti⁸⁵, immagina un *Buchtrinker* (bevitore di libri) straniero che voglia studiare il diritto dell'economia italiana dal periodo immediatamente postcostituzionale ad oggi. Questi, secondo l'A., troverebbe, nelle nostre biblioteche, una strana cesura: fino ad un certo punto gli scaffali sono pieni di opere che trattano del controllo pubblico dell'economia; da quel punto in poi, invece, quel tema scompare e si parla esclusivamente di privatizzazioni, mercato e concorrenza. Chi ha ucciso l'art. 41, c. 3, Cost.⁸⁶? è questa la domanda che Merusi pone nella testa del *Buchtrinker*: la risposta formulata dall'A. è l'adesione dell'Italia alla CE.

Se questo è vero per il diritto dell'economia, lo è ancor più per il diritto del lavoro, anche se questa sorta di rottura costituzionale solo in parte è messa a fuoco dalla riflessione scientifica⁸⁷. Ma quello che a Merusi sta a cuore, ed anche a me, è segnalare la contraddizione che si apre tra la Costituzione italiana del 1948 e l'assetto costituzionale che, progressivamente, si apre con il processo di unificazione europea. Detto in sintesi e con una dose – forse eccessiva – di semplificazione, abbiamo, da un lato, una Costituzione fondata sul lavoro; dall'altro, una Comunità fondata sul mercato e sulla concorrenza⁸⁸. Come sanare questa contraddizione, sempre che esista realmente?

È ben presente la tendenza a porre tra parentesi la nostra Costituzione, respingendola al di fuori degli argomenti giuridici operativi e riscoprendo la strategia della disattenzione che già fu praticata dalla giurisprudenza degli anni '50. Così, si sostituirebbe alla Costituzione formale vigente una diversa Costituzione che ha, appunto, a fondamento l'ideologia del mercato e della libera concorrenza. Sarebbe una scelta miope; le tradizioni costituzionali dei Paesi europei – almeno di quelli tradizionali, prima dell'allargamento ai Paesi ex-comunisti⁸⁹ – rendono non facilmente obliabili i diritti sociali. Ma vi è di più: è una forzatura ritenere che la Comunità oggi sia fondata solo sul mercato e sulla concorrenza; molta strada è stata fatta dal Mercato comune del Trattato di Roma nel suo testo originario. Anzi, in alcune materie, per esempio in quella della tutela antidiscriminatoria, il diritto comunitario è stato il motore di importanti innovazioni nei diritti nazionali.

Non voglio iscrivermi al partito degli euro-ottimisti; la nota vicenda della direttiva Bolkestein⁹⁰ ha messo in luce un processo tutt'altro che concluso: l'allargamento dell'Unione del 2004 ha certamente dato fiato al partito dei liberalizzatori ad oltranza, ben presente anche nei Paesi dell'Europa a quindici e nelle istituzioni comunitarie⁹¹; ma anche che sono in campo rilevanti forze che contrastano questa tendenza. È in corso, cioè, un epocale scontro politico tra chi vuole fondare Unione e Comunità sulla tradizione del costituzionalismo democratico europeo radicando una sua voca-

⁸⁵ Merusi 2000, 11 ss.

⁸⁶ Invero, se ho inteso bene, nello sviluppo del ragionamento l'illustre A. non dà poi un giudizio negativo o anche solo preoccupato di un simile avvenimento.

⁸⁷ Ma, di recente, v. Cantaro 2007.

⁸⁸ V., ancora, Cantaro 2007.

⁸⁹ V. Cantaro 2007, 39 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹⁰ Sulla quale v. Carabelli 2007, 33 ss.

⁹¹ Di cui un ottimo esempio è il libro verde *Modernizzare il diritto del lavoro* sul quale v. le osservazioni di Leonardi 2007, e mie 2007, rispettivamente 145 ss. e 135 ss.

zione sociale e chi, invece, vuole fondarle su un liberismo deregolatorio e sul mercato deregolato. Questo scontro ovviamente si muove anche sul piano giuridico: su di esso, i primi devono valorizzare il dato formale delle Costituzioni⁹² che – come è noto – è rilevante anche sul piano del diritto dell'Unione, in forza dell'art. 6 UE. I secondi, al contrario, essendo improponibile una modifica formale delle Costituzioni, devono, per così dire, distrarre l'attenzione degli operatori da questo dato giuridico, ignorandolo nei loro progetti di decisione. L'importanza del conflitto in atto non ha un adeguato riscontro nella riflessione scientifica (ma anche in quella dell'opinione pubblica) e ciò moltiplica il rischio di veri fraintendimenti. Dal lato dei difensori dello Stato sociale, il rischio è che questa difesa – invece che indirizzarsi verso un consolidamento ed un ampliamento dei diritti sociali, individuali e collettivi, nell'ordinamento comunitario – si risolva in un'opposizione oggettivamente reazionaria all'Europa, come hanno dimostrato le vicende della bocciatura del Trattato costituzionale⁹³. Dal lato opposto si ignora (o si finge di ignorare) che è ben difficile che il processo d'unificazione economica possa ulteriormente andare avanti senza unificazione politica; però, nella tradizione dei Paesi europei, un'entità politica si legittima solo se si fa carico della connessione sociale attraverso il riconoscimento di diritti sociali fondamentali⁹⁴. È vero che questi diritti, a loro volta, costituiscono un limite al libero gioco delle forze economiche; ma *hic Rhodus, hic salta!*, il processo di unificazione politica, indispensabile per ulteriori progressi del processo di unificazione economica, non può che passare attraverso il riconoscimento e la garanzia – anche a livello comunitario – di diritti sociali (individuali e collettivi) adeguati alla grande tradizione del costituzionalismo europeo, attribuendo ad essi il rango di diritti fondamentali. Porre freni a questo riconoscimento significa rafforzare l'idea che difesa dello Stato sociale e della sovranità degli Stati nazionali siano la stessa cosa, così frenando quel generalizzato consenso sociale che solo può consentire reali progressi nell'unificazione politica.

Il temporaneo insuccesso del Trattato sulla Costituzione europea⁹⁵ non è, forse, dovuto all'avarizia nei diritti sociali ivi contemplati?

⁹² Anche di quelle dei Paesi entrati nel 2004 o nel 2007, visto che definiscono i rispettivi Stati come Stati sociali (v. Cantaro 2007, 48).

⁹³ È questo, a mio modesto avviso, un limite nel bel lavoro di Cantaro (2007): l'interpretazione che Egli dà del dato legislativo comunitario per sottoporlo a critica in difesa dello Stato sociale, è certamente una delle interpretazioni possibili ma è, altrettanto certamente, tale da impedire progetti di decisione coerenti con quella difesa.

⁹⁴ Cfr. Veneziani 2000, 779 ss., spec. pp. 784 ss.; v. anche, con riguardo all'azione sindacale, dello stesso A. 2006, 471 ss.

⁹⁵ Che, se si consolidasse, comporterebbe costi molto elevati proprio in termini di socialità: v., ancora, Veneziani 2005, e Greco 2006, 519 ss.