

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

2022

numero speciale

IL CONTRIBUTO DELLA SAPIENZA
ALLE CODIFICAZIONI

Atti del convegno organizzato dal Master in diritto privato europeo, il Dottorato in autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale e il Dipartimento di Scienze giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza – Università di Roma, in occasione della ricorrenza degli ottanta anni del Codice civile. Dal progetto italo-francese delle obbligazioni (1927) al DCFR (2009). Roma, 19-20 maggio 2022.

ESTRATTO



JOVENE EDITORE

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato di direzione: Silvia Diaz Alabart (Madrid) - Guido Alpa (Sapienza, Roma) - Mads Andenas (Oslo) - Jean Bernard Auby (Parigi) - Luisa Avitabile (Sapienza, Roma) - Sergio Bartole (Trieste) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Andrea Biondi (Londra) - Enzo Cannizzaro (Sapienza, Roma) - Marta Cartabia (Milano) - Claudio Consolo (Sapienza, Roma) - Enrico Del Prato (Sapienza, Roma) - Oliviero Diliberto (Sapienza, Roma) - Pierre Marie Dupuy (Parigi) - Antonio Gambaro (Milano) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) - Stefan Grundmann (Firenze) - Riccardo Guastini (Genova) - Peter Haberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Sapienza, Roma) - Gianni Iudica (Milano) - Erik Jayme (Heidelberg) - Guillaume Leyte (Parigi) - Hans W. Micklitz (Firenze) - Laura Moscati (Sapienza, Roma) - Carlos Manuel Petit Calvo (Huelva) - Johannes M. Rainer (Salisburgo) - Filippo Reganati (Sapienza, Roma) - Jerome H. Reichman (Durham) - Gaetano Silvestri (Messina) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco) - Paolo Zatti (Padova)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo) - Nicola Cezzi - Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760 - Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

SALUTI

- 3 *Saluto della Rettrice prof.ssa Antonella Polimeni*
5 *Saluto del Preside prof. Oliviero Diliberto*

RELAZIONI

- 9 PIETRO RESCIGNO
Le polemiche dell'immediato dopoguerra: l'unificazione del diritto privato; il codice civile e la Costituzione
- 15 GUIDO ALPA
Alle origini della codificazione: i lavori e il progetto di un Codice italo-francese delle obbligazioni
- 57 ALESSANDRO SOMMA
La codificazione del diritto civile e la collaborazione italo tedesca in epoca fascista
- 91 ANDREA DI PORTO
Ottanta anni dopo: la modernità di Vittorio Scialoja oltre il Codice del '42
- 125 MARIO CARAVALE
Il dibattito sull'unificazione dei codici e il ruolo di Cesare Vivante
- 143 NICOLA RONDINONE
La codificazione civile: il ruolo di A. Solmi, di F. Vassalli, di A. Asquini e di altri docenti de "La Sapienza"
- 149 LAURA MOSCATI
Osservazioni e proposte delle università italiane ai progetti dei primi libri del Codice civile del 1942
- 187 MASSIMO BRUTTI
Il paradigma autoritario. Appunti sulla scrittura del Codice
- 267 ANTONINO CATAUDELLA
Qualche cosa che so di Emilio Betti (lo studente e il professore)
- 275 ENRICO DEL PRATO
La sistemazione dottrinale del codice civile

- 283 MARIO LIBERTINI
La c.d. commercializzazione del diritto privato
- 301 CLAUDIO CONSOLO
Principii-capisaldi processuali (specie) nel titolo IV del nuovo Libro VI (dalla genesi all'avvenire)
- 315 ANDREA ZOPPINI
Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione
- 331 FRANCESCO MACARIO
La civilistica e il contratto
- 389 MASSIMO CONFORTINI
Decodificazione
- 399 PAOLO SPADA
Gli indirizzi del diritto commerciale
- 403 CARLO ANGELICI
Testimonianza di un commercialista
- 407 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al codice, nel codice civile del 1942, e nella disciplina successiva
- 461 LUISA AVITABILE
Sui principi generali del diritto in Giorgio Del Vecchio
- 469 VINCENZO CERULLI IRELLI
Il diritto amministrativo e il codice civile
- 485 ALESSANDRO ZAMPONE
Il contributo della Sapienza alle codificazioni: il diritto della navigazione
- 507 PIETRO BORIA
La soggettività tributaria nella imposizione delle società di persone: alcune riflessioni sui rapporti tra disciplina tributaria e codice civile
- 535 MICHELE GRAZIADEI
Il Codice civile in Italia e all'estero
- 571 AURELIO GENTILI
Le proposte di revisione del codice civile
- 583 FRANCESCA CAROCCIA
Il ruolo della Sapienza nella codificazione europea. Diritto privato europeo e Draft Common Frame of Reference
- 601 NICOLÒ LIPARI
Considerazioni conclusive

Il rapporto individuale di lavoro e il contratto collettivo nella normativa precedente al codice, nel codice civile del 1942, e nella disciplina successiva

Giuseppe Santoro-Passarelli

SOMMARIO: PARTE PRIMA: 1. Il codice civile e la sua impronta liberale. – 2. L'origine contrattuale del rapporto di lavoro. – 3. L'estensione della tutela al lavoro manuale. – 4. L'impresa fordista medio grande come referente socioeconomico. – 5. La subordinazione del codice civile rispecchia la definizione di Paolo Greco. – 6. L'apporto di Carnelutti. – 7. La modernità dell'art. 2087 c.c. – 8. La parità delle parti del rapporto di lavoro nella sistematica del codice civile. – 9. I poteri dell'imprenditore già previsti dal codice civile limitati dallo Statuto dei Lavoratori. – 10. L'art. 2113 c.c. – 11. L'art. 2112 nella sua formulazione originaria. – 12. La legge n. 1369 del 1960 sull'appalto di mano d'opera e la legge n. 230 del 1962 sul contratto a termine. – 13. Il contratto d'opera come contratto ad esecuzione istantanea o prolungata, diversamente da altri contratti di lavoro autonomo come il contratto di agenzia e il mandato a tempo e dal contratto di lavoro subordinato come contratti di durata. – 14. Le collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c. – 15. Il potere unilaterale di coordinamento del committente: una costruzione della dottrina normata dalla disciplina del lavoro a progetto. – 16. Le collaborazioni organizzate dal committente previste dall'art. 2 comma 1 del d.lgs n. 81 del 2015: norma antifraudolenta o identificativa di una nuova fattispecie?. – 17. La Corte di Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663 e il successivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015 anche ai lavoratori autonomi deboli. – 18. Il lavoro coordinato come lavoro autonomo continuativo contrattualmente debole o economicamente dipendente. – 19. Individuazione di una disciplina apposita. – 20. Gli artt. 35, 36 Costituzione e la contrattazione collettiva dei riders. – 21. La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei riders e la proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021. – PARTE SECONDA: 22. Il contratto collettivo precorporativo: Giuseppe Messina, "I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro". – 23. Francesco Carnelutti e l'ordinamento corporativo nella Carta del lavoro e nel Codice civile che accoglie e regola la figura del contratto corporativo come fonte del diritto. – 24. La Costituzione repubblicana e il riconoscimento della libertà dell'organizzazione sindacale e la mancata attuazione dell'art. 39 comma IV. – 25. Le dottrine sul contratto collettivo di diritto comune. – 26. Lo Statuto dei lavoratori e il riconoscimento del sindacato maggiormente rappresentativo. – 27. La crisi dell'unità di azione sindacale e il patto di concertazione del 1993. – 28. Il referendum del 1995 e il criterio della sottoscrizione del contratto collettivo. – 29. La partecipazione alle trattative e la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013. – 30. I parametri per individuare i soggetti legittimati a partecipare alle trattative indicati dal Testo unico del 2014 non attuato. – 31. Rappresentatività sindacale e scio-

però nei servizi pubblici essenziali. – 32. Il graduale superamento della normativa inderogabile nel rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi di diverso livello.

PARTE PRIMA

1. *Il codice civile e la sua impronta liberale*

Come è noto il libro V del Codice civile è intitolato al Lavoro su specifica indicazione del Guardasigilli Dino Grandi.

È altrettanto noto che l'art. 2060 c.c. tutela il lavoro in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali. E già questa disposizione riferendosi ad ogni forma di lavoro e quindi indifferentemente a quella dell'imprenditore e a quella del lavoratore subordinato e autonomo si segnala per la sua diversa impostazione rispetto all'art. 35 della Cost. che invece si riferisce al lavoro subordinato e autonomo e all'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e quindi della libertà di impresa.

Le tre norme individuano, la prima la cd. economia corporativa e le altre due la cosiddetta economia sociale di mercato.

Iniziando dall'art. 2060 si deve dire che di questa norma il titolo II del libro V del codice intitolato al lavoro nell'impresa è il naturale svolgimento perché prende in considerazione l'attività dell'imprenditore da una parte (capo I sezione prima) e quella del prestatore di lavoro subordinato nell'impresa (capo I sezione seconda) dall'altra parte, definendolo collaboratore dell'imprenditore.

Secondo la impostazione dell'economia corporativa l'imprenditore e il lavoratore dovevano collaborare alla realizzazione dell'interesse dell'impresa e a quello superiore della produzione nazionale (riferimento ancora presente nell'art. 2104 c.c. come criterio di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro).

In realtà con la caduta dell'ordinamento corporativo avvenuta due anni dopo l'emanazione del codice civile, come si è sostenuto¹ “il codice civile del 1942 non rispecchia l'ideologia fascista grazie alla fedeltà all'ideale di libertà dei civilisti che lo prepararono”.

¹ F. SANTORO-PASSARELLI, in *Ultimi saggi*, Jovene, Napoli, la mia Università, 14.

2. *L'origine contrattuale del rapporto di lavoro*

Parimenti si deve osservare che, pur essendo stato inserito il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa nel libro V e non nel titolo III del libro IV con gli altri contratti, la formula dell'art. 2094 c.c. costituisce "un temperato omaggio" all'ideologia corporativa perché, pur avendo definito il prestatore di lavoro come collaboratore dell'imprenditore e pur avendo privilegiato il termine del rapporto di lavoro a quello del contratto di lavoro, nello stesso art. 2094 c.c. rimane confermata l'origine contrattuale del rapporto di lavoro subordinato quando la norma afferma che è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro intellettuale e manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

3. *L'estensione della tutela al lavoro manuale*

Non solo ma l'art. 2094 c.c. estende la tutela al lavoro manuale mutuando l'espressione dalle disposizioni II e VII della Carta del Lavoro del 1926 e quindi supera la prospettiva angusta della legge sull'impiego privato che limitava la tutela soltanto agli impiegati.

A questo proposito per comprendere l'importanza e la portata dell'estensione al lavoro manuale contenuta nell'art. 2094 c.c. vale la pena aprire una breve parentesi e ricordare l'orientamento degli interpreti del periodo precedente alla legge sull'impiego privato. Bene espresso dalla relazione Orlando alla proposta di legge presentata dall'onorevole Luzzatti nel 1912 per regolare solo il rapporto di impiego privato. Secondo Orlando si tratta di un progetto che per la natura inderogabile di alcune norme costituiva un vulnus "alla libertà nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica e politica².

² Nel 1901 venne istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco Ortu Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento. Solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anziché nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'on. Luzzatti il 12 dicembre 1912 e su di essa Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente chiarisce che si tratta di un progetto che per la natura inderogabile di alcune norme, costituiva una novità assoluta

4. *L'impresa fordista medio grande come referente socioeconomico*

L'estensione compiuta dal codice civile è rilevante non solo sul piano giuridico ma anche su quello socio-economico. Infatti una terza osservazione riguarda il modello organizzativo accolto dall'art. 2094 c.c. e cioè l'impresa medio grande di tipo fordista. Questa rimarrà ben oltre il codice e costituirà il modello organizzativo accolto anche dallo Statuto dei lavoratori del 1970.

5. *La subordinazione del codice civile rispecchia la definizione di Paolo Greco*

La quarta osservazione riguarda la nozione di subordinazione accolta da Barassi che, al sintagma "obbligare la propria opera al servizio altrui stabilita dall'art. 1628 n. 1 del codice civile del 1865" sostituisce il termine subordinazione nella sua importante monografia sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano nelle due edizioni del 1901³ e del 1915-17 in due volumi⁴.

nel diritto privato dell'epoca dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti e costituiva perciò un vulnus "alla libertà, intesa nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica" Orlando, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1950, 151.

Anche Turati presentava una relazione al consiglio superiore del lavoro pubblicata in *Ministero agricoltura, Atti consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912*, Roma, 1913, 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché coerentemente con una logica ed un disegno riformatore si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro.

Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio. "I commessi di negozio sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rapresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente" (replica alla relazione 16).

Secondo Turati questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge (replica alla relazione 16). Non a caso nel progetto di legge sul contratto di impiego privato modificato secondo i voti del consiglio superiore non compare la definizione di impiegato.

³ M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2^a ed., Milano, 1915

A questo proposito per completezza va sottolineato che la monografia di Barassi sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano del 1901 (I ed.)⁵ è risultata vincente rispetto agli apporti dei suoi predecessori perché ha utilizzato categorie esistenti nel sistema del codice come la *locatio operarum* e la *locatio operis* e ha messo in evidenza la grande elasticità e adattabilità di questi istituti, tale da renderli sempre accetti⁶.

Tra i predecessori di Barassi, mi riferisco in particolare a Tartufari⁷, che manifesta la sua contrarietà all'interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore, perché questo a. ben avverte la peculiarità del contratto di lavoro: "*in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il soggetto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali onde (si riscontra) fra locatore e conduttore una personale dipendenza del primo verso il secondo congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello che negli altri contratti è affatto sconosciuta*"⁸.

Ma la lucida e anticipatrice analisi di Tartufari⁹ non risulterà vincente, perché non riesce ad individuare nel sistema principi unitari e conclude la sua denuncia con la richiesta di un intervento legislativo che non sarà approvato nel 1902 ma vedrà la luce solo molti anni dopo e limitato solo agli impiegati.

Come si è detto, in ogni caso, Barassi ha il merito, – o, a seconda dei punti di vista, il demerito – di avere individuato i criteri distintivi tra *locatio operarum* e *locatio operis* nella subordinazione, e

- 17, I, 767. Sul punto v. anche L. MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di Mario Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2003, 20.

⁵ M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

⁶ V. in arg. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Guffrè, Milano, 140 e adesivamente, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 60.

⁷ L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo* (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata), Macerata, Tip. Bianchini, 1893, 39.

⁸ L. TARTUFARI, *op. cit.*, 11.

⁹ V. il particolare apprezzamento di GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 58.

cioè nella direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera, che è sicuramente un criterio elastico con le sue luci e le sue ombre, e nell'assunzione del rischio a carico dell'imprenditore.

D'altra parte bisogna precisare che Barassi è rimasto del tutto estraneo alla redazione del libro V e il nuovo codice civile ha trasformato in archetipo quello che per Barassi era un sottotipo¹⁰.

In realtà come è stato osservato anche da Mengoni, la definizione legale dell'art. 2094 c.c. deriva dalla dottrina di Paolo Greco secondo cui “*il contratto di scambio non indurrebbe in se e per se lo stato di subordinazione ove non si combinasse con l'ingresso o la permanenza, stabile o transitoria, del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*”¹¹.

Come si è appena detto la formulazione dell'art. 2094 c.c. è in una certa misura condizionata dalla concezione corporativa dell'impresa confermata anche nell'art. 2086 c.c. perché, riconosce la dipendenza gerarchica dei lavoratori dall'imprenditore mediata dall'inserimento degli stessi nell'impresa. E per questa ragione l'art. 2094 c.c. finisce per accogliere come dato tipico della fattispecie la subordinazione del lavoratore nell'impresa e non quella elaborata da Barassi.

Ma al di là di questi rilievi sul tipo lavoro subordinato, a proposito del diritto del lavoro bisogna porsi un interrogativo di maggior rilievo, analogo a quello che Ascarelli si poneva per il diritto commerciale¹², come singolare conseguenza dell'unificazione del diritto privato con il codice del 1942, nel campo dell'interpretazione, e cioè se la “civilisation” del rapporto di lavoro da parte della dottrina lavoristica all'ombra del nuovo codice abbia ostacolato o rallentato o fuorviato il processo di attenzione alla multiforme realtà del lavoro dal quale il nostro diritto prende nome e ragione.

A questa domanda si potrebbe rispondere sinteticamente che sul piano dell'interpretazione la “civilisation” del diritto del lavoro

¹⁰ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed. 1915 - 17, I 767. Sul punto v. anche L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 20.

¹¹ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, Torino, Utet, 1939, 60; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Atti del XIII congresso Aidlass Ferrara 11-13 maggio 2000*, Giuffrè, Milano, 2002, 8.

¹² T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 109.

ha rafforzato la convinzione nella maggior parte della dottrina che “per il diritto del lavoro il problema è di correggere la logica tradizionale del contratto non di rifiutarla”¹³.

6. *L'apporto di Carnelutti*

È importante anche ricordare l'apporto di Carnelutti alla regolazione del rapporto di lavoro, secondo il quale non di locazione si tratterebbe ma addirittura di vendita. Ma a parte la qualificazione del contratto è importante richiamare il metodo dell'indagine che non può essere un'esercitazione di logica astratta, “*ma deve tenere conto dei bisogni della vita. E l'espressione genuina di questi bisogni è data dalle reciproche aspirazioni degli interessati. Di fronte a questi fenomeni il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista (diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita*”¹⁴.

Senza enfasi si può ribadire che questo può considerarsi il manifesto metodologico cui si ispira Carnelutti, in questo periodo e cioè, da un lato, il riferimento ai principi di diritto e, dall'altro, la constatazione che i principi di diritto che vanno maturando presuppongono e traggono vita dalla realtà e non da formule astratte scollegate dalla realtà dei fatti¹⁵.

Come ricorda Ascarelli¹⁶, “*la rivista di diritto commerciale era il punto di incontro di romanisti, civilisti, e commercialisti in uno sforzo comune di effettivo rinnovamento del nostro diritto delle obbligazioni. E l'aspirazione all'unificazione del diritto privato non era disgiunta dal desiderio di acquistare una maggiore consapevolezza dello svolgimento del nostro diritto commerciale e di ritrovare nell'intimità della storia il sistema del diritto vigente*”.

Come si è detto il nostro a. apprese anche il metodo di quella ri-

¹³ L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 6.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Un surrogato*, cit., 283.

¹⁵ Come vedremo successivamente il suo metodo sarà di sostanziale adesione alla impostazione corporativa del contratto collettivo.

¹⁶ T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1959, 987.

vista che poi, come vedremo in seguito, rivendicherà orgogliosamente verso la fine della sua vita.

E per comprendere ancora meglio il metodo cui si ispira Carnelutti, mi sembra opportuno ricordare quanto scrive Vivante nella parte finale della sua mirabile prolusione romana, vera e propria requisitoria contro il Codice di commercio, in occasione della sua chiamata a Roma, rivolta agli studenti¹⁷: *“In questa solenne occasione ho preferito far la critica del codice e vi ho svelato gli arcaismi del suo sistema... Ma serbiamo la critica per i giorni solenni. Il compito nostro sarà più modesto perché io devo esporvi il diritto vigente... Imparando sul serio il sistema del diritto vigente riuscirete a formarvi delle convinzioni giuridiche, una virtù che manca in genere agli avvocati e talvolta anche ai magistrati del nostro paese... E quando vi sarete creati con lo studio un sistema di convinzioni giuridiche troverete un valido presidio alla vostra morale professionale... Nei tecnicismi c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese”*.

È questo il metodo cui Carnelutti si ispira nei suoi primi studi che egli stesso denomina “di battaglia”.

Ma è bene rileggere quello che scrive l'a. *“La verità dell'affermazione di Alberto Lotmar che il contratto di lavoro abbia oggi almeno tanta importanza quanto la vendita, trova facile conferma nella lettura di qualunque repertorio di giurisprudenza o di legislazione. Questa massa informe di materiali giuridici nuovi bisogna elaborare; su questa nuova plaga di terreno ancora vergine bisogna che il giurista passi l'aratro e il sarchio. Tutte le leggi stravaganti, tutte le norme costituite o che stanno per costituirsi debbono essere coordinate fra loro, ricondotte ai principi, ricollegate ai presupposti; tutti i fenomeni giuridici venuti fuori in questo campo richiedono analisi e classificazione. Anche a tenere conto soltanto delle leggi ormai formate in Italia, non si può dire affatto che il rapporto di lavoro sia specialmente regolato da un solo articolo del codice civile, e per il resto non trovi disciplina fuori dai principi generali: la legge sui probiviri, la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge sulla risicoltura, la legge sul riposo festivo, la legge sul lavoro notturno nei panifici, la legge sugli infortuni, i vari regolamenti per la prevenzione di questi, la legge sulle casse di*

¹⁷ In *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, 23, 24.

*maternità, il codice di commercio medesimo integrano il regolamento di quel rapporto disciplinando variamente la forma del contratto, la capacità dei soggetti, i requisiti dell'oggetto, il contenuto delle obbligazioni reciproche, il modo e il tempo e il luogo della prestazione di lavoro, le modalità della prestazione della mercede, la estinzione del rapporto e le conseguenze particolari di questa... Presto, dalla legge sul contratto di impiego altre norme saranno costituite, altre lacune saranno colmate*¹⁸.

E ancora: *“Uno studio sistematico, su queste basi, del diritto del lavoro non risponde soltanto ad un'ideale estetico di sintesi e di armonia, giova alla migliore interpretazione delle norme speciali e al migliore svolgimento dei germi in queste contenuti per la formazione compiuta e moderna del diritto privato*”¹⁹.

“Vale la pena dunque di uno studio sistematico di queste norme singolari”²⁰.

7. La modernità dell'art. 2087 c.c.

Una norma di grande modernità è l'art. 2087 c.c. che stabilisce la responsabilità dell'imprenditore per la tutela dell'integrità psicoso-

¹⁸ F. CARNELUTTI, *ibidem*.

¹⁹ F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, XIII: *“Ciò che nocque, più di ogni altra cosa, al progresso di questa interpretazione, fu l'isolamento dell'istituto dal complesso organismo del diritto privato. Gli errori spesso grossolani, spesso disastrosi che io mi sono studiato di combattere sul concetto di operaio, di imprenditore, di apprendista, sulla revisione dell'inabilità, sulla funzione dei libri paga, sulla responsabilità dell'imprenditore che non ha assicurato, sulla prescrizione dell'azione contro di lui e tanti altri possono essere facilmente evitati con la semplice coordinazione della responsabilità per l'infortunio professionale ai principi del contratto di lavoro o a quelli del contratto di assicurazione”*.

D'altra parte Carnelutti mette in evidenza (*ult. op. cit.*, XIV) come la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: *bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi... frughi con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali per trovarvi i germi pieni di vigore. Sotto questo aspetto il diritto commerciale ha fornito e fornirà alla teoria del diritto privato generale elementi preziosi. E così io penso che giovi, sotto identico profilo la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti del diritto del lavoro.*

²⁰ F. CARNELUTTI, *ult. op. cit.*, XV: *“La legge degli infortuni vi è quasi tutta percorsa nelle sue vie maestre e nei suoi aspri sentieri: la teoria dei soggetti, attivo e passivo (operaio e imprenditore) la teoria del presupposto della responsabilità (lesione per causa vio-*

sica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, personalità morale che nel linguaggio attuale altro non è che la dignità dei prestatori di lavoro tutelate non solo da fondamentali norme costituzionali come l'art. 2, 3, 4, 32 Cost., da 35 a 40 Cost. ma da tutte le norme del titolo I dello Statuto dei lavoratori.

Si tratta ovviamente di una responsabilità contrattuale e non oggettiva e ciò significa che in caso di inadempimento dell'imprenditore dell'obbligo di sicurezza il prestatore può sollevare eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Ma va richiamata un'altra caratteristica della norma che è aperta all'evoluzione della sicurezza nel tempo perché l'imprenditore deve adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica risultino necessarie. E non a caso su questa norma si è formata la giurisprudenza sul danno biologico, morale ed esistenziale, anche se quella più recente ha superato la tripartizione affermando la tipicità del danno non patrimoniale. Su questa norma si fonda pure la giurisprudenza sul *mobbing*.

8. *La parità delle parti del rapporto di lavoro nella sistematica del codice civile*

Come si evince dal § 2 della sezione III del titolo II del libero V il codice considera, secondo la concezione tipicamente liberale, le parti del rapporto di lavoro in una condizione di parità formale senza prendere minimamente in considerazione la posizione di sostanziale disparità nella fase precontrattuale riassunta nel famoso brocardo *tamen coactus volui*.

Così i tipici poteri dell'imprenditore come quello direttivo, disciplinare, di controllo, lo *jus variandi* sono riconosciuti senza limiti all'imprenditore ad eccezione della proporzionalità tra infrazione e sanzione nel potere disciplinare.

E anche il potere di recesso è riconosciuto ad entrambe le parti, con il solo obbligo del preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c. e della giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. che è quel fatto o atto anche non inerente allo svolgimento della prestazione o all'esercizio del-

lenta in occasione del lavoro) la teoria dell'oggetto della responsabilità (misura dell'indennità) la teoria della successione nel diritto all'indennizzo (diritto dei superstiti) la teoria dell'attuazione della responsabilità (assicurazione)".

l'impresa che fa venir meno la fiducia fra le parti e non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto.

Anche secondo la legge n. 604 del 1966 che pure ha tipizzato il giustificato motivo soggettivo e oggettivo del licenziamento (art. 3), il licenziamento privo di giustificato motivo e di giusta causa era valido e cioè idoneo a estinguere il rapporto ma illecito perché obbligava l'imprenditore a risarcire il danno o a ricostituire il rapporto (art. 8).

9. *I poteri dell'imprenditore già previsti dal codice civile limitati dallo Statuto dei Lavoratori*

Solo dallo Statuto dei lavoratori (l. n. 3000 del 1970) che accoglie come il codice civile il modello dell'impresa fordista, i poteri del datore di lavoro sono sensibilmente limitati.

Basta pensare al potere di controllo del patrimonio aziendale che viene demandato alle guardie giurate (art. 2) e alle visite personali di controllo alle condizioni previste dalla legge; al controllo dello svolgimento della prestazione lavorativa attraverso il personale di vigilanza (art. 3) al controllo delle assenze per malattia dei dipendenti affidato ai medici dei servizi ispettivi e non più al medico di fabbrica (art. 5).

L'art. 4 vieta il controllo del personale attraverso strumenti di controllo a distanza. Come è noto l'installazione di impianti audiovisivi che hanno il solo scopo di controllare a distanza il lavoratore è vietata e comunque per installare tali impianti è necessario il previo accordo collettivo con le r.s.a. oggi le r.s.u., e, ove non si raggiunga tale accordo, è necessaria l'autorizzazione della sede territoriale dell'INL.

Va detto che questo regime è stato derogato perché oggi il controllo da parte dell'imprenditore sugli strumenti di lavoro come il cell, il tablet lo smartphone in uso dal lavoratore è consentito senza l'autorizzazione preventiva del sindacato e quindi il controllo, come per esempio la geolocalizzazione del lavoratore, può diventare molto penetrante.

Anche *lo jus variandi* regolato dall'art. 2103 c.c. è stato modificato dall'art. 13 dello Statuto. In primo luogo perché l'oggetto della tutela è la professionalità acquisita dal lavoratore e quindi lo svolgimento di mansioni superiori da diritto al lavoratore alla cd. promo-

zione automatica quando siano decorsi tre mesi dall'attribuzione delle mansioni. Era consentita l'adibizione a mansioni equivalenti da intendersi come mansioni di contenuto professionale equivalente.

Infine era sanzionata addirittura con la nullità l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori. Ogni patto contrario è nullo. La norma è stata modificata nel 2015, ma non ho difficoltà ad affermare che anche allora era una norma troppo rigida perché, se non era possibile adibire il lavoratore a mansioni equivalenti, l'alternativa era il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro.

Parimenti l'art. 2106 c.c. sulle sanzioni disciplinari che si limitava a sancire la proporzionalità tra infrazione e sanzione è stato integrato dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori che ha introdotto opportunamente il cd. codice disciplinare nel senso che l'imprenditore non può irrogare una sanzione se non è prevista la relativa infrazione e neppure se non è osservato il principio del contraddittorio tra datore di lavoro e lavoratore che deve essere sentito a sua discolpa. Tant'è che la sanzione rimane sospesa. E non possono essere irrogate sanzioni che comportano mutamenti definitivi del rapporto diversamente dal licenziamento che può essere irrogato perché non modifica il rapporto ma lo estingue con l'avvertenza che in questo caso devono essere osservate la procedura e le misure stabilite dall'art. 7.

Ma come è noto l'art. 18 dello statuto prevedendo la reintegrazione come sanzione unica contro il licenziamento ingiustificato determina la invalidità del licenziamento e quindi la sostanziale continuità del rapporto di lavoro. Questa norma sposta il baricentro della tutela perché privilegia l'interesse del prestatore di lavoro subordinato alla continuità e alla stabilità del rapporto rispetto a quello dell'imprenditore alla temporaneità dei vincoli contrattuali. Si tratta di un cambiamento radicale nella tutela del lavoro subordinato anche se va chiarito che la reintegrazione deve essere intesa in senso giuridico e non come esecuzione in forma specifica dell'obbligo di reintegrare il lavoratore in azienda.

E tuttavia anche la sanzione della reintegrazione in senso giuridico offre al lavoratore una forte maniglia nell'ipotesi non infrequente in cui si arrivi ad una transazione in caso di cessazione del rapporto.

Si noti infine che l'art. 2118 c.c. non è stato abrogato ma il suo ambito di applicazione è stato notevolmente ridimensionato perché

si applica: ai dirigenti, al lavoro domestico, ai familiari, agli atleti professionisti, agli ultrasessantenni che hanno maturato il diritto a pensione e anche agli apprendisti solo al completamento del loro periodo formativo.

Per i dirigenti di aziende industriali è previsto un regime di stabilità convenzionale che rende più oneroso il licenziamento. E la stessa nozione di giustificatazza è più ampia di quella legale perché comprende qualunque motivo che turbi la fiducia tra le parti.

10. *L'art. 2113 c.c.*

Non possono essere omesse nella trattazione, norme sul rapporto di lavoro come l'art. 2113 c.c. che sancisce l'indisponibilità relativa e non assoluta dei diritti derivanti da norme inderogabili. Questa disposizione stabilisce che gli atti di disposizione di diritti relativamente indisponibili sono invalidi e più precisamente annullabili se effettuati in costanza di rapporto perché possono essere impugnati nel termine di decadenza di 6 mesi dalla cessazione del rapporto. Il fatto che il lavoratore possa impugnare l'atto di disposizione anche dopo la cessazione del rapporto indica che il legislatore prende atto della posizione di debolezza del lavoratore il quale potrebbe essere indotto a non impugnare in costanza di rapporto per evitare possibili ritorsioni del datore di lavoro. Ciò significa che oggetto della rinuncia e della transazione sono diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e non ovviamente diritti futuri, ossia diritti ancora non acquisiti. E tuttavia a seguito di una modifica normativa le rinunce e le transazioni possono essere effettuate perché come dispone l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. le disposizioni di questa norma non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410, 411 c.p.c. e in sede di certificazione.

11. *L'art. 2112 nella sua formulazione originaria*

Va segnalato anche l'art. 2112 c.c. che sancisce la continuità del rapporto di lavoro presso il cessionario in caso di trasferimento di azienda. Ovviamente la norma a fronte del vantaggio riconosciuto al lavoratore la cui anzianità non viene interrotta dal trasferimento di azienda, non gli consente di prestare il consenso come avviene in

caso di cessione del contratto come prevede l'art. 1406 c.c. Parimenti il trasferimento in quanto tale non può essere considerato giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Va detto che l'art. 2112 c.c. è stato oggetto di successive modifiche, tra le quali spicca il trasferimento di parte dell'azienda e accanto alla cessione per contratto anche la fusione.

12. *La legge n. 1369 del 1960 sull'appalto di mano d'opera e la legge n. 230 del 1962 sul contratto a termine*

Va segnalato che negli anni 60 nell'ordinamento italiano sono intervenute due leggi significative la n. 1369 del 1960 che vietava l'appalto di mano d'opera e la n. 230 del 1962 sul contratto a tempo determinato.

La prima legge, come è noto, vietava la dissociazione tra il soggetto che utilizza effettivamente il lavoro altrui e il soggetto che formalmente assume e retribuisce il lavoratore.

La *ratio* di questo divieto derivava dal fatto che l'imputazione del rapporto al datore di lavoro interposto avrebbe consentito al datore di lavoro interponente di sottrarsi alle sue responsabilità. Va detto che già l'art. 2127 c.c. vietava l'interposizione nel lavoro a cottimo.

Come è noto questo sistema di tutela è stato progressivamente smantellato prima dalla legge n. 196 del 1997 che regolava il cosiddetto lavoro interinale, e cioè consentiva alle imprese in presenza di causali giustificative di natura rigorosamente temporanea di provvedere al fabbisogno di lavoratori, senza assumerli direttamente, avvalendosi di vere e proprie agenzie di fornitura professionale di mano d'opera debitamente autorizzate e poi con il d.lgs n. 276 del 2003 che ha ulteriormente allentato il divieto con la somministrazione di mano d'opera che è esercitata esclusivamente da agenzie autorizzate ed è caratterizzata da un rapporto triangolare fondato su due contratti. 1) il contratto di somministrazione tra agenzia e utilizzatore che è di natura squisitamente commerciale e 2) il contratto di lavoro subordinato tra agenzia e lavoratore.

Questa forma contrattuale assicura all'imprenditore notevoli vantaggi a fronte ovviamente di un maggior costo: infatti al costo della retribuzione del lavoratore si aggiunge il costo dell'agenzia di

somministrazione che non lavora certo gratuitamente. In particolare: 1) la possibilità per l'utilizzatore di avvalersi di una prestazione senza dovere assumere il lavoratore e computarlo nell'organico; 2) l'azzerramento del rischio di assenze e pertanto della discontinuità della prestazione lavorativa perché in caso di impossibilità del lavoratore l'agenzia invia un sostituto; 3) la possibilità per l'impresa di sperimentare anche per più di sei mesi (durata massima del periodo di prova) al fine di valutare l'opportunità di assumerlo in un secondo momento.

Per contro il lavoratore è pur sempre temporaneo con le conseguenze che la temporaneità del rapporto comporta.

E a questo proposito va ricordato che il contratto a tempo determinato era regolato da una disciplina rigorosamente antifraudolenta (l. n. 230 del 1963) perché consentiva ipotesi di apposizione del termine tassative, eccezionali e temporanee, al di fuori delle quali il contratto si reputava a tempo indeterminato. E si noti che fino al 1966 il datore di lavoro non aveva particolare convenienza ad utilizzare questo tipo di rapporto perché comunque poteva recedere liberamente dal contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2118 c.c. Solo dopo il 1970 con la introduzione della reintegrazione gli imprenditori hanno sentito il bisogno, in considerazione del fatto che la flessibilità in uscita era drasticamente limitata, di avere una flessibilità in entrata e di qui la nascita di numerosi contratti temporanei. Le vicende legislative successive al 1970 sul contratto a tempo determinato testimoniano un progressivo allargamento della disciplina restrittiva, come si desume prima dall'art. 23 della legge n. 56 del 1987 che abilitava i contratti collettivi a prevedere ulteriori ipotesi di apposizione del termine rispetto a quelle legali, e poi dal d.lgs. n. 368 del 2001, attuativo della direttiva 99/70/CE, che ha segnato il passaggio dalle ipotesi tassative all'individuazione di una fattispecie generale, cosiddetto causalone che consentiva l'apposizione del termine a fronte di ragioni tecniche, produttive organizzative o sostitutive. La riforma si prefissava l'obiettivo di ampliare il ricorso al contratto a termine, ma buona parte della giurisprudenza ha interpretato la legge in senso restrittivo e ha sostenuto che la ragione tecnica organizzativa e produttiva dovesse essere contraddistinta, se non dal requisito della eccezionalità o straordinarietà, almeno dal requisito della temporaneità.

Il diffuso contenzioso generato da questo requisito e la perdurante crisi occupazionale hanno indotto il legislatore nel 2014 con il d.l. n. 34 a liberalizzare completamente il ricorso al contratto a termine con l'abolizione delle ragioni giustificatrici e l'apposizione di una durata massima di tre anni.

È noto che il legislatore nel 2018 con il dichiarato intento di contrastare fenomeni di crescente precarizzazione del rapporto di lavoro ha di nuovo irrigidito la disciplina del contratto a tempo determinato perché ha ridotto il termine di durata del contratto senza causali a dodici mesi mentre ha reintrodotto il regime delle causali per un rapporto con durata superiore a dodici mesi, e ha stabilito la riduzione della durata massima da 36 a 24 mesi.

Va precisato però che da un lato la formulazione delle condizioni previste per prolungare di dodici mesi la durata del contratto non sono di facile applicazione e sono troppo restrittive come per esempio le esigenze temporanee ed oggettive estranee all'ordinaria attività e d'altro lato, l'acausalità del primo contratto per i primi dodici mesi induce il più delle volte i datori di lavoro ad optare per il turn over dei lavoratori entro l'anno dalla loro assunzione per non incorrere successivamente nell'insidioso vincolo delle causali. In questi termini la riforma finirebbe per aumentare anziché attenuare lo stato di precarietà del lavoratore.

E infine da ultimo è stata valorizzata di nuovo l'autonomia collettiva quando l'art. 4 del d.l. n. 73/2021 (conv. l. n. 106 del 2021) ha affiancato alle condizioni di origine legale anche le specifiche esigenze individuate dai contratti collettivi.

13. *Il contratto d'opera come contratto ad esecuzione istantanea o prolungata, diversamente da altri contratti di lavoro autonomo come il contratto di agenzia e il mandato a tempo e dal contratto di lavoro subordinato come contratti di durata*

All'articolo 2094 c.c., come è noto, si giustappone l'articolo 2222 c.c., che ovviamente prende in considerazione la figura, non tanto del lavoro autonomo menzionato dal titolo terzo del libro V del codice civile, quanto del contratto d'opera.

Il contratto d'opera è una forma di lavoro autonomo, ma non è certamente l'unica fattispecie. Basti pensare al contratto di agenzia, al contratto di mandato, che sono anch'esse forme di lavoro autonomo.

La differenza tra il contratto d'opera e il contratto di agenzia sta nel fatto che il contratto d'opera, è un contratto ad esecuzione istantanea, o al massimo prolungata. Mentre, il contratto di agenzia, come il mandato a tempo, come il contratto di lavoro subordinato, è un contratto di durata nel senso che entrambi soddisfano un interesse durevole della controparte²¹.

Ma se il contratto di agenzia è come il contratto di lavoro subordinato, di durata, questi due contratti si distinguono perché il preponente non esercita un potere direttivo nei confronti dell'agente. Nel contratto di agenzia l'agente esegue la prestazione secondo le istruzioni del preponente, ma questo non significa che l'agente sia a disposizione del preponente come, invece, è il lavoratore subordinato nei confronti del datore di lavoro, che nei suoi confronti esercita il potere direttivo. È bene segnalare già da ora la profonda differenza tra le istruzioni del preponente e le direttive del datore di lavoro. Anche nel contratto d'opera il committente indica nel contratto, e non durante lo svolgimento del rapporto, il risultato che vuole sia realizzato dal prestatore d'opera che, diversamente dal lavoratore subordinato, non è a disposizione del committente. La seconda differenza che esiste tra il contratto di lavoro subordinato e il contratto d'opera è che il primo è un contratto di durata, come il contratto di agenzia, mentre il contratto d'opera è ad esecuzione istantanea o prolungata. E questo significa che, l'interesse, del cliente-committente, è soddisfatto in un unico momento.

Non c'è la soddisfazione di un interesse durevole, ma soltanto la soddisfazione dell'interesse del committente nel momento in cui l'*opus* o, il servizio, è compiuto. E quindi viene consegnato al committente.

Quanto al contratto d'opera intellettuale bisogna dire che può essere a esecuzione istantanea quando ha per oggetto lo svolgimento di un servizio, ma anche di durata quando ha per oggetto un'attività di consulenza o una serie collegata di servizi (contatto c.d. di clientela). In questo caso la durata è determinata dal nesso tra i diversi *opera*²².

²¹ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *RDCComm*, 1943, n. 5-6, 143 ss.; G. OPPO, *I contratti di durata*, in *RDCComm*, 1944, I, 18 ss.

²² G. OPPO, *Ibidem*.

Con queste prime notazioni ho voluto mettere in evidenza i tratti essenziali delle due fattispecie che rimangono ferme nonostante l'introduzione in questi anni di diversi tipi contrattuali.

14. *Le collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c.*

Come è noto dopo il 1970 è iniziato un processo di moltiplicazione dei rapporti di lavoro in entrata anche come contrappeso alla reintegrazione che aveva ovviamente limitato il potere di recesso del datore di lavoro. Basta pensare alla riforma del processo del lavoro del 1973 che ha modificato l'art. 409 del c.p.c. E, al n. 3 ha introdotto, come fattispecie processuale, *“i rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale e altri rapporti che si concretano in una prestazione d'opera coordinata e continuativa e a carattere prevalentemente personale anche se non subordinato”*.

Questa fattispecie ha determinato un processo che ha presentato luci ed ombre perché, da un lato, ha creato una forma di lavoro autonomo continuativo che ha per oggetto il lavoro in sé e che il codice civile non conosceva e, dall'altro, ha incentivato forme di falso lavoro autonomo perché questo tipo di rapporto continuativo arreca al committente un'utilità molto simile a quella del lavoro subordinato. In altri termini il lavoro autonomo continuativo soddisfaceva un interesse durevole del committente, non un interesse istantaneo come nel contratto d'opera.

Questa, naturalmente, è una novità dirompente perché, da fattispecie processuale, le collaborazioni continuative e coordinate, sono diventate un contratto atipico, perciò, non regolato come tipo legale. E, la non applicazione a questi rapporti di una serie di normative del lavoro subordinato (come la normativa sui licenziamenti, come la contribuzione e la riforma previdenziale aveva previsto, inizialmente, una contribuzione del 10% rispetto alla contribuzione del 33% per il lavoro subordinato), ha favorito la moltiplicazione di queste collaborazioni per un solo motivo: perché costavano molto meno al committente, ma come si è detto, assicuravano allo stesso un'utilità molto simile a quella che garantisce il lavoro subordinato.

E quindi, spesso e volentieri queste collaborazioni continuative e coordinate diventavano forme fraudolente di lavoro autonomo per evitare i costi del lavoro subordinato.

15. *Il potere unilaterale di coordinamento del committente: una costruzione della dottrina normata dalla disciplina del lavoro a progetto*

Non solo, ma nel 1997, in un articolo sicuramente importante²³, scritto da Persiani, De Luca Tamajo e Flammia, fu costruita con notevole abilità e anche con molta fantasia la tesi del potere unilaterale di coordinamento del committente, il cui oggetto non è agevole individuare dal momento che esso si esercita come il potere direttivo durante lo svolgimento del rapporto. E non ho difficoltà ad affermare che il potere di coordinamento inventato dalla dottrina può considerarsi una delle cause che ha favorito il moltiplicarsi delle forme di falso lavoro autonomo.

È vero che il d.lgs. n. 276 del 2003 ha normato il potere di coordinamento come potere unilaterale del committente fino al d.lgs n. 81 del 2015 che ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto lasciando in vita le collaborazioni continuative e coordinate di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c. E poi, come è noto, l'art. 15 della legge n. 81 del 2017 ha chiarito finalmente che non è configurabile un potere unilaterale di coordinamento nelle collaborazioni continuative e coordinate, ma entrambe le parti, come in ogni contratto, dettano le condizioni di svolgimento della collaborazione e il collaboratore ha, nell'ambito delle condizioni pattuite tra le parti, il potere di organizzare la propria prestazione.

Si deve anche aggiungere che la disciplina del lavoro a progetto, ormai abrogata non aveva raggiunto l'obiettivo proposto, e cioè eliminare le collaborazioni continuative e coordinate false perché non aveva definito cosa fosse il progetto, il programma e la fase, sicché anche un mansionario poteva considerarsi un progetto.

Tanto è vero che la legge n. 92 del 2012, ha tentato di evitare l'abuso incontrollato del progetto, ma non ha chiarito cosa dovesse intendersi per progetto. È quindi fu un tentativo che non ha avuto

²³ Per una definizione del potere di coordinamento del committente e per la individuazione del *tertium genus* poi accolto dal d.lgs. n. 276 del 2003 v. R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della subordinazione e della sua idoneità selettiva nei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, in *QDLRI*, 1998, n. 21 331 ss.; critico verso questa ricostruzione, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *ADL*, 1999, I, 273 ss. e in part. 291-292.

l'effetto sperato perché queste collaborazioni sono continuate spesso in modo fraudolento fino all'abrogazione della relativa disciplina. Una volta abrogata la disciplina del lavoro a progetto a tali collaborazioni, ormai risulta applicata una disciplina assai scarna certamente meno favorevole di quella del lavoro a progetto con il risultato che le collaborazioni continuative e coordinate genuine ricevono attualmente una tutela assai modesta.

16. *Le collaborazioni organizzate dal committente previste dall'art. 2 comma 1 del d.lgs n. 81 del 2015: norma antifraudolenta o identificativa di una nuova fattispecie?*

Nel 2015 l'art. 2 d.lgs. n. 81 ha previsto le cd. collaborazioni organizzate dal committente e ad esse ha applicato integralmente la disciplina del lavoro subordinato e non ha usato la formula dell'art. 2239 c.c. che applica la disciplina del lavoro subordinato ai rapporti non inerenti all'esercizio dell'impresa solo in quanto compatibile.

A mio avviso questa norma almeno nella sua formulazione originaria aveva una funzione antifraudolenta. E, infatti, fino alla sentenza della Corte di Appello di Torino²⁴ sfido chiunque a trovare un contratto nel quale fosse scritto "la prestazione di lavoro è organizzata dal committente". Nessuno avrebbe mai scritto una formula del genere. Perché, chiaramente, sarebbe stata applicata la disciplina del lavoro subordinato.

Invece, secondo la Corte di Appello di Torino la norma sovramenzionata individuerebbe una fattispecie intermedia tra lavoro subordinato e autonomo contraddistinta dal potere organizzativo del committente. E a questa fattispecie il giudice potrebbe applicare solo parzialmente la disciplina del lavoro subordinato.

Anche dottrine autorevoli sostengono che l'art. 2 comma 1 avrebbe individuato uno spazio normativo per la etero-organizzazione²⁵, che sarebbe costitutiva di una nuova fattispecie tra lavoro subordinato e le collaborazioni continuative e coordinate²⁶, e di una disciplina che dovrebbe essere individuata dal giudice.

²⁴ Corte di Appello Torino, sez. lav., del 4 febbraio 2019, n. 26.

²⁵ Si legga sul punto T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, n. 146, 155 ss.

²⁶ V. in questo senso A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, 2021, in part. 129 ss. e 195 ss.: IDEM, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal com-*

Secondo le suddette dottrine, le collaborazioni organizzate dal committente ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 darebbero vita ad un *quartum genus*, accanto al lavoro subordinato, a quello autonomo, e alle collaborazioni continuative e coordinate dell'art. 409 n. 3 c.p.c.

E tuttavia va ricordato quanto afferma un'acuta dottrina²⁷, secondo la quale “*tutte le costruzioni che si basano sulla nozione di lavoro eterorganizzato nascono, per così dire, con un vizio di origine. E, dichiarando di prestare fede al dettato normativo, in realtà propongono proprie (legittime e magari condivisibili) visioni di politica del diritto*”. E conclude, con un interrogativo retorico, una “*simile operazione può essere compiuta dall'interprete sulla base dell'esile dato contenuto nell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015?*”.

In realtà l'art. 2 comma 2 consente solo ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e non anche al giudice.

Bisogna, infatti, essere avvertiti che, al di là di ogni argomentazione tecnica, il confronto è tra chi valorizza la etero-organizzazione o se si preferisce il potere organizzativo rispetto al potere direttivo al fine di individuare una disciplina per questo tipo di rapporto parzialmente diversa da quella del lavoro subordinato (ma in concreto meno favorevole: basti pensare alla non applicazione della disciplina del licenziamento), così come era previsto dalla disciplina del lavoro a progetto ora abrogata, e chi invece nega autonoma rilevanza all'etero-organizzazione e ritiene che a questi rapporti continuativi e organizzati dal committente, debba essere applicata, ai sensi dell'art. 2 comma 1 la disciplina del lavoro subordinato, salva, ai sensi dell'art. 2 comma 2, una diversa disciplina dettata dalla contrattazione collettiva.

Da ultimo il d.l. n. 101 del 2019 ha modificato l'art. 2 comma 1 e ha sostituito “esclusivamente” con “prevalentemente”, ha elimi-

mittente, Note al d.lgs. n. 81/2015, in RIDL, 2019, n. 4, III e di recente anche A. MARESCA, Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate, in RIDL, 2020, n. 1, I; ID., La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, in DRI, 2020, 146 ss.; precedentemente, prima della modifica dell'art. 2 comma 1 operata dal d.l. 101/2019, R. PESSI, Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'antona.IT, 2015, n. 282, 15.

²⁷ M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in DRI, 2020, n. 1.

nato l'inciso "anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro" e ha aggiunto una seconda parte al primo comma "le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

17. *La Corte di Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663 e il successivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015 anche ai lavoratori autonomi deboli*

Queste modifiche non sono di piccolo conto e certamente ampliano l'ambito di applicazione dell'art. 2 comma 1 sicché dopo queste modificazioni si deve prendere atto che la norma fa riferimento anche a lavoratori sicuramente autonomi deboli e applica anche ad essi la disciplina integrale del lavoro subordinato.

E non a caso la Cassazione in una sentenza del 24 gennaio 2020 n. 1663 che pure prende in considerazione il caso Foodora, regolato dalla normativa anteriore alle modifiche legislative del 2019 appena richiamate, non solo respinge la qualificazione accolta dalla Corte di Appello di Torino come *tertium genus*, ma non esita ad affermare al par. 27 che la disciplina del lavoro subordinato si applica "anche a prestatori ritenuti in condizione di debolezza economica operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea"²⁸.

Se così è, ben si può dire che la Cassazione preferisce utilizzare la categoria della subordinazione socioeconomica anziché quella della eteroorganizzazione²⁹.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, introdotto

²⁸ V. la recentissima Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. Secondo la quale con riferimento alle modifiche introdotte dal d.l. n. 101 del 2019 l'intento protettivo appare confermato dalla recente novella, la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza, per l'applicabilità della norma, di prestazioni prevalentemente e non più esclusivamente personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento dell'etero-organizzazione, eliminando le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", così dimostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione (par. 27 della sentenza).

²⁹ Infatti, come afferma uno dei più autorevoli sostenitori della subordinazione socioeconomica R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del*

dalla legge n. 92/2012) con la norma che prevedeva una presunzione relativa di collaborazione continuativa e coordinata per le prestazioni c.d. “a partita iva” rese da soggetti titolari di un reddito basso, al ricorrere di almeno due presupposti tra

- a) durata superiore alla soglia minima prestabilita;
- b) committenza prevalente (sostanzialmente monocommittenza);
- c) presenza di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente³⁰.

Tale nozione, però, riferita sul piano formale a rapporti di lavoro autonomo, finiva indirettamente per costituire, sul piano sostanziale, il presupposto per l'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato. La stessa legge, infatti, in modo assolutamente non lineare e probabilmente contraddittorio, stabiliva una ulteriore presunzione,

2000, in *ADL*, 1999, n. 2, 299 la relativa indeterminatezza e l'ampia apertura della definizione proposta del lavoro subordinato, e cioè il dovere dipendere da altri per lavorare, rendono possibile e sollecitano anzi, la comprensione nel suo ambito di modelli diversi di rapporti di lavoro e di prestazioni, eventualmente caratterizzate da rilevanti differenze di trattamento.

Del resto, sia pure in un'altra prospettiva e con riferimento al lavoro esclusivamente personale la Corte costituzionale, con la famosa sentenza n. 30/1996, relatore Luigi Mengoni, aveva identificato la subordinazione nella cd. doppia alienità, intesa come destinazione esclusiva ad altri del risultato per il cui conseguimento la prestazione è utilizzata e come alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce, sicuramente più ampia di quella ricavabile dall'art. 2094 c.c.

³⁰ Ai sensi dell'art. 69-bis, comma 1, le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto sono considerate, salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, qualora ricorrano almeno due dei seguenti presupposti:

- a) che la collaborazione con il medesimo committente abbia una durata complessiva superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi;
- b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi;
- c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente.

Ai sensi del comma 2, inoltre, “La presunzione di cui al comma 1 non opera qualora la prestazione lavorativa presenti i seguenti requisiti:

- a) sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività;
- b) sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali”.

stavolta assoluta, di subordinazione per le collaborazioni senza progetto (art. 69, comma 1): tale qualificazione legale operava espressamente anche per le co.co.co. presunte tali ai sensi dell'art. 69 bis³¹! Di conseguenza, il rapporto a partita iva in presenza degli indici di dipendenza economica previsti dal legislatore si presumeva di co.co.co. ma, poiché nasceva inevitabilmente senza progetto, in virtù della doppia presunzione finiva per essere considerato lavoro subordinato.

Ma come è noto, questa norma ha avuto una modesta applicazione perché le fattispecie concrete non presentano sempre congiuntamente i tre requisiti. E, in generale, il ricorso ad indicatori come la dipendenza economica in altri ordinamenti, come in quello spagnolo, non ha raggiunto risultati soddisfacenti³². Secondo un autore³³, se fosse stata in vigore una norma del genere avrebbe potuto essere applicata ai pony express di trenta anni fa e ora ai rapporti di lavoro dei cicofattorini, comunemente denominati riders³⁴.

Bisogna precisare che tra i lavoratori autonomi deboli ai quali si applica la disciplina del lavoro subordinato in ragione delle modifiche apportate dal d.l. n. 101 del 2019 non rientrano sicuramente i piccoli imprenditori, come si ricava dalla disciplina del lavoro autonomo non imprenditoriale del 2017, che, infatti, non si applica espressamente ai piccoli imprenditori.

18. *Il lavoro coordinato come lavoro autonomo continuativo contrattualmente debole o economicamente dipendente*

A mio avviso, pertanto, se veramente si vuole individuare una disciplina che non incentivi il falso lavoro autonomo è necessario abbandonare criteri formali come il potere di coordinamento e ancor più il potere organizzativo del datore di lavoro che difficilmente, al-

³¹ Cfr. l'art. 69-bis, comma 4, ai sensi del quale "la presunzione di cui al comma 1", (presunzione relativa di co.co.co) "determina l'integrale applicazione della disciplina di cui al presente capo, ivi compresa la disposizione dell'articolo 69, comma 1" (presunzione assoluta di subordinazione per le co.co.co. senza progetto).

³² Sull'esperienza spagnola del Trade (*Trabajo autonomo dependiente económicamente*) e per un tentativo di individuazione di indici di dipendenza o debolezza economica si v. G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in RIDL, 2013, 103 ss.

³³ P. ICHINO, *Subordinazione autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy*, nota in RIDL, 2018, II, 294.

³⁴ Trib. Torino, 7 maggio 2018, in RIDL, 2018, II, 283.

meno nel concreto svolgimento del rapporto di lavoro, si distinguono dal potere direttivo.

Ma bisogna invece avere riguardo a criteri come la debolezza contrattuale o la dipendenza economica del collaboratore.

È contrattualmente debole il collaboratore che non può modificare la proposta contrattuale della controparte. Può considerarsi economicamente dipendente il collaboratore che riceve il 60% o il 70% del lavoro da un solo committente.

È ovvio però che il lavoratore contraente debole o economicamente dipendente è un lavoratore autonomo funzionalmente collegato al committente come il piccolo agente al preponente ma non è soggetto alle direttive del datore di lavoro e neppure ad un preteso potere di coordinamento o organizzativo del datore di lavoro.

Pertanto si può ritenere che la dipendenza economica o la debolezza contrattuale sono criteri che possono giustificare l'applicazione ai suddetti rapporti di una disciplina parzialmente diversa da quella del lavoro subordinato perché diversamente dal cd. potere di coordinamento e dal potere organizzativo del datore di lavoro non incentivano forme di falso lavoro autonomo.

Anche se bisogna ribadire che la nozione di dipendenza economica, normata negli ordinamenti di altri paesi come la Spagna, a giudizio degli stessi Spagnoli, non ha dato grandi risultati, e non ha risolto il problema.

In ogni caso l'individuazione del lavoro autonomo continuativo contrattualmente debole o economicamente dipendente non compete all'interprete, ma al legislatore, che per evitare la proliferazione delle forme di falso lavoro autonomo dovrebbe sostituire al criterio della coordinazione quello della debolezza contrattuale o della dipendenza economica. L'esigenza di un intervento normativo siffatto sarebbe in linea con le diverse discipline intervenute in questi anni e dirette a flessibilizzare la disciplina del lavoro subordinato in entrata.

19. *Individuazione di una disciplina apposita*

Come si è detto al § 12 basta ricordare l'evoluzione della disciplina del contratto a tempo determinato, o alla legge n. 1369 del 1960 sul divieto di appalto di mano d'opera, modificata nel 1997 che ha invece ammesso il lavoro interinale.

E ancora il lavoro a tempo parziale, il lavoro intermittente, il lavoro occasionale, il lavoro pubblico, il lavoro dei megadirigenti e l'apprendistato nelle varie forme. Come si può constatare il legislatore ha creato una diversità di rapporti con discipline in parte diverse da quella del contratto a tempo indeterminato per la presenza di un requisito del rapporto o della prestazione, e per questa ragione si è parlato di subordinazioni, che hanno discipline diverse, tanto che si potrebbe declinare al plurale “*la subordinazione, nelle subordinazioni*”³⁵, come è avvenuto per la proprietà in un’opera celebre “*La proprietà, Le proprietà*” di Salvatore Pugliatti.

Certamente le discipline di questi rapporti contribuiscono a mettere in crisi la fattispecie della subordinazione³⁶ ma soprattutto mettono in evidenza che le due fattispecie: il lavoro subordinato nell’impresa e il contratto d’opera non appaiono più idonee a regolare la variegata realtà del lavoro contraddistinta ormai non più soltanto dall’impresa fordista ma da forme organizzative create dalla nuova civiltà digitale che va dall’intelligenza artificiale e quindi da soggetti che operano autonomamente senza la mediazione umana agli uomini che operano mediante piattaforme e lo svolgimento della loro prestazione è diretta da un algoritmo. E pertanto bisogna chiedersi se una fattispecie unica come la subordinazione tecnico funzionale o un’altra fattispecie unica sia idonea a regolare le diverse realtà lavorative.

20. *Gli artt. 35, 36 Costituzione e la contrattazione collettiva dei riders*

Bisogna però prendere atto che esiste una norma costituzionale come l’art. 35 secondo il quale la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni. Questa norma poco applicata dal legislatore ordinario avvicina per un verso le due fattispecie perché pone il problema della retribuzione e l’applicazione, o meno, ai rapporti di lavoro non subordinato dell’art. 36, e quindi dell’intervento del giudice.

A questo proposito bisogna avere presente che l’art. 36, normalmente, consente al giudice di determinare la retribuzione, sia pure in modo non vincolante, richiamando la retribuzione parametro

³⁵ F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell’ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in *ADL*, 2018, n. 4-5, 961 ss.

³⁶ V. sul tema in generale il contributo fondamentale di Natalino IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, 36 e ss.

dei contratti collettivi di lavori affini, quando non esistono accordi collettivi per talune forme di lavoro autonomo debole.

Non è il caso dei riders che lavorano mediante piattaforme sindacali e hanno un contratto collettivo concluso tra Ugl e AssoDelivery che peraltro prevede il pagamento a cottimo delle prestazioni dei riders. Questo contratto collettivo, secondo alcuni, non sarebbe stipulato da un'organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa e ha suscitato le censure di qualche giudice³⁷, ma comunque rimane l'unico contratto nel settore dei riders.

Come si è detto l'art. 2 comma 1 non si riferisce solo ai riders, ma all'economia come è stato detto dei lavoretti.

21. *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei riders e la proposta di direttiva europea del 9 dicembre 2021*

Quando la piattaforma non sia un semplice intermediario, ma la prestazione di lavoro dei riders sia soggetta alle direttive della piattaforma che indicano al fattorino il percorso e le consegne da effettuare, il relativo rapporto di lavoro deve considerarsi eterodiretto o eterorganizzato. La citata sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 esclude, condivisibilmente³⁸, che il rapporto di lavoro del rider possa essere qualificato come *tertium genus* e stabilisce l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato a coloro che si collocano in una "terra di mezzo" tra lavoro autonomo e subordinato³⁹.

La legge italiana è piuttosto contraddittoria perché l'art. 2 comma 1 come modificato dalla legge n. 101 del 2019 assoggetta alla

³⁷ Tribunale di Bologna 30 giugno 2021 ha accolto il ricorso per condotta antisindacale presentato da tre sindacati settore della Cgil e ha dichiarato l'illegittimità del contratto collettivo sottoscritto da Assodelivery con Ugl rider nel settembre 2020 perché questo sindacato non sarebbe né largamente né maggiormente rappresentativo.

³⁸ V. G. SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in MGL, 2020; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile eterodirezione: a proposito dei ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020 non ritiene che la eterodirezione sia un criterio identificativo di una fattispecie distinta dalla subordinazione e critica, secondo me correttamente, l'affermazione della sentenza secondo la quale l'art. 2 comma 1 sarebbe una norma di disciplina.

³⁹ In senso critico M. PERSIANI, *Osservazioni sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *GI*, 2020, 1801 ss.; V. MAIO, *I riders "nella terra di mezzo" tra crisi dei rimedi e necessità logica della fattispecie*, in *GI*, 2020, 1797.

disciplina del lavoro subordinato coloro che operano mediante piattaforme digitali, mentre definisce il rider lavoratore autonomo (art. 47-bis comma 1) “*colui che svolge attività di consegna di bene per conto altrui, in ambito urbano e con l’ausilio di velocipedi o veicoli a motore e al secondo comma afferma che le piattaforme digitali determinano le modalità di esecuzione della prestazione*”, Come è agevole constatare tra le due norme si crea un cortocircuito e l’unico modo per evitarlo è affermare che al rapporto di lavoro del rider svolto in via continuativa anche di fatto si applica l’art. 2 comma 1 mentre al rider che volge la prestazione in via occasionale o di tanto in tanto si applicano gli art. 47 bis e susseguenti⁴⁰.

Quanto alla continuità del rapporto di lavoro del rider, come già ho affermato circa 40 anni fa rispetto alle collaborazioni continuative e coordinate⁴¹, il riferimento nel contratto alla programmazione di più opera, e quindi, nel caso oggi in esame, di più consegne a domicilio del rider non esclude la rilevanza giuridica della continuità di fatto della prestazione di lavoro. In altri termini può considerarsi costitutiva di un rapporto di durata non soltanto la prestazione di lavoro programmata come tale ma anche quella svolta di fatto in via continuativa⁴².

L’interpretazione a suo tempo proposta del termine opera continuativa consente di affermare che il rapporto di lavoro del rider può concretarsi per contratto o di fatto nel compimento di più opera collegati da un nesso di continuità o nello svolgimento di un’attività avente come oggetto il lavoro in se e per se considerato, ed essere quindi ricondotto nell’ambito di applicazione dell’art. 2 comma 1 della legge n. 81 del 2015.

Se invece nel rapporto di lavoro del rider viene meno il nesso di continuità tra più consegne (opera) ma si tratta del compimento di singole e indipendenti consegne effettuate dal rider che non vuole

⁴⁰ V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutela*, in *ADL*, 2019, 3, 582 e ss. e si può constatare come in questa materia l’evoluzione della giurisprudenza sia piuttosto veloce in favore della qualificazione subordinata del rapporto, v. da ultimo Trib. Firenze n. 781/2021 pubblicato il 24.11.2021. Qualificazione confermata proprio nel mese di dicembre 2021 da una proposta di direttiva europea sul rapporto di lavoro del rider.

⁴¹ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, 1979, Angeli, 64.

⁴² V. diversamente F. Ferraro, *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, 583 e in part. 586, 587.

costituire un rapporto di durata con la piattaforma, (l'onere della prova spetterà alla piattaforma secondo quanto previsto dalla proposta di direttiva), al rider si applicherà la disciplina dell'art. 47-*bis* della suddetta legge. E non l'art. 2 comma 1 del d.lg. 81 del 2015.

Un'altra norma che non convince è l'art. 47-*bis quinquies*: infatti nonostante il divieto di ranking reputazionale, ossia il divieto di retrocedere i lavoratori che non accettano di svolgere la commessa, se il lavoratore non si presenta al lavoro, anche per ragioni legittime, viene postergato ugualmente. A bene vedere contro questa condotta illegittima del datore di lavoro il lavoratore riesce in concreto a far valere il suo diritto solo se interviene il sindacato. Se, in caso contrario, il rider fa valere da solo il suo diritto rischia di perdere la possibilità di lavorare con quella piattaforma.

Bisogna aggiungere che il 9 dicembre 2021 è stata presentata dalla Commissione europea e dal Consiglio una proposta di direttiva che qualifica subordinato il rapporto di lavoro del rider quando questi, indipendentemente dalla durata del rapporto, non corre il rischio di impresa e non determina il prezzo del prodotto⁴³. L'onere della prova è invertito e spetta al datore di lavoro provare che il rapporto è autonomo. Più precisamente l'art. 4 della proposta di direttiva prevede un sistema di presunzioni, in virtù del quale il rapporto di lavoro si considera subordinato, sino a prova contraria, se sussistono almeno due dei cinque indici potenziali di subordinazione. Il primo è il potere della piattaforma di determinare il compenso. Il secondo indice sta nel potere della piattaforma di imporre alcune specifiche condotte (ad esempio l'utilizzo di una certa attrezzatura). Il terzo indice riguarda il potere di controllo e che si manifesta quando la piattaforma verifica i risultati del lavoro svolto anche tramite mezzi tecnologici. Il quarto indice riguarda il cd. potere organizzativo e si manifesta quando la piattaforma digitale limita l'autonomia del lavoratore di individuare i tempi di lavoro o i periodi di assenza dal lavoro e la libertà di accettare o rifiutare gli incarichi. Il quinto indice consiste nel divieto per il lavoratore di acquisire clientela o di lavorare per più committenti. Quando sussistono due di questi indici, opera il meccanismo della presunzione semplice e il lavoratore deve essere considerato subordinato, salva la facoltà per la piattaforma di

⁴³ L. VALENTE, *La direttiva UE sui rider tra subordinazione e autonomia*, in *Lavoce.info* 16 dicembre 2021.

fornire la prova contraria e cioè la natura autonoma del rapporto in questione.

Si registra anche una stretta sugli algoritmi che vanno resi più trasparenti per evitare il rischio di asimmetria informativa tra piattaforma e lavoratori. La proposta di direttiva riconosce ai riders un salario minimo garantito nei Paesi in cui è previsto dalla legge e, comunque, alla contrattazione collettiva, e la tutela della salute con il riconoscimento dell'indennità di malattia e un migliore accesso alla protezione contro gli infortuni sul lavoro. Infine, obblighi di trasparenza da parte delle piattaforme nei confronti delle autorità nazionali con particolare riguardo alle informazioni chiave sul personale in forza presso la stessa piattaforma.

PARTE SECONDA

22. *Il contratto collettivo precorporativo: Giuseppe Messina, "I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro"*

È noto che la dottrina che ha più approfondito il tema del contratto collettivo nel periodo precorporativo è stato Giuseppe Messina⁴⁴. E fu il primo autore a riconoscere la disparità di forza contrattuale e di conseguenza a favorire lo sviluppo di normative inderogabili. Non esistevano, infatti, norme legali a tutela dei diritti dei lavoratori. Con la diffusione dei concordati di tariffa, nel 1893, è istituita la magistratura dei probiviri, che decide le controversie di lavoro secondo equità. Le prime forme di legislazione sociale si sarebbero sviluppate solo qualche anno più tardi e limitatamente a particolari categorie di soggetti e solo per alcune materie come, ad esempio, l'orario di lavoro. Va anche aggiunto che fu il primo autore a superare la teoria atomistica secondo la quale il contratto collettivo costituirebbe un contratto cumulativo di tanti contratti individuali quante sono le coppie di individui rappresentati dalle associazioni

⁴⁴ G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, ora in *Scritti giuridici*, IV *Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948, 29 e Mengoni, *Il contributo di Giuseppe Messina allo sviluppo del contratto collettivo nel diritto italiano*, in *Scritti in onore di salvatore Pugliatti*, vol. II, *Diritto commerciale e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1978, 445; A. GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, cit.

stipulanti. E tuttavia, pur superando la visione atomistica, il concordato di tariffe non riesce a superare l'efficacia obbligatoria di tale contratto collettivo.

Come è noto, Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore perché crede che sia più efficace per tutelare i diritti dei lavoratori l'organizzazione dei soggetti collettivi e la pressione di una coalizione nei confronti del datore di lavoro. In particolare il saggio di Messina riesce a superare la figura del contratto plurisoggettivo perché individua nel gruppo un contraente unico che ha un interesse collettivo e quindi risolve in qualche misura il problema dell'efficacia *ultra partes*, anche se è perfettamente consapevole dell'inidoneità del contratto collettivo a risolvere senza l'ausilio della legge il problema cruciale della sua efficacia reale e, conseguentemente, della sua inderogabilità da parte del contratto individuale.

Come osserva Giugni⁴⁵ il recupero del passato, obliterato dal ventennio corporativo, è ricco di speculazioni ed intuizioni. E aggiunge che non si trattava di un diritto che nasce ma di un diritto pervenuto a giovinezza se non a maturità, negli anni che corrispondevano all'età giolittiana e alla breve ma intensa stagione di libertà sindacale che ad essa si era accompagnata.

Non si può pertanto affermare che vi sia stata continuità tra pensiero tardo liberista del periodo precorporativo e ideologia corporativa⁴⁶. Anche se è vero, come si vedrà, che si riscontra una notevole continuità tra il pensiero di Carnelutti degli anni 20 e l'ideologia corporativa.

23. *Francesco Carnelutti e l'ordinamento corporativo nella Carta del lavoro e nel Codice civile che accoglie e regola la figura del contratto corporativo come fonte del diritto*

Con la Carta del lavoro del 1926 la valorizzazione del contratto collettivo come fonte regolativa diversa dalla legge (da preferire al

⁴⁵ G. GIUGNI, nell'*Introduzione* alla sua raccolta di saggi *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, 12.

⁴⁶ U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, sottolinea una certa continuità tra l'ideologia del tardo liberismo e l'ideologia giuridica corporativa.

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro*, cit., 418.

comando legislativo, perché pur condividendone i caratteri della generalità e dell'astrattezza non ne ha la rigidità⁴⁷) sancisce sicuramente l'abbandono della natura privatistica del contratto collettivo ma costituisce un passo avanti nella diversificazione e nella pluralità delle fonti.

Non si può negare infatti che la legge del 1926 abbia stabilito una vera e propria cesura con l'ordinamento del lavoro del periodo liberista perché ha modificato il dna del diritto del lavoro: ha inciso profondamente nella regolazione delle relazioni industriali; ha privato i sindacati della libertà e dell'autonomia considerandoli struttura dello Stato e ha modificato addirittura il nome del diritto del lavoro in diritto corporativo. Come del resto la Costituzione e prima ancora il decreto legislativo luogotenenziale del 1944 segneranno una cesura dell'ordinamento democratico rispetto a quello corporativo anche in materia di lavoro.

Nel 1927 dopo la promulgazione della legge del 1926 Carnelutti invia alla rivista "Il diritto del lavoro" fondata da Giuseppe Bottai un articolo dal titolo "Sindacalismo" che inizia così: *"In linea di massima non ci sono cose nuove da dire"*.

In questo articolo, l'a. tiene a sottolineare che le idee che ora manifesta sono risalenti e *"non procurate oggi per comodità"*⁴⁸ e afferma *"dopo un'evoluzione ultrasecolare attraverso una guerra e due rivoluzioni, il processo di depurazione del sindacalismo è compiuto. Noi abbiamo oggi, in Italia del sindacalismo puro"*⁴⁹.

E per Carnelutti *"la logica del sistema porta inevitabilmente il contratto collettivo a spiegare la sua efficacia rispetto a tutti gli appartenenti alla categoria e così i sindacati a comandare veramente ai terzi"*⁵⁰.

E ancora: *"il diritto del lavoro oggi, in Italia è una cosa assai più vasta e complessa che non fosse ieri o che non sia in altri paesi. Una volta il diritto del lavoro era soltanto una parte del diritto privato riguardava quella che noi giuristi chiamiamo ancora la locazione delle opere. Oggi il diritto del lavoro è penetrato nel cuore del diritto pubblico cioè nel diritto costituzionale. Ora ci siamo accorti che occupa una nuova forma o terza dimensione del diritto... che regola i rapporti tra le classi: così accanto al diritto interindividuale e al diritto internazio-*

⁴⁸ F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, I, 4.

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, cit., 7.

⁵⁰ F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, cit., 8.

nale si mostra un terzo piano del diritto, il diritto intersindacale. Or questo è, almeno in gran parte diritto del lavoro” e “queste nuove formazioni della storia integrano ma non distruggono i due monumenti più insigni della nostra civiltà giuridica, che sono la proprietà e il contratto”⁵¹.

E in questo modo il nostro a. distingue un diritto del lavoro privato, riferito al contratto individuale di lavoro e alle sue trasformazioni, e un diritto del lavoro pubblico, legato alla conflittualità dei gruppi e all'intervento ordinante dello Stato.

D'altra parte Carnelutti cessa di essere un anticipatore ma diventa un sostenitore del sistema corporativo quando afferma che la legge 3 aprile 1926, avendo vietato il pluralismo sindacale e lo sciopero, ha fatto cessare il disordine e ha instaurato il regno del diritto⁵².

E tuttavia queste conclusioni non bastano ai cd. “Puri del regime” come Volpicelli, il quale considera il corporativismo di Carnelutti uno strumento di difesa della costruzione privatistica che ha le sue fondamenta nella proprietà e nel contratto⁵³ e soprattutto inficiata dal dualismo tra individuo e società⁵⁴, o Costamagna, il quale in diversi scritti⁵⁵ denuncia la insufficienza rivoluzionaria di parecchi giuristi che insistono nell'interpretare la legislazione corporativa partendo dal diritto privato⁵⁶.

E d'altra parte talune teste pensanti dell'ideologia corporativa: da un lato Alfredo Rocco, il vero estensore della legge del 1926, è perfettamente consapevole che questa legge cambia il volto del diritto del lavoro, che infatti si chiamerà diritto corporativo perché in-

⁵¹ F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, cit., 9.

⁵² F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Edizioni Diritto del lavoro, Roma, 1930, vol. I, 35 e ss.

⁵³ A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi (Ferrara 5-8 maggio 1932)*, Roma, Tip. del senato, 1932, vol. I, Relazioni.

⁵⁴ A. VOLPICELLI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno*, cit., vol. III, *Discussioni*, 86-88.

⁵⁵ C. COSTAMAGNA, *Il valore del contratto collettivo e la dogmatica giuridica tradizionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1935, 71.

⁵⁶ V. sul convegno ferrarese del 1932 le opportune precisazioni di N. IRTI, *Un inquieto dialogo sul corporativismo*, in *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino, 1990 in cui esamina il dialogo critico di Cesarini-Sforza alle relazioni di Volpicelli già citata e di U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa a proposito di proprietà e impresa*.

cide profondamente nella regolazione delle relazioni industriali e priva i sindacati della libertà e dell'autonomia.

Dall'altro lato Giuseppe Bottai, promotore culturale, è ben consapevole della debolezza scientifica dei suoi interpreti e giudica controproducenti gli estremismi dei cd. giuristi politici i quali pretendono la fascistizzazione della scienza giuridica quando essa non è ancora completata a livello legislativo⁵⁷.

Certo il corporativismo di Carnelutti non esclude la rilevanza del contratto di lavoro individuale ma è incompatibile con la presenza e autonomia dei gruppi e con il conflitto sociale, che infatti nella visione di Carnelutti deve essere sterilizzato dall'intervento dello Stato. E come il nostro autore ha affermato, questo è il vero diritto del lavoro.

Nella Teoria del Regolamento collettivo, cui antepone il titolo di Lezioni di diritto industriale, Carnelutti chiarisce, a mio avviso, due punti importanti, che poi continueranno a costituire croce e delizia per il contratto collettivo di diritto comune.

E cioè che il contratto collettivo che l'a. denomina "proprio" può avere effetti reali e non solo obbligatori come il concordato di tariffe, solo per effetto di una disposizione di legge che attribuisca al contratto collettivo l'efficacia di regolare i rapporti individuali senza o contro la volontà dei soggetti che lo contrarranno o, in altre parole, una disposizione di legge che regoli il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale.

Scrivendo Carnelutti che "*senza una nuova disposizione di legge il regolamento collettivo non può essere costituito nè possono essere raggiunti gli effetti essenziali che consistono nella subbiezione dei singoli alle sue norme sebbene non siano concorsi affatto alla sua formazione e nonostante la loro contraria volontà*". E la nuova norma in Italia è stata emanata con la legge 3 aprile 1926⁵⁸.

Il secondo punto è che Carnelutti, pur riconoscendo che "*il contratto collettivo è un accordo fra portatori di opposti interessi di-*

⁵⁷ Così U. ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, 195 e nt. 19, dove opportunamente riporta il pensiero di Lorenzo Mossa, "*mai come oggi, col crescente monopolio della vita sociale da parte dello Stato l'opera del giurista è stata necessaria... La necessità di rinnovare la sua funzione non si raggiunge con la critica ignorante o l'accusa sterile*": L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. st. corp.*, 1930, 259.

⁵⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo*, cit., 52.

retto alla composizione del conflitto, afferma che la dinamica del contratto collettivo è diversa da quella del contratto individuale perché i sindacati non contrattano in forza di diritti soggettivi ma di pubblici poteri; il contratto non genera la modificazione di un rapporto giuridico tra loro esistente, ma il regolamento di rapporti tra soggetti diversi da quelli che lo hanno concluso. Il contratto collettivo è precisamente l'accordo di due o più sindacati opposti per regolare i rapporti di lavoro della categoria alla quale i sindacati appartengono". E segue la frase rimasta scolpita nel tempo: "Pertanto il contratto collettivo è un ibrido che ha il corpo del contratto e l'anima della legge; attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo e si sprigiona in un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti"⁵⁹.

La Carta del Lavoro getta le basi del sindacalismo corporativo e a questa impostazione si uniforma il codice civile per la regolazione del contratto corporativo, qualificato dall'art. 1 n. 3 delle preleggi come fonte del diritto.

In quest'ottica i sindacati cessano di essere associazioni volontarie e private ma diventano soggetti pubblici, inquadrati nell'ordinamento corporativo. Parimenti, il contratto collettivo è ormai dominio definitivo del diritto pubblico perché è diventato un atto normativo. E come tale ha efficacia generale per tutti gli appartenenti alla categoria definita dalla legge e in particolare l'art. 2077 c.c. regola i rapporti tra contratto corporativo e contratto individuale e può affermare agevolmente che il primo non è derogabile *in peius* dal contratto individuale ed in questo caso non solo è nullo ma viene sostituito di diritto dalle clausole del contratto collettivo, salvo che il contratto individuale contenga speciali condizioni più favorevoli. In altri termini l'art. 2077 c.c. consente la deroga in meglio non solo perché migliorativa come avviene oggi nel nostro ordinamento democratico, ma purché la deroga in meglio sia giustificata da speciali condizioni, soggette quindi alla valutazione del giudice.

L'art. 2074 c.c. stabilisce che il contratto collettivo continua oltre la scadenza fino a quando non viene sostituito da un nuovo contratto corporativo.

Il criterio per l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo è costituito, ai sensi dell'art.

⁵⁹ F. CARNELUTTI, *ivi*, 108.

2070 c.c. dall'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore, mentre nel nostro ordinamento dipende dalla volontà delle parti almeno nel lavoro privato.

L'art. 13 delle preleggi vieta l'applicazione analogica delle norme corporative. Lo sciopero e la serrata tornano ad essere reati. Il conflitto è giudicato dalla magistratura del lavoro.

Questi sono i principi che hanno regolato il contratto collettivo corporativo fino al decreto legislativo luogotenenziale 14 settembre 1944 n. 287 che ha decretato la soppressione dell'ordinamento corporativo.

24. *La Costituzione repubblicana e il riconoscimento della libertà dell'organizzazione sindacale e la mancata attuazione dell'art. 39 comma IV*

Nel periodo che va dal 1944 al 1 gennaio 1948, data di entrata in vigore della Costituzione, l'attività dei sindacati si muove in un'area di sostanziale anomia tanto che era piuttosto diffusa la convinzione che il diritto sindacale fosse un diritto senza norme.

Come è noto la Costituzione dedica all'attività sindacale e allo sciopero due norme. L'art. 39 sancisce il principio della libertà dell'organizzazione sindacale e un procedimento che dovrebbe attribuire ai contratti collettivi efficacia generale, ma che non vedrà mai la luce per mancanza di volontà politica e per la contrarietà degli stessi sindacati che temevano interferenze politiche. L'art. 40 stabilisce lo sciopero è esercitato nell'ambito delle leggi che lo regolano. E solo nel 1990 la legge n. 146 regolerà l'esercizio dello sciopero nei servizi essenziali.

Ovviamente il contratto collettivo non potendo essere più qualificato come atto normativo pone due problemi all'interprete: quello della sua efficacia soggettiva e della efficacia oggettiva.

Per la prima questione il Costituente aveva proposto una soluzione che non è stata attuata dal legislatore ordinario e dalla corte costituzionale fu dichiarata illegittima la proroga della legge Vigorelli. Successivamente la giurisprudenza ha risolto il problema dell'efficacia soggettiva facendo leva sul combinato disposto dell'art. 36 Cost. che affida al giudice la determinazione della retribuzione sufficiente e dell'art. 2099 comma 2 c.c. secondo il quale, in caso di man-

canza di contratto collettivo o di accordo tra le parti, il giudice determina la retribuzione, tenuto conto del parere delle associazioni professionali: la giurisprudenza ha chiarito che nell'attuale ordinamento, il giudice per determinare la retribuzione del lavoratore non iscritto al sindacato stipulante o nel caso in cui nel contratto individuale non vi sia la clausola di rinvio al contratto collettivo, può utilizzare come parametro di riferimento, ma ovviamente non è obbligato, le clausole del contratto collettivo che indicano i diversi livelli retributivi per le diverse mansioni.

Relativamente al problema dell'efficacia oggettiva non sono valsi i riferimenti all'irrevocabilità del mandato collettivo (artt. 1723 e 1726 c.c.)⁶⁰, né il richiamo all'art. 1374 c.c.⁶¹. E da ultimo Mengoni⁶² ha ritenuto di fondare l'inderogabilità delle clausole del contratto collettivo sul testo del nuovo art. 2113 c.c. ma la giurisprudenza pragmaticamente ha continuato ad applicare l'art. 2077 c.c. nonostante sia riferito al contratto corporativo e non al contratto collettivo di diritto comune che è un atto di autonomia privata perché l'art. 2077 c.c., come si è appena detto, afferma il principio della sostituzione automatica delle clausole del contratto individuale peggiorative e la prevalenza di quelle migliorative rispetto alle clausole del contratto collettivo.

25. *Le dottrine sul contratto collettivo di diritto comune*

Tra i diversi autori che si sono esercitati nell'interpretazione dell'art. 39 Cost. mi piace ricordare Francesco Santoro-Passarelli e Gino Giugni perché, a mio avviso, sono stati gli unici che hanno proposto una teoria completa del contratto collettivo.

Santoro, per ragioni anagrafiche è stato il primo a dare corpo e sostanza normativa al principio dell'organizzazione sindacale sancito dall'art. 39 cost. Il nostro a. ha elaborato la teoria dell'autonomia collettiva come specie dell'autonomia privata e, quindi, utilizza una categoria già ampiamente sperimentata.

⁶⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. e giurisprudenza*, 1950, 299 e ora in *Saggi di diritto civile*, cit., 217 e ss.

⁶¹ G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, ora in *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, 151.

⁶² L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 247.

Per Santoro, come l'ordinamento riconosce ai singoli di regolare da sé i propri interessi, allo stesso modo riconosce ai gruppi il potere di regolare pattiziamente i loro interessi non più individuali ma collettivi, ossia di collettività di persone che non vanno confuse con la collettività generale e cioè con l'interesse generale e cioè pubblico.

In altri termini Santoro già nel 1949⁶³ e nella voce "Autonomia Collettiva" dell'enciclopedia del diritto del 1964 riconosce l'esistenza dei gruppi intermedi in conformità a quanto stabilisce prima di tutto l'art. 2 Cost. che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nella formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e con particolare riferimento ai sindacati in conformità all'art. 39 Cost., sottolinea come i gruppi intermedi sono inseriti direttamente e stabilmente nel corpo sociale ma non nell'organizzazione giuridica dello Stato. E per questo sono liberi e privati, diversamente dai sindacati corporativi soggetti pubblici perché inseriti nell'organizzazione dello Stato.

Il problema più arduo allora è quello di individuare il fondamento normativo della superiorità dell'autonomia privata collettiva che non è fonte normativa rispetto a quella individuale e quindi della conseguente inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale. Fondamento che il nostro individua in due norme del codice civile e cioè gli artt. 1723 e 1726. Fondamento un po' troppo angusto, come hanno rilevato anche i suoi allievi con diverse motivazioni Cataudella⁶⁴, Scognamiglio⁶⁵ e Persiani⁶⁶.

D'altra parte Santoro-Passarelli aveva assorbito la lezione del suo maestro Polacco che considerava le clausole generali gli organi respiratori dell'ordinamento per dire che attraverso le clausole generali la realtà entra e può modificare l'ordinamento.

E quindi Santoro per qualificare l'attività del sindacato come soggetto privato e quindi libero ma collettivo non esita ad inventare la categoria dell'autonomia collettiva come specie dell'autonomia

⁶³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione di rito di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 177 e ss.

⁶⁴ A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale*, in *RTDPC*, 1966, 56.

⁶⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 140 ss.

⁶⁶ M. PERSIANI, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Padova, Cedam, 1972.

privata, non in forza di un ragionamento astratto ma desumendola dall'osservazione della realtà⁶⁷.

Libertà sindacale e sindacato come soggetto privato e non pubblico e conseguente autonomia privata collettiva sono gli elementi di un trinomio inscindibile e possono considerarsi il risultato cui perviene Santoro-Passarelli.

E come afferma lo stesso Gino Giugni nella commemorazione di Santoro-Passarelli *“la definizione di autonomia collettiva, insieme con un piccolo apparato normativo, occorre riconoscerlo, gettarono le radici sistematiche della nostra materia”*. E ricorda il congresso di Taormina del 1954 che vide un aspro confronto tra Santoro-Passarelli difensore della natura privatistica dell'autonomia collettiva e Mortati sostenitore di quella pubblicistica, che si concluse con una vittoria di quella privatistica (vinse quasi con una rotta scrive Giugni) e riferendosi a sé stesso e Federico Mancini presenti a quel convegno *“noi anonimi assistenti avevamo capito che qualcosa di nuovo stava avvenendo: quarantadue anni fa a Taormina”*. Ormai 68 anni fa⁶⁸.

A questo risultato bisogna aggiungere un'altra osservazione che ha riguardo al metodo seguito da Santoro-Passarelli considerato un dogmatico⁶⁹ quando scrive le Istituzioni di diritto civile nel 1944, divenute poi Dottrine generali del diritto civile sulle suggestioni del nuovo codice civile.

E tuttavia nella sua lunga esistenza, anche come cultore del diritto del lavoro che è un diritto in movimento, il nostro scrisse circa 40 anni fa, nel 1982, un articolo dal titolo impegnativo *“Quid jus?”*

⁶⁷ Santoro era talmente convinto che il contratto collettivo fosse un accordo che in pieno regime corporativo affermò senza mezzi termini al corso di “coltura sindacale” per funzionari sindacali, forzando in quel caso l'interpretazione delle norme corporative, che la legislazione vigente avrebbe l'imperdonabile difetto di equiparare il contratto collettivo alla legge laddove anche il contratto collettivo corporativo è un autocomando: come tutti i contratti collettivi di diritto comune in Legislazione del lavoro, Lezioni raccolte da G. Benettin, Padova, 1936 lit.

È quindi scontato che Santoro-Passarelli, riproponga la sua ricostruzione nel nuovo ordinamento costituzionale, che si fonda su presupposti normativi totalmente diversi da quelli del regime corporativo.

⁶⁸ G. GIUGNI, *Francesco Santoro-Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 17.

⁶⁹ Anche se il nostro sorrideva quando si sentiva affibbiare questa qualifica sostenendo, invece, che si sentiva sicuramente un sistematico. E ironicamente rilevava: ma come si può confondere il sistema con il dogma.

nel quale afferma che è svanito il sogno del diritto positivo inteso quale diritto scritto.

Quest'ultimo è il canale privilegiato dell'ordinamento, ma non è il solo canale. La massima *ubi societas ibi ius* non significa soltanto che la società non può fare a meno del diritto, ma significa che la società civile produce diritto e che il fatto sorretto dal consenso fa legge anche indipendentemente dalla consuetudine.

E ancora il nostro autore in quegli anni di profonda trasformazione esorta il giurista all'esigenza di estendere l'indagine dall'ordinamento formale all'ordinamento materiale che si concretizza nelle regole e istituzioni spontanee espresse direttamente dalla collettività.

Una veduta di così largo respiro, osserva Pietro Rescigno⁷⁰, può prospettarla un giurista per il quale la professione del metodo positivo e della costruzione dogmatica non è o non è più granitica come si vorrebbe far credere.

E mi permetto di aggiungere che queste affermazioni confermano che Santoro, lungi dall'essere un giurista astratto e per l'appunto un dogmatico, è un attento osservatore della realtà che lo circonda, e nella sua lunga esistenza accademica che va dal 1930 al 1995, con il realismo che gli era consueto, ha avuto il merito di comprendere e contestualizzare i profondi mutamenti che si sono succeduti nella società italiana dal dopoguerra e con l'avvento della Costituzione fino all'anno della sua morte nel 1995.

Bisogna anche aggiungere che Santoro abbandona la via dell'art. 39 comma 4, e cioè il procedimento previsto dal Costituente per attribuire efficacia *erga omnes* al contratto collettivo quando si rende conto che l'attesa per la legge di attuazione della norma costituzionale appena citata sarebbe stata vana e quindi non esita a ricostruire con i mezzi offerti dal diritto civile il contratto collettivo di diritto comune.

Certamente la teoria dell'autonomia privata collettiva è stata anche un'importante operazione di politica del diritto destinata ad incidere sull'evoluzione della materia e a costituire in qualche misura la premessa, e cioè il diritto originato dall'autonomia dei gruppi professionali, sul quale Giugni ha costruito la teoria dell'ordinamento intersindacale.

⁷⁰ P. RESCIGNO, *Introduzione*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1988.

Come ha ricordato Paolo Grossi, Giugni⁷¹ ha avuto il privilegio di non fare parte di nessuna scuola accademica italiana e questo ha significato più libertà di ricercare la propria identità senza condizionamenti. Ma scontato il paradosso, come Giugni stesso racconta⁷², nel suo periodo americano si è avvicinato all'esperienza dell'istituzionalismo della scuola del Wisconsin, dominata dalla grande personalità di Commons, già scomparso quando Giugni arrivò in quella università. E dove incontrò Selig Perlman, considerato dal nostro il suo primo maestro. E come ricorda Giugni, ebbe su di lui un'influenza pari a quella successiva di Otto Kahn Freund⁷³.

Come forse è noto quella del Wisconsin è una scuola progressista di critica del pensiero economico classico. Ma bisogna anche dire di fronte alle problematiche sociali collegate alla depressione, alla disoccupazione, ai bassi salari, la Scuola del Wisconsin si sforza di mantenere un atteggiamento laico scevro da condizionamenti dogmatici e ideologici. E, infatti, Giugni ha assorbito la lezione di Perlman e cioè di muovere dall'analisi empirica dei fenomeni sociali e, sulla base di questa analisi, scoprire il meccanismo attraverso il quale una società risolve i problemi man mano che si presentano⁷⁴.

In altri termini memore della lezione di Perlman, Giugni ritiene che la ricostruzione del diritto del lavoro in Italia non possa non porre a suo fondamento l'analisi dei fenomeni economico sociali sottostanti. E così prende vita piano piano l'introduzione allo studio

⁷¹ P. GROSSI, *Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 248, 251.

⁷² G. GIUGNI, *Intervista*, P. ICHINO (a cura di), in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 416 ss.

⁷³ Su Khan Freund v. il ricordo di G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, A. RICCIARDI (a cura di), Bologna, 2007, 67 ss. e v. anche le osservazioni di G. CELLA, *Il cammino del pluralismo: Giugni e le relazioni industriali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 277 "Dal primo e dall'istituzionalismo preroosveltiano viene tratta l'ispirazione che permetterà di cogliere la natura profonda e autonoma del sindacato agli inizi dell'età industriale, in modo alternativo ai pesanti condizionamenti classisti della cultura marxista, e dal pluralismo di Khan-Freund verrà colto il quadro di regolazione delle relazioni industriali, a sua volta affiancato dalla riflessione sulle opportunità offerte dalla legislazione promozionale del New Deal".

⁷⁴ G. GIUGNI, *Introduzione*, in S. PERLMAN (a cura di), *A theory of the Labor Movement*, 1928, tradotta con il titolo, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, Firenze: La nuova Italia, 1956. V. anche G. GIUGNI, *La memoria di un riformista*, cit., 47 e ripubblicata Edizioni Lavoro 1980 e sul punto anche G. PINO, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Torino, 2014, 31.

dell'autonomia collettiva che certamente costituisce una svolta negli studi delle relazioni industriali.

Dopo quest'opera nulla sarà come prima perché la dottrina successiva non potrà non confrontarsi con essa e, come ha sottolineato Treu⁷⁵, apre la strada allo studio del fenomeno interno dell'autonomia collettiva, come complesso di regole di diversa natura o di prassi che costituiscono in concreto l'ordinamento dei gruppi sindacali.

Nella ricostruzione di Giugni⁷⁶ si afferma la tesi che la legislazione promozionale non debba essere considerata un intervento limitativo dell'autonomia collettiva con finalità di regolazione e di contenimento dell'attività sindacale, diversamente dai disegni di legge di attuazione degli artt. 39 e 40 Cost., ma di promozione dell'attività del sindacato in azienda.

E in questo disegno di politica del diritto Giugni rivela la sua anima di genuino riformista.

Nella costruzione sistematica di Giugni entrano dunque il mercato, la tecnologia, l'organizzazione aziendale, il conflitto, i gruppi sociali, gli interessi, la prassi normativa, fondendosi con i concetti giuridici tradizionali che l'autore non rinnega, ma rilegge in chiave dinamica e interattiva⁷⁷.

La teoria dell'ordinamento intersindacale, come afferma il suo autore, è stata elaborata con l'intento specifico di allargare e articolare il campo d'indagine al di là dei limiti della metodologia civilistica.

Ma al di là di questo risultato se è vero che il diritto del lavoro nel corso di questi decenni è stato uno dei laboratori più attivi che ha consentito di verificare il punto più delicato dei rapporti tra diritto formale e diritto materiale e cioè come quest'ultimo si innesti nell'ordinamento giuridico formale attraverso le cerniere della libertà dell'organizzazione sindacale e dell'effettività dell'attività sindacale, deve riconoscersi che la dottrina dell'ordinamento intersindacale può considerarsi la teorizzazione ancora non superata di questo innesto.

In conclusione, quello che divide il costruttore di una categoria giuridica nuova, come l'autonomia privata collettiva, dal ricercatore

⁷⁵ T. TREU, *L'organizzazione sindacale*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁷⁶ G. GIUGNI, *Introduzione*, cit.

⁷⁷ V. FERRARI, *Gino Giugni e la teoria del diritto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 190-203.

dei dati social tipici, ossia pretestuali della fenomenologia dell'autonomia collettiva, non può superare ciò che li unisce.

Entrambi aderiscono al metodo sistematico, l'unica distinzione riguarda l'oggetto a cui lo applicano.

Come ha ricordato Romagnoli⁷⁸ entrambi condividono il medesimo progetto di tutela della libertà economica e della dignità della persona.

E come ha acutamente osservato Mario Rusciano⁷⁹ entrambi si collocano all'interno di prospettive sincronicamente complementari ed egualmente solidali con la stagione privatistica del diritto sindacale.

E "per questo un rapporto di interazione reciprocamente vantaggiosa ha potuto stabilirsi e il cammino della loro comune speranza proseguire"⁸⁰.

Il nostro discorso potrebbe terminare qui ma non si può omettere il richiamo dello Statuto dei lavoratori che non ha regolato la materia del contratto collettivo ma ha introdotto il sindacato in azienda e ha creato normativamente e riconosciuto un ruolo fondamentale al sindacato maggiormente rappresentativo.

26. *Lo Statuto dei lavoratori e il riconoscimento del sindacato maggiormente rappresentativo*

Quanto alla rappresentatività sindacale disciplinata dallo Statuto dei lavoratori è opportuno chiarire che essa ha la sua base costituzionale nell'art. 39 comma 1 ma non si muove sulla stessa direttrice tracciata dall'art. 39 comma 4 Cost. perché questa disposizione accoglie una nozione di rappresentatività commisurata ai consensi degli iscritti all'associazione sindacale ai fini della stipulazione del contratto collettivo con efficacia *erga omnes*.

E bisogna aggiungere che non solo le confederazioni sindacali furono contrarie all'attuazione di questa norma perché temevano una ingerenza dello Stato e particolare contrarietà fu manifestata dalla Cisl perché minoritaria, ma anche la dottrina di gran lunga pre-

⁷⁸ U. ROMAGNOLI, *Francesco Santoro-Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 14.

⁷⁹ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 1984, 52.

⁸⁰ U. ROMAGNOLI, *Ibidem*.

valente condivideva l'impostazione sostenuta da Mancini in una non dimenticata prolusione bolognese su libertà sindacale e contratto collettivo *erga omnes*⁸¹ di inutilità se non addirittura di danno derivante dall'attuazione di questa norma. Solo pochi erano i cd. trentanovisti⁸².

Infatti l'art. 19 nella sua versione originaria accoglie una nozione di maggiore rappresentatività delle Confederazioni sindacali storiche presunta, cioè non misurata ma paritaria nel senso che le stesse si riconoscevano una pari rappresentatività ai fini dell'esercizio dei diritti sindacali. Come fu stabilito dal patto federativo del 1972 con il quale si istituirono i consigli di fabbrica o dei delegati dove ogni delegato era eletto dai lavoratori di una determinata unità produttiva dell'impresa ed era considerato la istanza sindacale di base dei tre sindacati.

La maggiore rappresentatività aveva come presupposto l'unità di azione delle stesse confederazioni. E negli anni 70 infatti furono numerose le lotte portate avanti dalle tre confederazioni storiche Cgil, Cisl e Uil almeno fino al 1984.

27. *La crisi dell'unità di azione sindacale e il patto di concertazione del 1993*

Questa data convenzionalmente segnò la crisi dell'unità di azione, a causa del referendum promosso dalla Cgil, ma non dalla Cisl e Uil sulla sterilizzazione dei punti di contingenza stabilita dal decreto Craxi. La crisi, con alterne vicende durò fino al 1993 e fu superata dal patto di concertazione e da un accordo interconfederale dei quali fu artefice principale Giugni.

Con questo accordo si stabilì che la rappresentatività a livello aziendale non fosse più paritaria ma fosse determinata in misura *quasi* proporzionale ai voti conseguiti da ciascun sindacato in azienda e furono istituite le rsu nelle forme stabilite dall'accordo interconfederale del 1993.

Come è noto l'accordo interconfederale del 1993 pur introducendo un criterio di misurazione della rappresentatività dei sindacati a livello aziendale, tuttavia conservò alla triplice un sostanziale mo-

⁸¹ RTDPC, 1963, I, 570.

⁸² G. PERA, *Problemi sindacali del diritto costituzionale italiano*, Feltrinelli, 1960.

nopolio nella gestione delle relazioni sindacali e contenne le spinte centrifughe conseguenti alla consultazione referendaria del 1995.

28. *Il referendum del 1995 e il criterio della sottoscrizione del contratto collettivo*

È altrettanto noto che il referendum del 1995 eliminò la categoria della maggiore rappresentatività sindacale e riconobbe come rappresentativi i sindacati che firmavano i contratti collettivi di qualsiasi livello.

Il nuovo criterio di identificazione della rappresentatività, per effetto del referendum, si fonda sul mutuo riconoscimento tra le organizzazioni datoriali e quelle sindacali e amplia conseguentemente la platea dei soggetti legittimati a costituire r.s.a.

Questa interpretazione è stata avallata dalla sentenza della C. Cost. n. 244 del 1996 che ha escluso il rischio paventato dall'ordinanza di rimessione del giudice a quo sul possibile potere di accreditamento dell'organizzazione sindacale da parte della controparte datoriale.

29. *La partecipazione alle trattative e la sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013*

Fino a quando, a seguito di un contenzioso promosso da quei sindacati che pur essendo rappresentativi non siglavano alcun contratto e conseguentemente non potevano per questa ragione costituire r.s.a., intervenne nuovamente la C. Cost. nel 2013 con la sentenza n. 231 che, pur a legislazione invariata con una sentenza additiva, stabilì che la rappresentatività potesse essere riconosciuta a quei sindacati che, pur non avendo siglato il contratto collettivo tuttavia avessero partecipato alla negoziazione relativa allo stesso contratto quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

Da questo punto di vista la sentenza appare in qualche misura contraddittoria perché mentre in motivazione accoglie una nozione di rappresentatività che esistendo nei fatti e nel consenso dei lavoratori, si fonda sul rapporto tra lavoratori e sindacato, nel dispositivo accoglie una nozione di rappresentatività che fondandosi sulla partecipazione alle trattative finisce per fondare la stessa sul riconoscimento re-

ciproco tra sindacato e controparte. Ed in questo senso la sentenza n. 231 del 2013 si colloca sulla stessa scia della sentenza del 1996, ma così finisce per contraddire quanto affermato in motivazione.

Certamente la sentenza del 2013 tiene conto del contesto mutato, non più contrassegnato dalla unità di azione sindacale come nel 1996 ma da un'accentuata tensione tra le tre confederazioni, come è dimostrato dal fatto che un sindacato sicuramente rappresentativo come la Cgil, non aveva sottoscritto il contratto di primo livello della Fiat e neppure quello della categoria dei metalmeccanici e neppure l'accordo interconfederale del 2009.

Si deve aggiungere che la Corte pur affermando “*di non potere individuare un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda in caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, in caso di mancata attività negoziale o in caso di impossibilità di prevenire ad un accordo aziendale*”, tuttavia lo individua nella partecipazione all'attività negoziale.

E tuttavia va detto che questo criterio diversamente da quello della sottoscrizione non è oggettivamente verificabile nel senso che non indica in modo incontrovertibile cosa debba intendersi per partecipazione alle trattative.

Per esempio la semplice presentazione di una piattaforma rivendicativa non è sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione alle trattative.

30. *I parametri per individuare i soggetti legittimati a partecipare alle trattative indicati dal Testo unico del 2014 non attuato*

A colmare questa lacuna avevano provveduto nel 2014 le parti sociali con la sigla del patto, denominato significativamente Testo Unico, con il quale sono stati individuati i parametri per identificare i soggetti che partecipano alle trattative:

1) che raggiungano una soglia di rappresentatività del 5% assumendo come media tra il dato associativo (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e il dato elettorale (ottenuto in voti) espressi in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali aziendali;

2) che contribuiscano alla definizione della piattaforma sindacale;

3) che partecipino alla delegazione trattante.

E tuttavia, come è a tutti noto, per ragioni mai chiarite, il suddetto Testo Unico non ha mai avuto attuazione come pure quello del 2018, nel quale si metteva in evidenza l'assoluta necessità di misurare anche la rappresentatività della parte datoriale.

Ne consegue che la nozione di rappresentatività è ferma alle indicazioni della sentenza n. 231 del 2013.

Diventa perciò urgente un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale, ormai invocato da tutte le parti sociali.

Bisogna comunque essere consapevoli che una legge sulla rappresentatività sindacale presuppone la necessaria determinazione dell'ambito in cui misurare la stessa rappresentatività di ciascun sindacato, così come avviene nel lavoro pubblico. Ma nel lavoro pubblico è più agevole perché esiste un solo soggetto della parte datoriale l'ARAN, mentre nel lavoro privato esiste una pluralità di datori di lavoro.

Nel frattempo nell'assenza di un intervento legislativo pure auspicato dalla sentenza n. 231 del 2013, o sulla rappresentatività sindacale commisurata al consenso degli iscritti, o nell'introduzione di un obbligo a negoziare nei confronti delle organizzazioni sindacali che superino una certa soglia di sbarramento, o di altri criteri pure menzionati dalla sentenza, bisogna chiedersi quali effetti determina la mancata partecipazione alle trattative da parte di un sindacato rappresentativo nel lavoro privato: e cioè determina l'impossibilità per quel sindacato di costituire rappresentanze sindacali aziendali? o in mancanza di un criterio di identificazione dei soggetti legittimati a negoziare, la partecipazione alla negoziazione resta affidata alle regole del diritto comune dei contratti e cioè all'art. 1337 c.c. che regola le trattative nel contratto individuale?

La risposta è ovviamente diversa a seconda della tesi prescelta.

Se si dovesse accogliere la tesi secondo cui datori di lavoro hanno l'obbligo di negoziare con i sindacati che partecipano alle trattative ne dovrebbe conseguire l'applicazione dell'art. 28 st. lav. in caso di rifiuto del datore di lavoro di avviare le trattative con il sindacato legittimato.

E tuttavia bisogna prendere atto che se da un lato la sentenza n. 231 con un'espressione un po' troppo ellittica riconosce la tutela dell'art. 28 *“al sindacato in ragione della sua acquisita rappresentatività nell'ipotesi di un eventuale non giustificato suo negato accesso al ta-*

volo delle trattative” e conseguentemente accoglie una nozione di rappresentatività effettiva, dall’altro lato, la stessa sentenza riconosce che non compete alla Corte individuare i criteri di misurazione della stessa rappresentatività.

E pertanto nell’assenza o nell’attesa di un intervento legislativo che misuri la rappresentatività sindacale resta, ahimè, l’applicazione dell’art. 1337 c.c. che non è certo una norma pensata per le trattative nel contratto collettivo.

Si deve infatti sottolineare che l’applicazione di questa norma al caso di specie, non modifica in alcun modo l’assetto tra le parti, consacrato dalla sentenza del 1996. Infatti non legittima i sindacati, pur rappresentativi che non hanno voluto partecipare alle trattative o sono stati esclusi dalle trattative, a costituire r.s.a., ma si limita a stabilire che le parti nello svolgimento delle trattative devono comportarsi secondo buona fede e la giurisprudenza chiarisce che nel contratto individuale, dallo svolgimento delle trattative non nasce alcun obbligo per le parti di concludere il contratto.

In altri termini alla fine del discorso resta fermo il principio della libertà contrattuale, sancito dall’art. 1337 c.c.

Ma se questo è il risultato non deve meravigliare il fatto che in omaggio al principio della libertà contrattuale nell’archivio del Cnel sono depositati più di 900 contratti collettivi, alcuni dei quali stipulati da agenti contrattuali di dubbia rappresentatività.

31. *Rappresentatività sindacale e sciopero nei servizi pubblici essenziali*

Un’ultima osservazione riguarda la rappresentatività sindacale ai fini dello sciopero.

Dalle confederazioni non c’è un’analoga richiesta per individuare la rappresentatività dei sindacati ai fini dell’esercizio dello sciopero, e se questo si comprende per lo sciopero nell’industria, dove la controparte è solo il datore di lavoro si comprende molto meno nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove sovente gli utenti sono soggetti deboli che patiscono gli effetti dello sciopero.

Le due leggi sullo sciopero nei s.p.e. dovute se non all’intervento diretto certamente nate su impulso di Giugni non hanno legiferato sulla rappresentatività perché sia pure tacitamente hanno ac-

colto la tesi in quegli anni ancora prevalente che non era necessario intervenire sulla rappresentatività sindacale e anche perché Giugni era un convinto sostenitore della tesi della titolarità individuale del diritto sciopero.

Ma la conseguenza oggi, è che sindacati anche per nulla rappresentativi sono legittimati a proclamare scioperi che bloccano un servizio anche se allo stesso partecipano pochi lavoratori. Si tratta sovente di sindacati che proclamano scioperi più per autolegittimarsi che per tutelare autentiche esigenze dei lavoratori con motivazioni spesso generiche. E sta diventando frequente anche la proclamazione di scioperi generali da sindacati che sovente non sono presenti neppure in tutte le categorie.

In conclusione, si può dire che la rappresentatività sindacale ha cambiato i suoi connotati ma è ancora in trasformazione. Siamo passati dall'epoca del diffuso orientamento dell'inutilità dell'attuazione dell'art. 39 comma 4 perché le confederazioni sindacali storiche erano ampiamente rappresentative e avevano il governo della contrattazione collettiva, al sistema sindacale introdotto dal referendum del 1995 che ha aumentato inevitabilmente il numero delle organizzazioni sindacali, e al tempo recente nel quale tutti o quasi reclamano, con diverse sfumature, un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale, non solo da parte delle grandi confederazioni sindacali perché non hanno più il monopolio della contrattazione collettiva, (come già detto esistono più di 900 contratti collettivi nell'archivio del Cnel), ma anche da parte della Confindustria che vede insidiato il suo potere rappresentativo, e anche perché, per una serie di motivi non tutti trasparenti, non sono stati ancora attuati gli accordi del 2014 e del 2018. Come ha sottolineato Treu⁸³, l'incertezza sui criteri di rappresentatività ha costi economici perché favorisce la concorrenza al ribasso fra contratti e attori negoziali.

Un'ultima considerazione riguarda il diverso atteggiamento rispetto allo sciopero dei lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato. I primi e i loro sindacati ricorrono allo sciopero senza eccessive limitazioni perché il loro posto di lavoro è comunque garantito dalla sanzione della reintegrazione nel caso di licenzia-

⁸³ T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione e contrattazione collettiva*, DRI, 2019, 786-788.

mento illegittimo. È vero che gli addetti ai servizi pubblici rispettano le regole delle leggi n. 146 del 1990 e n. 83 del 2000 e il contemperamento con il diritto degli utenti è realizzato dalla Commissione di Garanzia. Ma bisogna sottolineare che i lavoratori pubblici sono iper-garantiti. Viceversa nel settore del lavoro privato il numero degli scioperi è di gran lunga inferiore perché il posto di lavoro è a rischio per la pesante crisi economica innescata dalla pandemia del corona virus e perché comunque la sanzione del licenziamento illegittimo è costituita dal risarcimento del danno pur con le correzioni introdotte dalla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale.

32. *Il graduale superamento della normativa inderogabile nel rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi di diverso livello*

Come è noto l'accordo interconfederale del 1993 affidava al contratto nazionale il compito di individuare le materie regolate dal contratto aziendale. Una giurisprudenza successiva stabilì che il contratto aziendale, perché più prossimo all'esigenze dei lavoratori dell'azienda, in base al criterio di specialità potesse derogare anche in *peius* le clausole del contratto nazionale purché fosse stipulato dalle corrispondenti strutture a livello aziendale dei sindacati nazionali.

In quegli anni frequenti furono i rinvii della legge alla contrattazione per gestire situazioni di crisi aziendale (legge n. 223 del 1991) o per derogare certe rigidità legislative, come ad esempio la devoluzione alla contrattazione collettiva in tema di contratto a termine (legge n. 56/1987) o di contratti di solidarietà (l. n. 863/1984) o di indennità di fine rapporto o la riregolazione dell'orario di lavoro per eliminare certe rigidità di leggi vecchissime come quella sull'orario di lavoro del 1923, o per modificare il vecchio collocamento abolendo gradualmente il sistema di intermediazione pubblico senza lasciare posto ai soli meccanismi del mercato. E si veda anche il cd. Pacchetto Treu del 1996- 97.

Si trattava comunque di rinvii alla contrattazione per flessibilizzare la rigidità di talune norme, ma si trattava di una flessibilizzazione, autorizzata dal legislatore e avveniva sotto il controllo del sindacato.

E a questo proposito bisogna chiedersi se il principio cardine dell'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo che ha assicurato dalle origini la tutela del lavoro subordinato regga ancora o la sua tenuta, come avviene per molti diritti sociali, sia messa in discussione dalla globalizzazione dei mercati e dai vincoli economici e finanziari della normativa europea⁸⁴.

Non si può negare che ormai dal 2008 una crisi economica “globale” senza precedenti stia provocando in Italia la chiusura progressiva di imprese medie e piccole, chiusura che conseguentemente ha generato un tasso di disoccupazione ormai superiore al 12%, con punte di disoccupazione giovanile in particolare nel centro-sud del 40% e un aumento considerevole del lavoro nero e una prospettiva di crescita inesistente. Solo nel 2021 per effetto di rimbalzo il pil è cresciuto del 6,5 ma i tempi della pandemia e l'attuale prospettive di guerra sembra far temere un nuovo calo del pil considerando che il debito pubblico è salito paurosamente.

Secondo qualche dottrina questi presupposti sarebbero cause sufficienti a giustificare, nell'attuale contesto socioeconomico, il superamento del principio della norma inderogabile perché, come è stato detto, tali norme, il più delle volte a precetto generico, si sono moltiplicate fino a regolare tutti gli aspetti del rapporto di lavoro e per questa ragione attuerebbero una sorta di “*uniformità oppressiva*”⁸⁵ che contrasterebbe con le esigenze di sviluppo e di competitività delle imprese e con le mutevoli esigenze della produzione.

In altri termini, diventa ancor più stringente la domanda se i principi che regolano il rapporto di lavoro e le tecniche di tutela predisposte dal nostro ordinamento siano ancora efficaci a tutelare l'interesse dei lavoratori al posto di lavoro nel senso che possono essere utilmente fatte valere dagli stessi lavoratori, o se invece bisogna accettare la tesi che per garantire l'occupazione, l'apparato di tutele predisposto dal nostro ordinamento nell'arco del secolo ventesimo a favore dei lavoratori, in particolare subordinati, debba essere pro-

⁸⁴ In generale sulla norma inderogabile v. R DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1976. Più di recente ID., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Giornate di Studio AIDLASS di Bologna, 16-17 maggio 2013, www.aidlass.it e DLRI, 2013, 715 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, DLRI, 2008, 341 e ss.

⁸⁵ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, MGL, 2011, 682 e ss.

gressivamente smantellato nel secolo XXI perché, essendo troppo costoso, da un lato compromette la necessaria competitività delle imprese sul mercato internazionale, e dall'altro, non è attrattivo per le imprese estere che vogliono operare in Italia.

Per rispondere a questa domanda bisogna osservare che il sistema della flessibilità controllata dai sindacati confederali ha retto fino al 2011.

A mio avviso questa data segna un cambio di paradigma perché la norma inderogabile cede progressivamente spazio, a causa della globalizzazione dell'economia, a normative che privilegiano le esigenze delle imprese ma soprattutto, scomparso ogni residuo di concertazione, i sindacati confederali conservano faticosamente il controllo della gestione del conflitto che si trasferisce e si risolve sempre più spesso, come si vedrà, a livello aziendale.

Come ha messo ben in evidenza Treu il cambiamento del contesto ha influito non solo sugli accordi fra i vertici confederali delle due parti ma anche col potere pubblico perché i governi anche di diverso orientamento hanno fatto a meno del consenso sindacale senza subire danni, ma è stato colpito anche il contratto nazionale da pressioni nazionali e internazionali che hanno messo in discussione la funzione tipica del contratto nazionale «di togliere i salari dalla concorrenza»⁸⁶.

Infatti, l'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 stabilì il principio che la legge per particolari finalità poteva autorizzare il contratto aziendale a derogare norme di legge saltando il livello nazionale. La possibilità di deroga era prevista pure dall'accordo interconfederale del 2013 ma la deroga era consentita nei limiti e secondo le procedure previste dal contratto nazionale. La differenza portata tra le due previsioni era evidente: l'art. 8 mirava a depotenziare la centralità del contratto nazionale e la sua funzione di governo del conflitto mentre quello previsto dall'accordo interconfederale del 2013 conservava al contratto collettivo nazionale il governo del conflitto.

All'art. 8 è seguito, come è noto, l'art. 51 del d.lgs. 81 del 2015 che sancisce una sostanziale fungibilità tra contratti collettivi di diverso livello con il risultato di ampliare lo spazio del contratto collettivo aziendale perché i rinvii operati dalla legge possono essere effettuati indifferentemente al contratto collettivo nazionale o territoriale o

⁸⁶ T. TREU, *La questione salariale cit.*, 792.

aziendale purché siano rispettivamente stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale e i contratti aziendali siano stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali.

Orbene questa norma conferma l'orientamento seguito dall'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 convertito con modifiche in legge n. 148 perché il d.lgs. n. 81 del 2015, e se così si può dire lo generalizza perché non subordina a finalità particolari la funzione di derogare alle norme di legge o alle clausole del contratto nazionale.

La sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale da parte di quello aziendale nel nome della lotta all'uniformità "oppressiva" della normativa inderogabile del contratto nazionale rischia di compromettere, di fatto, la funzione solidaristica che il contratto nazionale tradizionalmente assume.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale.

Il potenziamento del contratto aziendale, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte.

Allo stato attuale, come riconosce lo stesso Treu, che *"la regolazione dei rapporti tra livelli contrattuali e delle modalità del decentramento contrattuale continua ad essere una questione irrisolta non solo nel dibattito ma anche nella prassi negoziale che infatti continua ad essere differenziata nelle diverse categorie"*.

E oggi è in corso il dibattito anche parlamentare sul salario minimo orario e qualche proposta prevede che sia data validità *erga omnes* alle clausole del contratto riguardanti la parte salariale, e sia comunque stabilito un salario minimo orario. A questa proposta sono contrari i sindacati perché temono che il salario minimo possa avere un effetto trainante al ribasso. Anche la Confindustria è contraria al salario minimo di 9 euro. Esiste una proposta di legge che individua il salario minimo tra 7 e 8 euro. Mentre il Cancelliere Sholz in campagna elettorale ha promesso di portare il salario minimo a 12

euro. La questione, comunque, è tutt'altro che archiviata, tanto più che è stata approvata una direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione Europea, direttiva UE 2022/2041.

Tale direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri entro due anni.

È opportuno sottolineare, in ogni modo, che la proposta di direttiva non mira ad introdurre un salario minimo legale nei paesi che non lo prevedono, quanto piuttosto a rafforzare la contrattazione collettiva e a stabilire i criteri attraverso i quali valutare l'adeguatezza dei salari.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la direttiva prevede lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva e che, laddove il tasso di copertura della contrattazione collettiva sia inferiore all'80%, gli stati debbano intraprendere un piano di azione di promozione finalizzato all'aumento di tale soglia.

Per quanto attiene, invece, alla valutazione dell'adeguatezza dei salari, la direttiva impone agli stati di definire criteri che comprendano almeno due dei seguenti elementi:

- a) il potere d'acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita e dell'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali;
- b) il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione;
- c) il tasso di crescita dei salari lordi;
- d) l'andamento della produttività del lavoro.

Gli stati dovranno, inoltre, adottare le misure necessarie a garantire l'aggiornamento periodico e puntuale dei salari minimi legali al fine di mantenerne l'adeguatezza.

Certamente un salario minimo orario stabilito per legge potrebbe sollevare la giurisprudenza dal compito finora svolto di individuare ai sensi dell'art. 36 Cost. la retribuzione sufficiente, in presenza di un minimo fissato per legge o dalla validità *erga omnes* dei contratti collettivi per la parte salariale.

Se il legislatore nel decreto attuativo dovesse accogliere la regola del salario minimo legale la stessa giurisprudenza potrebbe assolvere ad una funzione finora trascurata e cioè controllare la proporzionalità della retribuzione alla qualità e quantità del lavoro pure sancito dall'art. 36 Cost.