



Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 400/2019

© Lorenzo Zoppoli 2019
Università di Napoli Federico II
zoppoli55@gmail.com

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Valori, diritti e lavori flessibili:
storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità^a**

**Lorenzo Zoppoli
Università di Napoli Federico II**

1. Diritto dei lavori flessibili e valori.	2
2. Segue: due questioni "preliminari".....	5
3. Storicità del diritto (anche dei lavori flessibili).	11
4. Il bilanciamento di valori e interessi nei lavori flessibili.	13
5. La declinabilità dei valori, con particolare riferimento alla dignità.	21
6. La negoziabilità dei valori: una questione di tecniche e di misura.	24
7. Alcune indicazioni conclusive.....	28

^a Lo scritto, con l'aggiunta di note bibliografiche, prende spunto dalla relazione al convegno *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Università di Firenze, 20-21 settembre 2019. È destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni*, in corso di pubblicazione.

1. Diritto dei lavori flessibili e valori.

Il tema proposto, pur non essendo affatto nuovo¹, presenta una molteplicità di profili di grande interesse, specie se affrontato diacronicamente e facendo ogni sforzo per evitare l'attrazione (solo) verso le questioni più attuali, almeno per gli aspetti meramente contingenti. Esso si presenta tuttavia troppo ricco e potenzialmente articolato per poter essere qui trattato analiticamente in modo esauriente. Perciò si avrà riguardo solo ad alcuni aspetti più di fondo portati oggi alla nostra attenzione – già sintetizzati nel titolo di questo scritto – e facendo tesoro della perimetrazione dei lavori flessibili indicata nella presentazione dell'incontro fiorentino (termine, somministrazione, part-time, lavoro intermittente; anche perché altre tipologie come il lavoro occasionale, introdotte e disciplinate più tardi e con più perplessità, da un paio d'anni sono state ridotte ai minimi termini²).

Pur con queste cautele, la chiave di lettura incentrata sulla ricognizione e ponderazione dei valori (e delle tecniche) nella cangiante regolazione dei lavori flessibili impone qualche importante precisazione relativa a metodo e oggetto dell'analisi che si proporrà.

Anzitutto la storicizzazione del dato normativo, per quanto necessaria, difficilmente può assumersi in modo identico per la tipologia di lavori flessibili indicati. Mentre il contratto a termine accompagna la materia dai suoi primi vagiti, la somministrazione ha da poco superato la maggiore età. Part-time e lavoro intermittente sono da sempre nascosti nelle pieghe del codice civile ed hanno assunto una loro autonoma rilevanza/tipicità in

¹ Da ultimo, anche per ampi riferimenti bibliografici, v. Tiraboschi, *Persona e lavoro tra tutele e mercati. Mercati, regole, valori*, relazione alle giornate di studio Aidlass 2019 su *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Udine, 13-14 giugno 2019.

² Secondo l'ultimo rapporto Inps sul precariato (gennaio-giugno 2019) il lavoro occasionale nelle due varianti (contratto e libretto famiglia) negli ultimi due anni interessa meno di 100.000 lavoratori per un compenso lordo pro-capite annuo intorno ai 1000 euro (più spesso inferiore). Da ultimi sul lavoro occasionale v. U. Gargiulo, *Lavoro accessorio e nuovi voucher. Il lavoro occasionale dall'anomia all'anemia*, in Atti del seminario di Bertinoro 2018, Giappichelli, 2019 (in corso di pubblicazione); V. Ferrante, *Il cumulo dei "lavoretti": quali tutele per le attività discontinue e saltuarie?*, in LD, 2018, p. 623 ss.; nonché i contributi di Ventura, Cordella, Carchio, Rossi, Fortunato e Caffio, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University presso, 2018, p. 527 ss. Il ridimensionamento del lavoro occasionale ha favorito un certo sviluppo del lavoro intermittente: v. F. Barbieri, *Lavoro a chiamata dal turismo alla sanità, ne il Sole 24 ore* del 28 gennaio 2019, che parla di un incremento del 7,7% nel 2018 rispetto al 2017 (circa 550.000 assunzioni).

periodi diversi: il primo da circa trent'anni, il secondo solo nel nuovo millennio³. Non solo peraltro i lavori flessibili hanno storie diverse, ma ciascuno incide su un diverso elemento che concorre a caratterizzare la fattispecie contrattuale nella cui disciplina si riflettono i valori e le tecniche di cui qui discutiamo. Per non sfilacciare allora l'analisi in mille rivoli che la renderebbero anche di minore utilità prospettica, mi pare inevitabile, pur con qualche forzatura, enfatizzare ciò che accomuna i lavori flessibili menzionati e li rende un terreno fertile per la riflessione orientata nel senso oggi richiesto.

Il dato storico qui di maggior rilievo non attiene allora alla compiuta e specifica configurazione legislativa di ciascun "lavoro flessibile" (forse ancora nemmeno raggiunta⁴), ma al periodo in cui l'intera tipologia – come un insieme matematicamente caratterizzato – ha progressivamente conquistato la scena nel diritto del lavoro. Ciò è avvenuto nell'ultimo ventennio, togliendo lo scettro del contratto principe al contratto *full-time*

³ Sulle perplessità all'atto dell'introduzione del lavoro intermittente v. Santucci, *Il lavoro intermittente: un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile?*, in Rusciano, Zoli, L. Zoppoli, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale scientifica, 2006, p. 401 ss.; Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Edizioni Lavoro, 2004, p. 219 ss.

⁴ Già infatti il c.d. "codice dei lavori" del 2015 (d.lgs. 81/15) appare oggi in varie parti superato: v. da ultimo, seppure con riguardo a profili non trattati in questo saggio, art. 1 del d.l. 3 settembre 2019 n. 101. In generale: sul contratto a termine, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. Saracini-L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale scientifica, 2017; su contratto a termine e somministrazione: Sartori, *Prime osservazioni sul decreto "dignità": controriforma del Jobs Act con molte incognite*, in RIDL, 2019, I, p. 651 ss.; Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 380/2019; Di Noia, *"Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a marginedel d.l. n. 87/2018, conv. con l. n. 96/2018*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 381/ 2019; Sitzia, *Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 391/2019; sulla somministrazione Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica*, Franco Angeli, 2018, p. 165 ss.; Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, in RIDL, 2019, I, p. 227 ss.; sul part-time: Spinelli, *Il part-time nella declinazione del d.lgs. n. 81 del 2015*, in Santoni, M. Ricci, Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, ESI, 2016, p. 217 ss.; Leccese, *Il lavoro a tempo parziale*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 41 ss.; Santucci, *Il contratto di lavoro part-time tra Jobs Act (decreto legislativo n. 81/15) e diritto giurisprudenziale*, in DRI, 2018, p. 1 ss.; sul lavoro intermittente: Lunardon, *Il lavoro intermittente*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Tipologie, cit.*, p. 75 ss.; Ferrante, *cit.*, p. 623 ss. Sull'accostamento tra lavoro intermittente e *riders* v. Donini, *Il lavoro tramite piattaforme digitali*, Bonomia University Press, 2019, p. 118.

a tempo indeterminato con identità di datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa: sia perché l'insieme dei lavori flessibili lo ha affiancato fornendo modelli negoziali (più o meno) alternativi sia perché su di esso ha profondamente inciso, alterandone gli equilibri strutturali interni. Cosicché qualche autorevole studioso, prendendo spunto da ormai imprescindibili analisi sociologiche⁵, ha ribattezzato addirittura la nostra disciplina come "diritto dei lavori"⁶.

In effetti da vent'anni a questa parte la flessibilità dei modelli negoziali con cui le organizzazioni datoriali contrattualizzano il lavoro da utilizzare - c.d. flessibilità tipologica, in entrata, ai margini o, anche, lavoro non standard - caratterizza profondamente la realtà socio-economica e la relativa regolazione giuridica. E la caratterizza nel senso che la disciplina dei lavori flessibili - specie quella dei quattro qui considerati - pone l'accento sulla maggiore flessibilità che essi consentono all'organizzazione datoriale piuttosto che sulle maggiori tutele per il lavoratore utilizzato. Sotto questo profilo le date di nascita dei diversi tipi perdono rilevanza analitica: ad esempio il contratto a termine - unico "tipo" con quarti di nobiltà "codicistica" - vale quanto e più delle altre tipologie se caratterizzato da una disciplina che offre ampia tutela alle esigenze di flessibilità datoriali. Tant'è che i pur necessari contemperamenti con la tutela degli interessi dei lavoratori vanno oggi cercati all'interno di una disciplina post-vincolistica⁷ lontana anni luce da quella che, nei primi anni '60 del secolo scorso, aveva sradicato proprio il contratto a termine dall'originario contesto flessibile in cui il codice lo contemplava, affiancandolo alla "nuova" figura del contratto di lavoro a tempo indeterminato (nato come si sa nella nostra Italia solo a Novecento inoltrato).

Però - proprio se si prendono le mosse dalla realtà socio-economica, com'è doveroso per ogni teoria giuridica che voglia tenere insieme valori e tecniche - occorre pure riconoscere che la "coesistenza" delle varie forme contrattuali - standard e non standard - è tutt'altro che assestata e di agevole lettura. E, oltre tutto, dà luogo ad analisi e filosofie contrastate sia

⁵ Accornero, *Era il secolo del Lavoro*, Il Mulino, 1997.

⁶ G. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2017 (giunto alla V edizione). Per un'aggiornata analisi di scenario v. Santoni, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, in DML, 2018, p. 5 ss.

⁷ V. L. Zoppoli, *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in Saracini-Zoppoli, cit., p. 13 ss.

quanto ai dati socio-economici⁸ sia sul versante delle riflessioni etico-giuridiche⁹. In tutto ciò il diritto funge da specchio¹⁰ e, al contempo, moltiplicatore delle trasformazioni socio-economiche ed esistenziali. Ancor più se il discorso giuridico si incentra sui valori, che, comunque intesi, concorrono a porre le fondamenta di qualsiasi edificio regolativo.

2. Segue: due questioni "preliminari".

Al riguardo si pongono ancora alcune questioni da considerarsi preliminari: A) nei lavori flessibili la questione giuridica dei valori si pone in modo diverso da come si pone in generale?; B) quali "nuovi valori" o quale rinnovamento di "vecchi valori" ha comportato il progressivo incremento di lavori flessibili nel nostro diritto del lavoro?

⁸ Ad esempio per i contratti a termine occorre differenziare i flussi – cioè i dati "istantanei" sulle assunzioni, che danno percentuali sempre molto alte – da quelli sugli assestamenti, cioè sulla composizione degli organici valutati su periodi di tempo più ampi (destagionalizzati). La diffusione del lavoro in somministrazione è assai altalenante, in riduzione dalla fine del 2018 e comunque incentrata su missioni brevi e reiterate. Si deve poi tener conto dell'alternatività/sequenzialità delle forme contrattuali (trasformazione di termine e somministrazione in cti; valutazione dell'impatto degli incentivi sulla stipulazione di cti). Nonché della genuinità di certe tipologie contrattuali rispetto alla loro diffusione coattiva (quest'ultima pare molto incidere sulla recente moltiplicazione dei part-timers in Italia). In una zona intermedia tra realtà e norma si pone poi la fondamentale questione della corretta tipizzazione dei diversi interessi, in primis quelli dei lavoratori (v. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina dei lavori flessibili*, relazione alle giornate AIDLASS 2002). Invece azzerare le differenze contrattuali il dato macroeconomico sulle ore lavorate che ci dice che tutta la sarabanda dei tipi contrattuali messa in scena da 10 anni a questa parte non ha in alcun modo incrementato la domanda complessiva di lavoro in Italia. E, forse, ci dice anche che se aumentano gli occupati a parità di ore lavorate si riducono i rapporti full-time. Sulla base del rapporto Istat di giugno 2019 Adnkronos calcola che in Italia i part-timers involontari sono più che raddoppiati (da 1,3 milioni a 2,8 milioni) dal 2008 al 2018, con una percentuale del 69% tra le donne (circa 1,9 milioni): v. S. Temperini, *Part time involontario, è boom*, www.adnkronos.com, 23 giugno 2019. L'ultimo rapporto ISTAT sul mercato del lavoro (settembre 2019) stima il part-time involontario intorno al 64 %. Su questo fenomeno v. anche A. Occhino, *Povertà e lavoro atipico*, in LD, 2019, p. 103 ss. In generale molto interessante, anche se con riguardo soprattutto alla disciplina del licenziamento, Senato della Repubblica, *La flessibilità del mercato del lavoro aumenta l'occupazione? Cosa ci dicono teorie, studi e ricerche sulle riforme degli ultimi 20 anni*, Documento di valutazione n. 7, gennaio 2018.

⁹ Indimenticabile M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in Quad.DLRI, 2002, p. 9. In generale, sempre di M. Napoli, *Lavoro Diritti Valori*, Giappichelli, 2010; anche P. Tullini (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, 2009.

¹⁰ Su questa metafora v., con significati molto più ampi, Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Einaudi, 2018 (ma per alcune notazioni importanti sui valori nel diritto e sulla distinzione dai principi v. p. 237 ss.).

A) Alla prima questione sembra potersi (doversi) dare una risposta ovvia: i valori comunque nelle nostre analisi contano in quanto giuridificati¹¹. Subito però la soluzione diviene meno semplice se ci si chiede chi "giuridifica" i valori (e quando e come?). Di certo dalla metà del Novecento in poi tale giuridificazione non può essere più opera esclusiva del legislatore ordinario. Non c'è infatti piena disponibilità dei valori da parte del legislatore. Le scelte del legislatore devono risultare compatibili con quelle ricavabili dal quadro costituzionale, pur dinamicamente considerato. Il quadro costituzionale costituisce dunque un limite, dando vita a quelli che altrove abbiamo chiamato "vincoli di sistema"¹². Ma i vincoli non sono propriamente i valori, bensì la traduzione giuridica dei valori in principi e, talora, anche in regole costituzionali piuttosto precise, da cui scaturiscono diritti (e doveri) che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare. Con l'incremento (o il progressivo protagonismo) dei lavori flessibili probabilmente è sempre più emerso un problema che storicamente la Costituzione italiana non affronta: il principio lavoristico, su cui quella è incentrata, ha una valenza valoriale ampia e diffusiva, ma non tarata sulla tipologia contrattuale perché le tutele che quel principio comporta, da un lato, vanno calate nel contesto codicistico in cui in origine troneggia un lavoro subordinato dai tratti giuridico/identitari unitari ma, all'epoca, ancora da definire e, comunque intrinsecamente, "flessibili" (le

¹¹ L'affermazione può apparire semplicistica e *tranchant*; in realtà corrisponde ad una scelta metodologica a mio parere preliminare e irrinunciabile se si vuole salvaguardare un comune statuto epistemologico "minimo" per le scienze giuridiche, base ineliminabile anche per mantenere aperto il (difficile, sempre più difficile) dialogo tra teoria giuridica (dogmatica) e tecniche applicative (giurisprudenza) nella nostra materia. Tra i pur suggestivi riferimenti (v. l'introduzione di Del Punta – cui *adde* Del Punta, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 395/2019 - e le relazioni di Caruso e Perulli al convegno fiorentino citato in apertura), da un lato, all' *homo oeconomicus* – insito nel richiamo dei giuslavoristi al realismo economico – e, dall'altro, ad una nuova filosofia dei valori non più "neutrale" e meramente "compromissoria" – che a me pare aprire le porte ad una sorta di diritto etico prodromico allo Stato etico - io preferisco riferirmi all'*homo juridicus* oggetto di un bel libro di Alain Supiot del 2007 (e ben diverso dall'*homo legalis* su cui v. Zagrebelsky, op. cit., p. 341 ss.), che, certo, non espunge i valori dal discorso giuridico, ma costringe a fare i conti con il fondamento e la configurazione dei concetti e delle categorie giuridiche, pur nella loro costante evoluzione. Se poi si vuole spingere il discorso oltre i confini scientifici del diritto mi pare interessante tener conto anche dell'attualità delle analisi marxiane: v., di recente, *Marx et le droit*, in *Droit & Philosophie*, 2019, n. 10 (monografico) ed ivi, in particolare, Cukier, *Marx et le droit du travail: contradictions, postérité et actualité*, p. 219 ss., che, seppure all'interno di una visione unilaterale e a mio parere anacronistica del diritto del lavoro, ripropone quelle analisi al fine di "*d'inventer des instruments juridiques adéquates pour limiter les nouvelles formes d'exploitation et d'aliénation*" (p. 240).

¹² De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Editoriale scientifica, 2004, ed ivi, in particolare, A. Zoppoli, *Lavori e valori*, p. 13 ss.

tutele contro i licenziamenti emergono solo nel 1966; il contratto a termine non è regolato in modo restrittivo fino al 1962); mentre dall'altro il principio lavoristico è tutto costruito intorno ad un asse bipolare costituito dalla persona (valore ontologico/esistenziale di tipo *anche* privatistico) e dal cittadino (valore politico di tipo pubblicistico): un asse al quale è in fondo estranea la dimensione regolativa incentrata sul contratto inteso come istituto *squisitamente* privatistico, cioè calato nel diritto della proprietà e degli affari. In sintesi può dirsi che il nesso tra principio lavoristico di rango costituzionale e disciplina della o delle fattispecie contrattuali attraverso cui "filtra" la disciplina del lavoro subordinato è stato costruito successivamente, mentre si edificava il moderno diritto del lavoro (e, sia detto per inciso, cambiava anche il diritto comune dei contratti). Sotto questo profilo l'esplosione dei lavori flessibili – un insieme caratterizzato dalla maggiore rilevanza valoriale della flessibilità datoriale – arriva quando intorno al contratto di lavoro tipico già si è costruita una fitta rete di principi/valori costituzionali e in questa rete quella esplosione apre una molteplicità di smagliature.

B) In ordine ai nuovi valori di rango costituzionale introdotti attraverso l'esplosione delle tipologie non standard le risposte devono essere per forza articolate. In fin dei conti il piano "valoriale" costituzionale non pare molto sollecitato dalla progressiva rilevanza assunta dall'insieme dei lavori flessibili. Assai di più contano gli scenari su cui i valori/principi vanno tutelati e le conseguenti tecniche di tutela. Al riguardo la ricognizione è ampia e, di sicuro, impegnativa. Il diritto al lavoro (art. 4), assurgendo per la prima volta a livelli di concretezza sconosciuti fino agli anni '70, sembra doversi bilanciare con le tutele del lavoratore; di conseguenza le tutele nel mercato paiono non più collegarsi alle tutele nel contratto/rapporto, ma in qualche modo giustapporsi¹³. La spinta alla flessibilità pare poi far assumere sempre maggiore rilevanza alle differenziazioni e smaterializzazioni organizzative: le prime sempre esistite e considerate dal legislatore e dalla contrattazione collettiva, le seconde frutto di indubbie novità tecnologiche. Più o meno correlate assumono rilevanza e considerazione regolativa le differenziazioni dei progetti esistenziali di lavoratrici/lavoratori; la flessibilizzazione delle tutele in relazione ai contesti aziendali, professionali e territoriali. Anche le istanze di solidarietà sembrano differenziarsi e complicarsi, richiedendo duttilità regolativa per istituti fondamentali del contratto come la retribuzione¹⁴. Ma difficilmente

¹³ V. la lettura innovativa di Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

¹⁴ V. L. Zoppoli, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 356/2018.

tutto questo si riflette sui valori/principi costituzionali. Piuttosto porta ad interrogarsi profondamente su come mantenere effettivo e attuale il principio lavoristico nelle diverse accezioni anche regolative che esso ha assunto fino alle soglie del nuovo millennio.

Comunque, anche se sono ben scarsi i riflessi diretti e formali sul testo della Costituzione italiana, al riguardo occorre massimamente considerare un'altra grande trasformazione del contesto giuridico, anche costituzionale, derivante dall'incrocio con il costituzionalismo multilivello, di marca essenzialmente europea. Esso ha attraversato varie fasi e momenti e appare ancora in trasformazione¹⁵. In particolare la questione di quanto il livello europeo abbia veramente interessato i valori/principi riguardanti il contratto di lavoro mi pare ancora controversa, come pure quella della più o meno ampia permeabilità degli ordinamenti nazionali forniti di un salvagente protettivo costituito dai propri, pur dinamici, irrinunciabili principi identitari. Di sicuro comunque il diritto europeo - anche quello "sociale" e specificamente quello derivato dai trattati in materia di lavori flessibili - ha riguardato soprattutto scenari e tecniche di tutela, incidendo sulle interpretazioni della Costituzione italiana che meno sembravano in armonia con i principi della libera concorrenza. Però proprio in ordine a individuazione di principi, libertà e diritti fondamentali (anche sociali) e agli equilibri tra loro il diritto dell'Unione ha a lungo oscillato e appare tutt'altro che granitico. Da ultimo - anche per scongiurare le insidie di sovranismi vecchi e nuovi - sembra riprendere quota e rilevanza politico-giuridica la dimensione sociale, grazie soprattutto ai recenti principi del c.d. *Social Pillar*¹⁶. Tra questi molto qui interessa il principio n. 5, relativo all' "occupazione flessibile e sicura". Se già nella rubrica riecheggiano le suggestioni della ormai quasi ventennale *flexicurity*¹⁷, il dosaggio dei risaputi "mantra" di quella stagione non è del tutto scontato e non vanno sottovalutate alcune "gradazioni" valoriali formulate con una semantica che il giurista non deve sminuire. Mentre infatti "I lavoratori hanno diritto a un

¹⁵ In sintesi: *embedded liberalism*; armonizzazione; allargamento di stampo liberista; costituzionalizzazione dei diritti fondamentali; *flexicurity*; protezionismo e sovranismi; pilastro sociale europeo. Su questa evoluzione v., da ultimo, Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Un'introduzione critica*, Wolters Kluwer, 2017 e *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in DLM, 2019, spec. p. 51 ss.

¹⁶ Su cui v. Corti, op. cit.; Giubboni, op.ult.cit.; ma anche Ales, *Il modello sociale europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?*, in DLM, 2017, p. 485 ss.; Ratti, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali*, cit., p. 7 ss.

¹⁷ Su cui v., da ultimi, Corti, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, 2018, *passim* e sul punto specifico p. 73 ss.; Barbera, *Tre narrazioni della flexicurity*, in RGL, 2018, I, p. 557 ss.

trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione" indipendentemente "dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro", ai datori di lavoro "è garantita ... la necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico", ma "conformemente alle legislazioni e ai contratti collettivi". Sul piano dei principi la tutela (*security*) dei lavoratori sembra "il valore" preminente, mentre la flessibilità datoriale una "necessità" da non ignorare. E, sempre sul piano valoriale, si afferma che "è promossa la transizione a forme di lavoro a tempo indeterminato" e che "vanno prevenuti (o evitati) i rapporti di lavoro che portano a condizioni precarie, anche vietando l'abuso dei contratti atipici". Su queste "formule" è giusto interrogarsi e non farsi prendere da nessun furore assolutizzante, positivo o negativo¹⁸. Però tra valutazioni giuridiche rigorosamente pessimistiche, ma un po' ingenerose¹⁹ e inviti ad una lettura pragmatica e possibilista sulla portata innovativa del *Social Pillar*²⁰, a me pare che sia proprio il piano dei principi giuridici ad essere sollecitato verso una direzione di moderata ripresa di valori meno condizionati da scenari puramente economico-

¹⁸ D'altronde sono anni che nel diritto europeo e in quello nazionale esiste un principio chiaro secondo cui "il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro" (v. direttiva 1999/70 sul contratto a termine considerazione generale n. 6 e, da ultimo, art. 1 d.lgs. 81/15; ma anche la direttiva 2008/104 sul lavoro in somministrazione, considerando n. 15), sulle cui concrete ricadute giuridiche ancora si discute: V. Bollani, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2013, p. 134; M. Barbera, "Noi siamo quello che facciamo". *Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in DLRI, 2014, p. 631 ss.; Alessi, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in DLRI, 2015, p. 635 ss.; Perulli, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in Perulli-Fiorillo (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 1 ss.; Cester, *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, in Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2016, p. 73 ss.; Ferrara *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali*, cit., p. 168; Sitzia, *op.cit.*, p. 5

¹⁹ Giubboni, *Oltre il pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in Bronzini (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2018, p. 18. Sulla stessa falsariga, guardando però agli orientamenti della CGUE e in specie alle operazioni di bilanciamento interordinamentale, Lo Faro, *La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo?*, in RGL, 2019, I, p. 361, che parla di prevalenza delle "esigenze di un primato del diritto UE alimentate da una precomprensione assiologica dei valori dell'Unione che nemmeno le modifiche introdotte a Lisbona sono sin qui riuscite a modificare". Si potrebbe aggiungere: c'è anche un'Europa sociale dopo Lisbona!

²⁰ B. Caruso, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, *ibid.*, p. 41-42.

competitivi. Anche se l'occhio esperto e pragmatico del giurista ci induce a considerare questo dosaggio innovativo di principi per quello che è: un annuncio di regolazione da tradurre con coerenza e incisività in adeguate tecniche normative, fornite delle necessarie sanzioni. Ad esempio sarebbe importante una regola assai più chiara di quelle esistenti sulla fattispecie – possibilmente unitaria o potenzialmente generalizzabile - dell'abuso di contratti atipici nel diritto sociale europeo²¹.

In ogni caso il *Social Pillar* non appare un episodio isolato e confinato alle buone intenzioni pre-elettorali. Tra il 2018 e il 2019 si segnala una ripresa della regolazione sociale europea tramite direttive ispirate da più penetranti principi di tutela dei lavoratori, che interessano i valori "indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro" (v. la nuova direttiva distacco 2018/957 del 28 giugno 2018; la direttiva su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili 2019/1152 del 20 giugno 2019, che in premessa richiama esplicitamente il principio 5 del *Social Pillar*; la direttiva sulla conciliazione vita/lavoro 2019/1158 sul *work-life balance* per genitori e prestatori di assistenza del 29 luglio 2019). Ciascuna direttiva va analizzata dettagliatamente. Però appare un dato di tutto rilievo che sul piano della costituzione multilivello valori e tecniche convergano nel presidiare le tutele dei lavoratori come un *prius* rispetto alle esigenze di flessibilità delle imprese. Spesso si tratta di norme da precisare in fase traspositiva. Sul piano dei principi ci sono comunque acquisizioni di rilievo: ad esempio quella sul diritto a modalità di lavoro flessibili nell'interesse del lavoratore con figli di età inferiore a otto anni o prestatori di assistenza (art. 9 direttiva 2019/1158), che prevede anche che "in caso di successione di contratti a termine con lo stesso datore di

²¹ Sull'abuso della somministrazione v., da ultimi, Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in Chiaromonte-Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali*, cit., p. 165 ss.; Sitzia, op.cit. Tra l'altro di recente si esprimono autorevoli, ancorché affrettate, opinioni, secondo cui nella normativa europea non ci sarebbe l'obiettivo della prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione: v. Cass. 8 gennaio 2019 n. 197. Interessante ai fini della collocazione sistematica dell'istituto ma con riferimento specifico al lavoro pubblico anche Cass. 16 gennaio 2019 n. 992, con commenti di N. De Angelis, in RIDL, 2019, II, p. 270 ss. e di I. Zoppoli, in LPA, 2019 (in corso di pubblicazione). In concreto di grande rilievo è la questione della vincolatività dell'art. 5 par. 5 della direttiva 2008/104 e dell'applicabilità dei rimedi per la successione di contratti a termine anche al lavoro interinale (v. ancora Ferrara, op.ult.cit., e Sitzia, op.ult.cit.). Su tutto ciò ha inciso sensibilmente il c.d. decreto dignità reintroducendo, seppur ambiguamente, la causale per la somministrazione a termine e rivisitando l'apparato sanzionatorio (v. anche Di Noia, op.cit.; Passalacqua, op.cit.; Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, in RIDL, 2019, I, p. 227 ss.), ma non risolvendo affatto tutti i problemi di una normativa che si presenta ancora a maglie larghe e che rischia di spingere le agenzie soprattutto verso l'utilizzo di somministrazioni "di breve e brevissima durata inferiore all'anno" (v. soprattutto Ferrara, op.ult.cit., p. 250).

lavoro la somma di tali contratti è presa in considerazione ai fini del calcolo dell'anzianità".

3. Storicità del diritto (anche dei lavori flessibili).

Il complesso quadro ordinamentale finora descritto, mentre mette in rilievo quanto sia imbrigliato il legislatore ordinario, dimostra pure che i valori/principi sono dinamici, anzitutto sotto il profilo della loro storicità. Nulla del resto potrebbe porre la dimensione giuridica – anche quella di maggior rango – al riparo della storia, rendendo immutabili determinati assetti regolativi. Ma la mera mutazione politico-culturale deve riflettersi con chiarezza nel tessuto giuridico prima di poter assumere rilevanza ermeneutica tanto giurisprudenziale quanto dogmatica. Al riguardo si è di recente osservato che proprio le eccessive resistenze in ordine alle modifiche da apportare alla disciplina legislativa del principio dei contratti flessibili - il contratto a termine - avrebbe esposto il diritto del lavoro italiano ad una sorta di nemesiaca deflagrazione, mettendolo alla mercé della flessibilità più spinta²². L'argomento - evocando una sorta di scontro tra "il diritto" e "la storia" - è suggestivo e può risultare persino convincente. Tuttavia la questione della tenuta "storica" dei principi/valori non è affatto semplice, specialmente se assume come test di particolare significanza un profilo tecnico di dettaglio. Nel caso dei contratti a termine un rilievo primario sembra assumere la questione della "causalità" del contratto stesso, ritenuta da alcuni, nel bene o nel male, strumento cruciale di controllo, *in primis* giudiziario, proprio per prevenire la precarietà²³.

Al riguardo il rischio è però di scambiare la tecnica per il valore/principio. La tecnica può essere o risultare superata sia perché inadeguata sia perché può aver dato cattiva prova di sé. E sotto questo profilo della casualità nel contratto a termine si può discutere senz'altro, anche se è difficile immaginare un meccanismo più stringente che consenta un controllo giudiziario a garanzia della fondatezza dei presupposti per instaurare un rapporto di lavoro che risponda a specifiche esigenze temporanee e non durature²⁴. Però possono esserci altre tecniche per prevenire l'uso del lavoro a termine come strumento di precarietà dei

²² De Luca Tamajo, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, in, DLM, Quad. 5, 2018, spec. p. 325.

²³ V., per tutti, con orientamenti opposti: Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 10 ss.; De Luca Tamajo, op. ult. cit.

²⁴ Oltre che un controllo sui valori di cui è portatrice un'impresa: V. Barbera, *Siamo...*, cit., p. 637.

rapporti lavorativi. Il principio/valore consiste nel contrasto alla precarietà, che deve soprattutto essere efficace: con o senza causalità. È la resistenza di questo principio/valore che va misurata sui mutamenti culturali e, se si vuole, sui rapporti di forza tra i portatori dei vari interessi. La domanda davvero difficile è "quando la mutazione politico-culturale soggetta al fluire della storia può o deve tradursi in un mutamento dei valori giuridificati"? E questa domanda porta essenzialmente alla questione dei rapporti di forza tra soggetti, soprattutto collettivi, portatori di interessi/valori (anche materiali o economici) diversi e non di rado contrapposti²⁵. Certamente si tratta soprattutto di una questione di rappresentanza sociale e politico-legislativa: dove però, come prima si è detto, contano anche i vincoli derivanti dall'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Quanto alla "causalità" del contratto a termine i più recenti sviluppi (v. soprattutto il c.d. decreto dignità, d.l. 187/18 conv. con l. 96/18) e uno sguardo di diritto comparato²⁶ dimostrano in verità che essa non appare del tutto superata nemmeno come tecnica: anche se la sua riproposizione non è rimedio dalla sicura efficacia per contrastare la precarietà (addirittura può accelerare il *turn over* dei lavoratori assunti a termine specie se, come nel "decreto dignità", richiesta solo per i contratti successivi al primo di un anno e abbinata a più ridotti limiti di durata complessiva dei rapporti a termine²⁷). Tuttavia la dinamica storico-politica nel riflettersi sul piano giuridico trova notevoli complicazioni negli ordinamenti con Costituzioni che giuridificano valori plurali/sti, intrecciandoli e proteggendoli all'interno di sistemi di democrazie procedurali incentrati su valori come libertà e lavoro. Così i processi di adeguamento ordinamentale dei valori giuridificati ai processi storico-politici si complicano, si rallentano e si svolgono inevitabilmente anche al di fuori delle aule parlamentari. Tra i soggetti dell'adeguamento si inseriscono necessariamente anche i giudici e segnatamente i giudici costituzionali o, più inclusivamente, tutte le Alte

²⁵ Qui Bavaro, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in RIDL, 2019, I, p. 175 ss, ha ragioni da vendere: ma su un piano che conduce fuori da ogni discorso tecnico-giuridico, rendendo marginale in definitiva tutta la dimensione complessiva e complessa della regolazione non formalistica delle società moderne.

²⁶ V., da ultimo, Saracini-L. Zoppoli, cit., 379 ss.

²⁷ In questo concordo con De Luca Tamajo: v. L. Zoppoli, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP D'Antona n. 377/2018 (ma anche Bollani, *Contratto a termine e somministrazione*, in DPL, 2018, p. 2367 ss.; Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *www.giustizia.com*, 3 settembre 2018; Sartori, op.cit., 677 ss.) Anche se ora occorre dare peso adeguato all'incremento delle trasformazioni dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato: v. il rapporto INPS citato in nota 2.

Corti: il cui *ius dicere* incide sul catalogo, sulla semantica e sul "dimensionamento" dei valori in grado di condizionare l'intero sistema regolativo. In questo scenario assume rilevanza cruciale il discorso sul bilanciamento dei valori/interessi/principi/diritti.

4. Il bilanciamento di valori e interessi nei lavori flessibili.

Il bilanciamento infatti riguarda molto la tecnica o le tecniche dell'ermeneutica anzitutto giurisprudenziale (topografia dei diritti/interessi, analisi/integrazione delle norme costituzionali; tassonomia di decisioni giurisprudenziali), ma ha assunto nel tempo una tale latitudine e rilevanza da condizionare profondamente gli equilibri complessivi degli ordinamenti giuridici moderni. Com'è noto la "fortuna" delle teoriche e delle pratiche del bilanciamento non è affatto incontrastata²⁸; però - seppure aspramente criticato per i margini di genericità e incertezza che in tutte le sue possibili accezioni non è possibile eliminare - il bilanciamento di valori/interessi giuridicamente rilevanti resta una modalità di funzionamento imprescindibile dei moderni ordinamenti democratici. Infatti il bilanciamento è strettamente legato ad assetti e concezioni non formalistici del diritto, che - sulle ali dei complessi processi di costituzionalizzazione, più o meno risalenti, che forniscono la cornice giuridica in cui coesistono ideologie politiche ed economiche sovente radicalmente inconciliabili - riducono potere e discrezionalità del legislatore ordinario²⁹. Il bilanciamento è per sua natura il contrario della tirannia dei valori, essendo un metodo dinamico per garantire il pluralismo valoriale dell'ordinamento giuridico. Pur essendo tipico di un ordinamento post-positivista (come scriveva D'Antona oltre vent'anni fa), deve però fare i conti con molte reazioni di ritorno ad un pur rivisitato passato giuspositivista e a una qualche insopprimibile propensione alla gerarchizzazione dei

²⁸ V. da ultimo Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc.dir.*, *Annali II*, T. II, 2008, spec. p. 198 ss.

²⁹ Talora certo favorendo anche la prevalenza di valori/principi radicati in ordinamenti relativamente nuovi, come quello dell'Unione europea: v. Lo Faro, op.loc.cit. Ma questo solo perché le dinamiche socio-politiche della rappresentanza di interessi e culture si muovono evidentemente su un piano non più meramente nazionale e non sono ancora tali da produrre nuove integrazioni di poteri regolativi fondati su procedure caratterizzate da un grado accettabile di democraticità (ammesso che la misura della democraticità di un ordinamento possa seguire i canoni utilizzati nei secoli scorsi dinanzi a discorsi che spingono a categorie nuove come democrazia partecipativa, digitale, illiberale, emotiva: v. W. Davies, *Stati nervosi*, Einaudi, 2019).

valori/principi³⁰. Risaltano così sempre più, insieme alle potenzialità, anche i limiti del bilanciamento. Questi riguardano proprio il discorso del controllo di costituzionalità delle leggi, che rende protagonista nel determinare gli equilibri ordinamentali la giurisprudenza costituzionale, affrancandola da logiche strettamente logico-deduttive e imponendole spesso di convalidare o correggere in concreto la relazione intervaloriale oggetto di specifici e mutevoli interventi legislativi. A ben guardare anche il ritorno a concezioni discorsivo-procedurali del bilanciamento sotto l'égida di Habermas non cambia il quadro³¹; anzi lo complica perché quelle concezioni ampliano in fondo il ruolo della giurisprudenza costituzionale nel definire confini e modalità per la costruzione "discorsiva" del bilanciamento, assumendo come valore fondativo dello stesso processo legittimante una nozione e una pratica della democrazia che vanno molto al di là delle procedure democratiche formalizzate in Costituzione³².

In sostanza, comunque le si formulino, teoria e pratiche del bilanciamento possono sfociare in due diversi macro-esiti ben messi in evidenza da Gino Scaccia quasi vent'anni fa: determinare la prevalenza di un diritto sull'altro (riportandoci ad una qualche forma di tirannia dei valori); oppure, secondo l'esperienza più diffusa, realizzare un'accondiscendenza crescente delle Corti costituzionali nei confronti del legislatore ordinario (qualunque sia)³³.

Nè su questa problematica incide granché adottare una prospettiva di *capabilities* – come si propone nelle pagine introduttive dell'incontro di studi fiorentino³⁴ – contrapponendola o affiancandola ad un ordinamento volto a riconoscere diritti al lavoratore subordinato: infatti le *capabilities* sempre in diritti soggettivi devono concretizzarsi e in quanto tali vanno bilanciati con altri diritti soggettivi con cui dovessero entrare in tensione

³⁰ V, per tutti, Bin, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, 1992; Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000; Morrone, op.cit.; G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010; Bavaro, op.ult.cit.; A. Zoppoli, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in DLM, 2019, n. 2.

³¹ Tra i giuslavoristi questa tesi è sostenuta da Del Punta di cui v., da ultimo, *Il "nuovo" giuslavorista*, in DLM, 2016, p. 494-495; ma anche *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in LD, 2013, p. 37 ss.

³² M. Scaccia, op.cit., p. 14 ss., spec. nota 45.

³³ M. Scaccia, op.cit., spec. pp. 398-399.

³⁴ Ma v., anche per rinvii a scritti precedenti dei medesimi autori, Del Punta-Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in LD, 2016, spec. p. 651; Barbera, *Tre narrazioni...*, cit., p. 571.

disarmonica. Ad esempio in quale situazione giuridica si concretizza il diritto ad un lavoro non precario? L'approccio "à la *capabilities*" può condurci a dare maggiore rilevanza al diritto alla formazione continua piuttosto che ad un controllo sulla giustificazione dei contratti precari³⁵, ma comunque occorre poi bilanciare il diritto alla formazione del lavoratore flessibile con quello dell'impresa a utilizzare pienamente la prestazione e, al momento previsto, porre termine al rapporto anche se la formazione non si è realizzata o non ha potenziato le *capabilities* del lavoratore. E in ogni caso le violazioni di un eventuale diritto alla formazione vanno sanzionate bilanciandole con l'incidenza che possono avere sulla libertà organizzativa e negoziale dell'impresa.

Alla luce di queste considerazioni di fondo, può essere rilevante chiedersi cosa è successo nel diritto italiano dei lavori flessibili grazie al controllo di costituzionalità in senso lato effettuato tramite l'uso più o meno esplicito delle teorie del bilanciamento dalle Alte Corti più direttamente investite del compito di individuare e definire - o ridefinire - gli equilibri valoriali. Naturalmente occorrerebbe prendere in esame una vasta giurisprudenza, andando anche al di là dell'insieme tipologico di lavori flessibili qui strettamente considerato. Però il discorso giuridico specifico che si vuole proporre - cioè il bilanciamento come modalità di conferma/censura dei riequilibri valoriali effettuati dal legislatore - rischia di essere poco pregnante se slegato dalla valutazione dei singoli provvedimenti legislativi. Quindi le osservazioni che seguono riguarderanno soprattutto quel limitato numero di sentenze che, in ordine ai lavori flessibili oggetto di questa riflessione, presentano profili di interesse in ordine al bilanciamento dei valori giuridicamente rilevanti. Tuttavia non si può trascurare che gli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale italiana sono nel senso di rilevare un mancato contemperamento tra esigenze dell'impresa e tutela dei lavoratori proprio con riferimento al cuore della legislazione di flessibilizzazione del contratto di lavoro standard, cioè la flessibilità c.d. in uscita (v. la ormai studiata Corte Cost. 194/2018³⁶). E questo è un punto di approdo che va posto in

³⁵ Molto interessante al riguardo l'attenzione prestata al tema dall'ultimo CCNL per le agenzie di somministrazione: v. D'Ascenzo, *La somministrazione di lavoro dopo l'accordo di rinnovo del CCNL del 21.12.2018*, in *Bollettino Adapt.it* del 19 gennaio 2019.

³⁶ V., per tutti, gli scritti raccolti da DRI, 2019, n. 1 e 2, di Bollani, Maresca, Tosi (due saggi), Tursi, L. Zoppoli, Magnani; nonché Mariucci, Ballestrero, Martelloni e Novella nel numero (quasi) monografico di LD, 2019, n. 2; e Saracini, De Luca Tamajo, A. Zoppoli, tutti in DLM, 2018, n. 3 e 2019, n. 2; Andreoni-Fassina (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale*

relazione con le valutazioni giurisprudenziali riguardanti la flessibilità c.d. in entrata.

A quest'ultimo riguardo il materiale più ricco, sia per quantità sia per qualità, riguarda il lavoro a termine³⁷; in misura minore il part-time³⁸. A guardarla nelle grandi linee questa giurisprudenza ragiona di bilanciamento soprattutto in ordine a tecniche di repressione degli abusi, volontarietà del contratto o di clausole dello stesso, efficacia delle sanzioni per atti o comportamenti *contra legem*: e quasi sempre, quando si tratta di giurisprudenza costituzionale, rigetta le questioni di costituzionalità sulla nuova legislazione. Di un certo rilievo sono anche le questioni riguardanti il rispetto degli obblighi di parità di trattamento e dei divieti di discriminazione³⁹. La mia impressione complessiva è che nella misura (scarsa) in cui questa giurisprudenza ha approfondito il discorso sulla rilevanza giuridica dei valori costituzionali nella disciplina dei lavori flessibili, ha soprattutto preso fortemente in carico il diritto al lavoro: però più attraverso una presunta potenzialità delle virtù sistemiche della libertà di impresa⁴⁰ che con una precisa individuazione delle situazioni giuridiche dei titolari del "nuovo" diritto al lavoro che il bilanciamento apparentemente vorrebbe tutelare. Su questi orientamenti molto ha inciso

sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?, I seminari della Consulta giuridica CGIL, Ediesse, con relazioni e interventi di Andreoni, Pallante, Speciale, Ponterio, Giubboni, Orlandini, M. Barbieri, D'Onghia, Esposito, Lassandari, Pallini, Scarpelli; i saggi di Gambacciani, Pisani, Proia, Sigillò Massara in MGL, 2018, fascicolo unico; Speciale, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in RGL, 2019, II, 3 ss.

³⁷ V. Corte Cost. 303/2001 (risarcimento); 89/2003 (lavoro pubblico); 214/2009 (poste); 107/2013 (sostituzione lavoratori); 226/2014 (risarcimento); 187/2016; 248/2018 (lavoro pubblico): quasi tutte non accolgono le questioni di costituzionalità riguardanti norme di legge che riducono le tutele per i lavoratori a termine. Per la CGUE v. Adelener del 2006; Impact e Angelidaki, entrambe del 2009; Sorge del 2010; Kukuk del 2012; Carratù e Papalia entrambe del 2013; Flamingo e Mascolo, entrambe del 2014; Peter Lopez del 2016; Santoro e Sciotto del 2018; Rosatto del 2019 (moltissime, soprattutto dal 2013, sul lavoro pubblico).

³⁸ V. Corte Cost. 210/92; e le sentenze della CGUE Mascellani del 2014; Bruno-Pettini del 2010; Michaeler del 2008; Wippel e Pfeiffer, entrambe del 2004.

³⁹ V. P. Bozzao, *Corti superiori e accesso alla sicurezza sociale dei part-timers*, in DLM, 2018, n. 1. In precedenza M. Aimo, *Il dialogo tra le Corti e la disciplina del lavoro a termine*, e Delfino, *Contratto a termine e "circolarità" della nozione eurounitaria di lavori flessibili*, in Saracini-L. Zoppoli, cit., risp. p. 331 ss. e 359 ss.

⁴⁰ Sulle quali possono anche incidere i più recenti orientamenti degli imprenditori (v. il documento di 200 grandi aziende americane riunite nel *Business Roundtable* di cui dà notizia *la Repubblica* del 20 agosto 2019) volti a enfatizzare la responsabilità ambientale e sociale come componente della propria visione deontologica, ma non prima che tale visione giunga a configurare la concreta struttura giuridica dell'impresa e in quella esatta misura. In sintesi, e in termini tecnici, occorre distinguere l'etica manageriale dal diritto societario.

il diritto della concorrenza di matrice europea, anche per la sua eccessiva indeterminatezza nel definire i confini dell'abuso di contratti atipici nelle diverse fattispecie⁴¹.

Un discorso a sé meriterebbe la questione del c.d. principio di non regresso, pure di matrice europea, che avrebbe potuto costituire un limite generale di qualche pregio valoriale (traccia se ne trova nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, art. 53) se inteso come salvaguardia del livello di protezione dei diritti raggiunto in ciascun ordinamento nazionale. Però anche qui la giurisprudenza europea ha stigmatizzato ogni cristallizzazione dei trattamenti garantiti dal legislatore ordinario, manifestando varie resistenze in nome di un'enfatizzazione del primato del diritto dell'Unione sugli ordinamenti nazionali⁴² e circoscrivendo il principio ai diritti umani e alle libertà fondamentali espressamente tutelati dalle costituzioni nazionali o dal diritto internazionale e/o europeo.

Resterebbero da analizzare le clausole di non regresso contenute in ciascuna direttiva: ma anche quelle lasciano in genere un ampio margine a trasposizioni peggiorative, prevedendo in genere solo che "l'attuazione della direttiva non costituisce motivo per giustificare una riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori negli ambiti da essa trattati" (v. le ultime direttive 2019). Talora si aggiunge anche che la suddetta formula (denominata "divieto di riduzione del livello di protezione") "non pregiudica il diritto degli Stati membri e delle parti sociali di stabilire, alla luce del mutare delle circostanze, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse da quelle in vigore (*ad una certa data*), purché siano rispettati i requisiti minimi previsti dalla...direttiva" (così art. 16 par. 2 della direttiva 2019/1158). E in questo modo diviene chiaro che in ogni regolazione di stampo europeo occorre delimitare quelli che, più o meno chiaramente, devono essere considerati "requisiti minimi" che però vanno ricavati dalla specifica disciplina e non dalla preesistente normativa nazionale. Viene così ribadito che ogni vincolo di non regresso si traduce essenzialmente in un onere di motivazione a carico dei soggetti nazionali

⁴¹ V. la gran parte delle sentenze citate in note 37 e 38. Per la giurisprudenza di legittimità v., da ultimo, Tria, *Contratti di lavoro a termine e rimedi: lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità*, relazione a convegno di studi del Centro studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Foligno, 1 febbraio 2019, in www.csdn.it.

⁴² V. Lo Faro, op. cit., p. 359. In maniera molto puntuale, anche per esaurienti indicazioni bibliografiche, v., da ultima, M. Aimo, *Il dialogo tra le Corti e la disciplina del lavoro a termine*, in Saracini-L. Zoppoli, cit., p. 331 ss.

che producono una nuova regolazione eventualmente peggiorativa dei precedenti livelli di tutela⁴³.

In questo modo molti ostacoli al ridimensionamento della tutela dei lavoratori sono stati sempre più ridotti o eliminati. Pur se va riconosciuto che con il ricorso alle tecniche del nucleo essenziale (ad esempio quanto alla forfetizzazione del danno prodotto nel contratto a termine *contra legem*⁴⁴) o dei principi irrinunciabili di tutela ricavabili dal sistema (consenso del lavoratore nel part-time⁴⁵) non v'è stata una integrale liberalizzazione dei lavori flessibili o, detto in altro modo, una resa totale alle esigenze di flessibilità delle imprese. In effetti, seppure in un quadro in cui è possibile sempre individuare e in qualche modo gerarchizzare i diritti dei lavoratori rispetto alla libertà di impresa, le teorie del bilanciamento utilizzate dalla giurisprudenza sui lavori flessibili hanno manifestato "un elevato rispetto verso le scelte del legislatore"⁴⁶. Talvolta addirittura alcuni principi di tutela storici (come quello dell'unicità del datore/utilizzatore⁴⁷) sono stati radicalmente messi in discussione senza un vero e proprio avallo giurisprudenziale di rango costituzionale (ad esempio con riguardo all'abuso del contratto di somministrazione⁴⁸).

⁴³ Su questo onere di motivazione che diviene onere per gli Stati "di dimostrare la sussistenza dei motivi diversi che ... hanno condotto a compiere scelte di politica legislativa comportanti effetti di regressione degli *standards* già esistenti" v. Aimo, op.ult.cit., p. 353 ss.

⁴⁴ V. da ultimo anche Cass. 16 gennaio 2019 n. 992, cit. Al riguardo è interessante quanto sottolinea la Aimo nello scritto più volte citato (p. 347), cioè che la nostra Corte costituzionale nell'"applicare" i criteri della CGUE riguardanti l'onere di motivazione che deriva dalla clausola di non regresso, ha ritenuto che il peggioramento dei meccanismi risarcitori determinati in misura forfettaria non ha la finalità di recepire alcuna direttiva, ma di "assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno a fronte della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro" (Corte Cost. 226/14. *Contra* Menghini, *L'indennità ex art. 32 della legge n.183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in RGL 2012, II, p. 34 ss.). Più in generale è interessante ai fini del bilanciamento pure qualche recente pronuncia della Corte Costituzionale in materia di sicurezza sociale come la 50/19: v. Fontana, *Reddito minimo disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 389/2019.

⁴⁵ V. Corte Cost. 210/92. Diffusamente Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studi sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, p. 255 ss.

⁴⁶ Sempre Scaccia, p. 398.

⁴⁷ V. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli, cit., p. 91 ss. D. Garofalo, *Il perdurante divieto di interposizione*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, 2017, vol. II, p. 3 ss.

⁴⁸ V. dottrina e giurisprudenza cit. in nota 21.

Se un limite all'accondiscendenza verso ogni legislatore c'è stato, esso è stato rinvenuto nel principio di eguaglianza (*sub specie* di ragionevole differenziazione di discipline: emblematica ancora la 194/2018), un limite importantissimo che riconduce alla coerenza ordinamentale, ma che rischia di attenuare proprio l'impatto giuridico dei valori specifici che costituiscono il perno di certi assetti disciplinari come quello giuslavoristico⁴⁹. Favorendo così il riflusso del contratto di lavoro nel diritto comune dei contratti: che – qualunque cosa nel merito se ne pensi – comunque non è più quello originario dominato dalla più ampia libertà delle parti contrattuali⁵⁰.

Dinanzi a questi sviluppi interpretativi delle Alte corti si potrebbe esprimere un apprezzamento più o meno rassegnato, considerandoli come inevitabile effetto dei mutati rapporti tra economia – intesa come veicolo di affermazione incontrastabile del mercato globalizzato – e diritto – da cui è inutile far germinare tutele anacronistiche se confinate negli ordinamenti nazionali. O, come di recente più spesso si dice, effetto dei mutati rapporti tra tecnologie – ormai digitali e capaci di sfuggire ad ogni statica categorizzazione – e tutele – sempre meno imputabili a soggetti chiaramente individuabili. Con entrambe le proposizioni si finisce però per avallare la tesi secondo cui, dinanzi a processi reali che seguono il loro corso, nulla può la giuridificazione di valori divenuti privi di radicamento nella realtà. In fondo non resterebbe spazio se non per un "diritto mimetico", cioè appiattito su – veri o presunti – processi reali.

Tali posizioni "rassegnate" in ordine alla possibile riaffermazione di valori/principi appartenenti ancora alla sfera giuridica non solo nazionale a me non paiono però risposte equilibrate e, soprattutto, giuridicamente feconde. Ad esse può contrapporsi un'altra chiave di lettura che vede nei nuovi equilibri ordinamentali visibili intorno alla disciplina dei lavori flessibili non una resa a dinamiche già in atto, bensì un importante terreno di precise politiche economiche dirette a rendere competitivi i diversi sistemi in termini di flessibilità soprattutto economico-retributiva (effetto magari indiretto⁵¹ di una minore conflittualità dei lavoratori precari), senza troppo enfatizzare la questione salariale in quei settori professionali in cui esistono rigidità maggiori, di varia natura anche sindacale. Queste politiche – non dunque imposte dai "fatti", ma frutto di consapevoli scelte – hanno senza

⁴⁹ V. le considerazioni generali e finali di Bin, op.cit.

⁵⁰ V., per opposte opinioni e per ulteriori citazioni, Tosi, *Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e del suo "dopo"*, in DRI, 2019, p. 640 ss.; De Simone, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio Aidlass 2019 su *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, Udine, 13-14 giugno 2019.

⁵¹ Non di rado infatti i lavori flessibili – il lavoro a termine come quello somministrato – hanno per legge un costo diretto aggiuntivo. Ma al riguardo v. i dati citati da Occhino, op. cit.

dubbio conseguenze significative – non necessariamente positive - sulla tenuta di sistemi economici, specie nelle società di più antica industrializzazione che non possono far conto solo sulla domanda esterna di beni e servizi; ma si ripercuotono anche profondamente sul concreto inveramento dei valori di eguaglianza ed equità nelle condizioni di lavoro.

Proprio il timore o la constatazione di queste ripercussioni inducono sovente a contro-reazioni egualitarie anche le teorizzazioni giuridiche di matrice dottrinale o giurisprudenziale. Contro-reazioni messe invero in crescente difficoltà dalla sempre maggiore vincolatività assunta in ciascuno Stato Ue dal principio del contenimento della spesa pubblica e del pareggio di bilancio, capaci di incidere sensibilmente nel bilanciamento giuridico con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali anche di tipo egualitario⁵². Ciò emerge in particolare dalla copiosa e complessa giurisprudenza sui lavori flessibili – e in particolare sul contratto a termine – nelle pubbliche amministrazioni⁵³, grazie alla quale nel nostro Paese persiste una forte disparità di tutele a livello sanzionatorio.

Tuttavia è innegabile che anche nella regolazione dei lavori flessibili il principio di eguaglianza e i divieti di discriminazione sembrano oggi brillare nel firmamento dei valori/principi giuridificati grazie alla complessiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁵⁴. Al riguardo viene in mente una vecchia, bellissima, canzone di Rino Gaetano che, mentre fotografa l'ineffabile molteplicità delle esperienze di vita, nel *refrain*-titolo gioisce, cantando a squarciagola: "ma il cielo è sempre più blu!".

Purtroppo però l'affermazione del valore egualitario nelle teorie giuridiche si scontra con due notevoli difficoltà pratiche: una, di carattere sostanziale, attiene alla già accennata moltiplicazione delle diseguaglianze socio-economiche difficilmente arginabile in sede giudiziaria; l'altra, di carattere più tecnico-giuridico, riguarda la difficoltà di tradurre i principi in concrete tutele giudiziarie, vista la enorme complessità concettuale e normativa della materia e le incertezze sul piano delle tecniche probatorie anche alla luce del "formante giurisprudenziale"⁵⁵. Alla luce di queste consapevolezze è fin troppo facile rammentare che – con buona pace di

⁵² V., da ultimo, R. Pessi, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, spec. p. 209 ss.

⁵³ Per la sterminata mole di riferimenti v. da ultimi Tria, cit.; De Michele, in WP D'Antona 383/19; Caruso, Alaimo e Ricci, in Caruso (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico*, in DLM, Quad. n. 7, 2019; Boghetich, in Amoroso, Di Cerbo, Fiorillo, Maresca (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

⁵⁴ Da ultimi G. Amoroso, *La discriminazione nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in DLM, quad. n. 5, 2018, p. 19 ss.; R. Santagata De Castro, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente". Nozione, giustificazione, prova*, ESI, 2019.

⁵⁵ V., con particolare attenzione e in chiave comparata, Santagata De Castro, op.ult.cit.

Rino Gaetano - il luogo di inveroamento dei valori/principi giuridici non è il cielo, ma la terra. E allora mi pare indispensabile continuare a cercare altre linee di intersezione giuridica tra cielo e terra.

5. La declinabilità dei valori, con particolare riferimento alla dignità.

È a questo punto del discorso che può diventare interessante dire qualcosa riguardo alla (difficilissima) questione della declinabilità dei valori in riferimento ai lavori flessibili: intendendo con ciò far riferimento alla prospettiva secondo cui una qualche graduazione dei valori nelle tecniche di regolazione dei lavori flessibili potrebbe contribuire ad elevarne l'effettività. Guardando un po' alle origini di questi dibattiti, ho rinvenuto due impegnati saggi di Perulli e di Proia, che, nell'ormai lontano 2002⁵⁶, risolvono entrambi la questione dando risposte negative, anche se con uno sguardo differenziato quanto a scenari e tecniche giuridiche⁵⁷. Si potrebbe essere ancora d'accordo in linea di principio, anche perché se al fondo dei valori giuslavoristici si pone la dignità della persona – come facevano Perulli e Proia nel 2002 e sempre più si tende a fare oggi⁵⁸ - essa, come si ricava anche dal diritto dell'Unione europea (v. le direttive più volte citate e, proprio sul piano valoriale, l'art. 31.1 della Carta dei diritti fondamentali⁵⁹) non è declinabile, se per declinabile si intende una graduazione di tutele a seconda della tipologia di contratto di lavoro. Tuttavia – non potendosi dimenticare le ricorrenti avvertenze sulla profonda ambiguità del termine "dignità"⁶⁰ - non ogni diritto o situazione giuridica riguardano nello stesso modo la dignità della persona o del lavoratore né la persona assume la medesima rilevanza in ordine a tutte le possibili attività che comportano

⁵⁶ Si tratta delle relazioni introduttive al convegno AIDLASS del maggio 2002, *Interessi e tecniche nella disciplina dei lavori flessibili*, Giuffrè, 2003 (molto interessante anche la presentazione di Franco Carinci): Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*; Proia, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, risp. p. 39-139 e 140-206.

⁵⁷ In sintesi: Perulli guarda ai diritti da tutelare nel diritto del lavoro in senso stretto, Proia invece tira chiaramente in ballo il diritto della sicurezza sociale.

⁵⁸ V. le ultime giornate di studio AIDLASS 2019, già citate, e il 48^o convegno nazionale del Centro Studi Domenico Napoletano su *Lavoro e dignità della persona*, Bari, 7-8 giugno 2019. Sulla tematica di recente v. Laforgia, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, ESI, 2018.

⁵⁹ "Ogni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose".

⁶⁰ V., da ultimo, M. Rosen, *Il problema della dignità: una parola con troppi equivoci*, ne la *Repubblica* dell'8 settembre 2019, secondo cui bisogna sempre e preliminarmente resistere "alla tentazione di usare il concetto di dignità come una maschera dietro alla quale soggetti interessati tentano di imporre prescrizioni morali prive della legittimità di un mandato popolare"

un impegno di tipo professionale. Ad esempio non sono sovrapponibili dignità del lavoratore subordinato e dignità dell'imprenditore, essendo la seconda figura una funzione più che un individuo in carne ed ossa (v. art. 2086 c.c., dal 2019 rubricato "gestione dell'impresa"). Mentre, per altri versi, la dignità, anche se assunta nei suoi significati essenziali e comuni ad una tipologia di soggetti (sociali più che strettamente giuridici), come ad esempio i lavoratori subordinati, è suscettibile di essere tutelata con istituti e tecniche giuridici assai diversi tra loro. Non v'è dubbio però che, nel discorso sulla "declinabilità" dei valori, assumono centralità sia l'ambito delle tutele accordate sia la prospettiva della parità di efficacia o di effettività delle tecniche dirette a garantire il rispetto della dignità della persona implicata in una determinata relazione giuridica.

Perciò la prospettiva della declinabilità delle tutele valoriali (specie della dignità) confina con i problemi connessi alla nozione di lavoratore flessibile da tutelare e alla omogeneità dei meccanismi sanzionatori. Due ambiti che appartengono essenzialmente – anche se non esclusivamente – alla competenza regolativa del legislatore.

Andando ad esaminare questi due ambiti nella legislazione italiana sui lavori flessibili si ricava un quadro che, a grandi linee, può essere così descritto:

A) Quanto alla nozione di lavoratore flessibile, pur partendo da una "circularità" eurounitaria⁶¹, si registrano due situazioni: a) la pregiudizialità della questione qualificatoria in termini di subordinazione, b) la sostanziale discrezionalità rimessa sul punto dal diritto dell'Unione alla legislazione nazionale. Come snodi di particolare tensione, si segnala anche che dal diritto europeo viene un obbligo a garantire certi risultati di tutela connessi più che alla tipologia contrattuale alla struttura della subordinazione; e che le tutele tendono a omologarsi ogniquale volta il lavoratore flessibile può essere messo in relazione con un lavoratore subordinato a lui "comparabile" sia in astratto sia in concreto. Ci si trova così dinanzi ad una specie di circularità se non viziosa sicuramente "viziata". Infatti una nozione oggi giuridicamente assai sfuggente come la subordinazione c.d. "strutturale"⁶², che porta con sé quella di "lavoratore comparabile", è il perno o la porta di ingresso della "declinazione" delle tutele. Così, anche se la si volesse praticare con convinzione sul piano delle tecniche di tutela dotate di più

⁶¹ V. Delfino, *La circularità*, cit.

⁶² V., da ultimi, Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP "Massimo D'Antona".IT, 371/2018, p. 8; Romagnoli, *Se l'amore per la specie fa perdere di vista il genere (a proposito del caso Foodora)*, in DLM, 2018, p. 193 ss.

ampia effettività, la declinazione viene consegnata ad un circuito di forte incertezza esegetico-applicativa, in cui gli esiti di un eventuale contenzioso appaiono tutt'altro che prevedibili.

B) Con riferimento ai meccanismi sanzionatori pure si deve registrare una situazione di particolare complessità: dalla nozione presupposta di "abuso di contratti atipici" - che non solo non è unitaria per tutti i lavori flessibili e per tutti gli ordinamenti⁶³, ma si disperde sempre più in una gamma di misure che variamente contemplano: causali, clausole di contingentamento, qualità o quantità di contratti precari all'interno di una medesima tipologia contrattuale (come le "sottospecie" di contratti a termine: si pensi a lavoro privato e pubblico, a differenze settoriali ancora più sofisticate, come enti lirici, poste, scuola), vincoli di natura soggettiva (che possono assumere giuridicamente la veste di diritti di prelazione più o meno effettivi), disciplina sindacale di carattere ampiamente derogatorio - alle sanzioni concretamente azionabili - che possono essere di tipo reintegratorio, integralmente risarcitorio e/o forfettizzate, con enormi ripercussioni sulla loro dissuasività. Tutto ciò rende le tutele anche molto "declinate" quanto a tecniche e concrete misure sanzionatorie, ma rischia di privare il sistema di un baricentro sufficientemente visibile, razionale, condivisibile all'interno di comunità socio-professionali di una certa ampiezza⁶⁴.

Insomma il quadro legislativo specifico dei contratti flessibili, seppure suscettibile di ottimizzazioni in chiave di esegesi tarata sulle singole disposizioni, a me pare non favorire una rassicurante "declinazione" delle tutele a seconda delle diverse coloriture che assumo i valori e, in particolare, la dignità nella morfologia dei lavori flessibili. Oggi come oggi la declinazione delle tutele mi pare un fattore che aumenta incertezza, diseguaglianze e precarietà piuttosto che l'effettività delle tutele stesse⁶⁵.

⁶³ Come sarebbe necessario in una logica di contrasto del dumping sociale - o shopping contrattuale - praticato attraverso il ricorso più o meno ampio ai lavori flessibili. Ciò non significa che in ciascuna direttiva europea non ci sia una nozione di abuso e la previsione di misure specifiche di prevenzione e repressione, ma con una sorta di *décalage* da quella sul part-time a quella sulla somministrazione e con spazi eccessivi a trasposizioni disomogenee e lacunose negli ordinamenti nazionali.

⁶⁴ Oltre alle note questioni su termine e somministrazione, emblematica la questione delle sanzioni nel lavoro intermittente: v. Cester, op. cit.; Lunardon, op. cit.

⁶⁵ Da ultimo ripropone una critica radicale all'abbandono di un obiettivo giuridico di eguaglianza sostanziale tra i lavoratori standard e non standard G. Fontana, *Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 398/2019.

Una soluzione potrebbe essere quella di spostare la tutela universalistica della dignità sul piano della sicurezza sociale, al di fuori della bussola fornita dallo strumento contrattuale, pur tipologicamente articolato⁶⁶. È quanto in parte avvenuto con il reddito di cittadinanza, la cui progressiva affermazione nelle politiche riformatrici degli ultimi anni non può non mettersi in relazione con il crescere della precarietà lavorativa specie sotto l'aspetto della precarietà reddituale (è il fenomeno dei c.d. *working poors*). Qui occorrerebbe però molto approfondire il discorso, che travalicherebbe alquanto un'analisi di valori e tecniche nei lavori flessibili. Solo un'osservazione, alquanto banale: in tal modo valori e tecniche della regolazione tendono ad essere influenzate ancor più che in passato dalla dimensione pubblicistica, per quanto riguarda sia il costo sia l'ampiezza delle tutele, tutte fondate su risorse legate alla fiscalità generale. In epoche di contenimento della spesa pubblica, detassazione dei redditi da lavoro e da profitto, di rilancio della competitività, questa prospettiva non mi pare possa in concreto alzare il livello delle prestazioni legate ai diritti sociali⁶⁷.

6. La negoziabilità dei valori: una questione di tecniche e di misura.

Restando su un piano più tradizionale, si potrebbe ritenere che un maggior equilibrio nella declinazione di valori e tecniche potrebbe conseguirsi riducendo ruolo e peso della legislazione a vantaggio di regolazioni di stampo negoziale⁶⁸. Questa linea di sviluppo porta ad approfondire l'ultima questione alla quale mi propongo di dedicare qualche riflessione, appunto la "negoziabilità dei valori".

⁶⁶ Anche questa "ricetta" è tutt'altro che nuova e può certo farsi risalire al rapporto Supiot, *Il futuro del lavoro*, del 2003 (e non del 2016 come erroneamente si dice in un pretenzioso – e scontato – articolo di M. Bettini, *C'erano una volta i diritti del futuro*, in *la Repubblica* del 10 settembre 2019).

⁶⁷ Diffusa è infatti la critica alla soglia troppo alta individuata per il reddito di cittadinanza (780 euro di base, cioè senza "pesare" il nucleo familiare) introdotto in Italia nel 2019. Se poi si guarda in generale alla configurazione delle tutele previdenziali per i lavori flessibili, non si può che sottolineare come la precarietà è un fattore di forte indebolimento anche di questo versante protettivo, che amplifica i rischi sociali derivanti dalla diffusione dei lavori non standard. In materia la letteratura è ampia. V. per tutti Sandulli, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *Studi in onore di Roberto Pessi*, in corso di pubblicazione.

⁶⁸ Questa prospettiva, in chiave di contrattazione collettiva, è da tempo sostenuta con particolare convinzione da Mario Rusciano, da ultimo in *Metodo e riforme del diritto del lavoro*, in *DLM*, 2018, p. 207 ss.

Prendendo le mosse da un così elevato punto di osservazione si rischia però un qualche senso di vertigine. Leggendo ad esempio il già citato saggio di Perulli del 2002⁶⁹, si ritrova la perentoria affermazione secondo cui il diritto del lavoro moderno è stato edificato intorno a valori "non negoziabili". La visione è tra quelle che sarebbe davvero bello poter condividere e non solo in una dimensione filosofica. Però la mia sensazione è che la filosofia dei valori giuslavoristici contenuta in questo approccio non tenga sufficientemente conto della vita vissuta della materia, ieri come oggi.

Se dalla riflessione filosofica si passa a quella sulle tecniche regolative attraverso cui concretamente i valori poi si inverano, a me pare che, così come nel diritto del lavoro molto è stato originariamente introdotto per via negoziale, in misura analoga molto sia stato tolto – prima o poi – sempre per via negoziale. E se in origine la Costituzione non c'era, non può certo dirsi che l'era delle Costituzioni abbia messo in un angolo la negoziazione dei valori/principi⁷⁰. Due soli esempi: il giusto salario, tutto affidato alla contrattazione collettiva anche dopo la più piena applicazione dell'art. 36 Cost.; la profonda revisione degli equilibri regolativi per il tramite del diritto dell'Unione europea proprio in ordine a lavoro a termine e part-time, passati attraverso i famosi accordi quadro tra le parti sociali, da considerare

⁶⁹ V. p. 133: "la razionalità economica moderna si è potuta sviluppare solo sulla base di una condivisione di valori non negoziabili, non quantificabili e non calcolabili, che hanno consentito ai sistemi giuridici di trasformare i rapporti di forza sul mercato in rapporti di diritto". Ma v. anche Perulli, *I valori del diritto e il diritto come valore. Economia e assiologia nel diritto del lavoro neomoderno*, in RGL, 2018, I, p. 681 ss., spec. p. 697 ove si dice "lo spirito del tempo potrà certamente incidere sulle *politiche* e sugli strumenti di attuazione dei principi costituzionali, ma fino ad un certo punto ed entro certi limiti assiologici: lo spirito del tempo non può comunque agire come vettore di revisione di quei valori, *che restano insensibili e intangibili, al riparo dalle decisioni unilaterali e arbitrarie dell'interprete e del legislatore*". Un corollario sarebbe appunto la "non negoziabilità" dei valori nel senso più ampio. Anche se, poco prima (p. 695), lo stesso autore sostiene che "il tema delle *capabilities* nell'ambito del rapporto di lavoro dovrebbe essere declinato soprattutto lungo la dimensione collettiva, la quale, senza negare l'esistenza di capacità legate agli individui indipendenti, realizza la mediazione di comunità sociali istituzionalizzate idonee a dare corpo alla formula dell'individualismo olistico, quali, ad esempio, le forme di codeterminazione/cogestione dell'impresa alla tedesca". Sembra di capire che, a distanza di oltre 15 anni, Perulli ponga tra i valori non negoziabili la libertà personale "declinata" però in chiave di "individualismo olistico", che aprirebbe uno spiraglio anche ad una "negoziabilità" tanto individuale quanto collettiva. V. infatti anche Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in DRI, 2019, p. 161 ss.

⁷⁰ V. Gaeta, "La terza dimensione del diritto": legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in DLRI, 2017, p.

vere e proprie "fonti collettive"⁷¹. Insomma pure a voler condividere ancora oggi l'acuta osservazione di Federico Mancini secondo cui "la contrattazione può molto ma non tutto", non mi sentirei di sostenere che i valori del diritto del lavoro sono in una cassaforte di cui le parti sociali non hanno le chiavi. Tutt'altro.

E infatti i problemi più gravi oggi derivano proprio dall'aver fatto della contrattualizzazione collettiva il principale *driver* degli equilibri giuslavoristici⁷². Questa tradizione, in passato arginata dall'unità sindacale e dalla centralità/unicità del contratto collettivo nazionale, oggi è stata completamente scardinata, ma in senso opposto a quello assiologicamente auspicato da Perulli: cioè in direzione della più ampia negoziabilità, spesso riconducibile alle tecniche, ma con margini tali da incidere profondamente sui valori posti a fondamento della materia.

E se lo stesso principio/valore della tutela del lavoro ha assunto nel nostro ordinamento le fattezze della contrattualizzazione collettiva più che individuale, ciò è avvenuto anche – se non soprattutto – nei lavori flessibili⁷³. Nella disciplina dei lavori flessibili è poi anche penetrata, con una certa priorità cronologica, persino la negoziabilità a livello meramente individuale.

In effetti un profilo iniziale e perciò stesso prioritario della negoziabilità che coinvolge aspetti di sicuro rilievo valoriale può rinvenirsi nella tutela della dignità del lavoratore al momento della scelta del tipo contrattuale, in particolare quando si tratti di lavoro flessibile. Qui un notevole sviluppo ha avuto la certificazione, al di là della sua disciplina legislativa più o meno convincente. Con tale istituto si bilancia meglio la libertà negoziale dei contraenti con l'esigenza di certezza e affidabilità degli atti giuridici, un'esigenza che sta particolarmente a cuore alle imprese, poste al riparo da eventuali successive o inattese contestazioni giudiziarie riguardanti la tipologia contrattuale scelta. Per i lavori flessibili la certificazione è espressamente prevista sia nella distinzione tra appalto e

⁷¹ V. Delfino, op.ult.cit., p. 360.

⁷² Tesi che ho sostenuto in *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro tra*, RIDL, 2010, I, p. 175 ss.

⁷³ V., in origine, D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, 1990, p. 529 ss.; da ultimi, anche per una bibliografia ampia, Casillo, *Contratto a termine e contrattazione collettiva*, in Saracini-L. Zoppoli, p. 45 ss.; Olivieri, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica alla modernità economica?*, Giappichelli, 2017. Per utili informazioni si vedano i Rapporti Adapt sulla contrattazione collettiva in Italia, pubblicati da Adapt University Press e giunti alla V edizione (2018).

somministrazione (v. art. 84 del d.lgs. 276/03)⁷⁴ sia per la pattuizione di clausole elastiche nel part-time qualora esse non siano previste dai contratti collettivi (art. 6 c. 6 del d.lgs. 81/15); ma, pur con la sua peculiare efficacia giuridica, non è esclusa nemmeno con ambito più ampio se gli elementi negoziali della flessibilità caratterizzano il contratto come uno dei "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro" (art. 75 d.lgs. 276/03 e successive modifiche). La certificazione però è un istituto intrinsecamente pericoloso perché, se non configurata e concretamente praticata in modo da rispecchiare pienamente la volontà di entrambi i contraenti e, segnatamente, di quello più debole, mortifica in radice la dignità del lavoratore, essendo strumento di aggravamento della sottomissione personale alla volontà datoriale⁷⁵. Molte sono in verità le lacune o le imperfezioni normative che limitano utilità e decollo pratico dell'istituto⁷⁶. Proprio tenendo conto di esse, la sua espressa previsione per alcuni delicatissimi aspetti della disciplina dei lavori flessibili non sembra però andare incontro all'esigenza di porre al riparo l'autonomia negoziale in fase di formazione del contratto da mortificazioni della dignità del lavoratore. Quanto meno occorrerebbe restringere il novero dei soggetti abilitati a certificare la genuina volontà delle parti in senso più garantistico per il lavoratore. Il valore della certezza del diritto non può infatti sopravanzare quello dell'effettività delle tutele, cioè del rispetto rigoroso dei diritti che conseguono a determinate modalità di erogazione della prestazione lavorativa che ricalchino le più classiche caratteristiche del lavoro subordinato.

Di tutto rilievo è che limiti più stringenti emergono al riguardo anche nella giurisprudenza su istituti e tecniche attraverso cui si realizza la disponibilità dei diritti dei lavoratori⁷⁷, altra fase delicatissima in cui possono esserci spazi di negoziazione squilibrata tali da vanificare i valori affermati nell'ordinamento giuridico.

⁷⁴ su cui v., da ultimo, Marazza, *Le garanzie difficili nel sistema degli appalti*, in WP "Massimo D'Antona".IT, n. 393/2019

⁷⁵ V. il dibattito sul collegato lavoro del 2010 riepilogato in *Flexinsecurity*, cit.. Com'è noto la certificazione è giudizialmente impugnabile per vari vizi e, in particolare, per la discrasia tra forma del contratto e sua esecuzione, ma la sua finalità sta proprio nel rendere al lavoratore quanto meno più difficoltoso il ricorso al giudice.

⁷⁶ V. Riccio, *Profili teorici e pratici della certificazione*, in DLM, 2017, n. 3.

⁷⁷ V. Trib. Roma 8.5.2019 n. 4354, in DLM, 2019, n. 3, con nota di Voza (in corso di pubblicazione). Peraltro anche rinunzie e transazioni sono certificabili ex art. 84 del d.lgs. 276/03.

Quanto alla negoziabilità collettiva, dopo il Jobs Act i lavori flessibili sono terreno di ogni tipo di negoziazioni: dalle libere scorribande fino ai più interessanti "laboratori" sperimentali. Da un lato si segnala come la disciplina dei contratti a termine – irrigidita dal decreto dignità – sia ampiamente derogata in senso peggiorativo da una sempre più diffusa contrattazione di prossimità⁷⁸, che coesiste bellamente anche con la più ampia concorrenza tra livelli contrattuali prevista dall'art. 51 del d.lgs. 81/2015⁷⁹. Dall'altro lato, emergono interessanti evoluzioni della contrattazione nazionale sul lavoro in somministrazione dove, anche se si attenuano alcune rigidità introdotte nel 2018, si promuovono regole e istituti volti a rendere meno gravoso l'utilizzazione, pur precaria, del lavoro tramite Agenzia⁸⁰.

Anche a tal riguardo molto ci sarebbe da fare per evitare che la contrattazione collettiva intacchi il piano dei valori/principi nella disciplina dei lavori flessibili: a cominciare dal definire ambiti di regolazione caratterizzati da inderogabilità assoluta (ad esempio l'abuso di contratti atipici) per giungere ad una precisa individuazione dei soggetti legittimati a ridurre le tutele legali dei lavoratori flessibili, che dovrebbero in qualche modo contemplare soggetti collettivi effettivamente rappresentativi degli interessi dei precari ai margini del mercato e non solo di quelli interessati a prorogare il più possibile la propria permanenza in determinate aziende, magari in cambio di un allargamento smisurato della possibilità di ricorso al lavoro flessibile destinato a restare precario per tempi indefinibili⁸¹.

7. Alcune indicazioni conclusive.

A voler tirare brevemente le fila delle analisi svolte, si può osservare:

⁷⁸ Querzè, *Contratti a termine (e poi assunzioni), corsa a superare il decreto dignità*, in *Corriere della sera* del 25 maggio 2019.

⁷⁹ V., da ultimi, anche per bibliografia e rilievi di costituzionalità dei contratti di prossimità, Gargiulo, *Rappresentatività e contrattazione in azienda*, Cedam, 2017 e Lazzeroni, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, 2017.

⁸⁰ V. Scarpelli, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, relazione al convegno nazionale del Centro Studi Domenico Napoletano, cit., giugno 2019; D'Ascenzo, cit., con particolare attenzione agli istituti volti a dare maggiore consistenza e continuità alle varie missioni. V. però, più criticamente, anche Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto dignità*, cit., p. 243 ss.

⁸¹ Se si scambia, con accordo aziendale o anche con uno dei tanti ccnl, l'allungamento del termine massimo di durata di alcuni contratti (o addirittura la loro stabilizzazione) con un ampliamento delle quantità contingentate di lavori flessibili, in una prospettiva di sistema si sta intaccando il principio della forma comune del contratto a tempo indeterminato.

a) che sul piano dei valori/principi giuridici, la disciplina dei lavori flessibili ha, seppure confusamente e talora in modo mistificatorio, posto il problema del bilanciamento del diritto al lavoro con i diritti degli occupati.

b) Non sono però emerse finora tecniche puntuali e incisive per riconoscere maggior tutela al diritto al lavoro: al punto da far diventare sempre più diffusa l'errata convinzione che tutelando la libertà d'impresa si tutelino i diritti dei lavoratori. La domanda di lavoro invece non è affatto per sua natura domanda di lavoro di qualità, cioè comprensivo dei diritti: essa può aumentare a discapito dei diritti⁸².

c) Il modo caotico e confuso in cui si è assestato il piano valoriale nella disciplina del lavoro flessibile non ha però impedito di affermare costantemente, e di recente sempre più, che il valore centrale del diritto del lavoro europeo e nazionale è la tutela del lavoro *dignitoso* e *a tempo indeterminato*. Il suo corollario indiscusso sul piano delle tecniche giuridiche è che occorre vietare "l'abuso di contratti atipici", cioè non a tempo indeterminato.

d) Ne derivano differenze sensibili anche tra i lavori flessibili. Ad esempio il lavoro in somministrazione, se a tempo indeterminato, potrebbe non considerarsi un contratto atipico. Part-time e lavoro intermittente possono anch'essi venire configurati all'interno di un contratto a tempo indeterminato: in tal caso gli elementi contrattuali di rilevanza valoriale, e perciò da garantire ad ogni costo, sono però altri, come la genuinità del consenso e, con tutti i suoi limiti, la parità di tutele delle situazioni in concreto comparabili. Al riguardo andrebbe rivista e persino potenziata la certificazione dei contratti flessibili per gli aspetti di tutela della volontà negoziale del lavoratore.

e) Se la nozione di "abuso del contratto atipico" costituisce lo snodo indiscusso nella disciplina della materia, appaiono sin troppo visibili lacune di crescente complessità che si propagano dal piano del diritto dell'Unione a quello della normativa nazionale e contrattuale. Si dovrebbe infatti almeno chiarire, a partire dal livello eurounitario, se un

⁸² In termini analoghi v. già le lucide pagine di Mariucci, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in LD, 2016, p. 611-617. L'affermazione che qui si legge secondo cui "il diritto del lavoro di per sé non può che essere anzitutto il diritto *per chi il lavoro ce l'ha*, per chi già vive una situazione lavorativa" (p. 614-615) appare un po' aprioristica o, forse, formulata con lo sguardo alla "funzione lirica" del diritto del lavoro: più approfonditamente v. il mio *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, ivi, p. 685 ss.

limite più netto all'utilizzazione abusiva di contratti atipici deve riguardare:

- ogni contratto atipico concluso⁸³;
- l'organico di ciascuna impresa;
- o, come a mio parere sarebbe più incisivo⁸⁴, la vita (o vicenda) professionale di ciascun lavoratore⁸⁵.

La scelta dell'una o dell'altra modalità di repressione degli abusi comporta il ricorso a categorie giuridiche e tecniche differenziate seppure tra loro raccordabili con molta avvedutezza e perizia: il diritto dei contratti, il diritto societario o il diritto amministrativo. Lasciare uno spazio eccessivo alle normative nazionali o a quelle contrattuali annacqua prevenzione e repressione delle prassi abusive e, in fin dei conti, vanifica ogni piano valoriale.

f) Analoga importanza mi pare si debba attribuire a chiarezza e omogeneità del diritto sanzionatorio nei lavori flessibili, almeno migliorando la razionalità del meccanismo risarcitorio ed evitando che possa scendere a livelli inferiori rispetto a quello consentito dall'odierno diritto comune dei contratti. Andrebbe peraltro tenuto ben chiaro che le sanzioni diverse da quelle classicamente volte a consolidare il contratto lasciano irrisolta la questione soggettiva della ben nota trappola della precarietà.

g) Solo in un quadro più chiaro e coerente sembra plausibile che la negoziabilità collettiva, ma anche individuale⁸⁶, della disciplina dei contratti flessibili – irrinunciabile in un diritto del lavoro all'altezza dei tempi – non rischi di essere l'ennesima via di fuga per indebolire o porre

⁸³ V., ad esempio, rispetto alla giustificazione della somministrazione, l'interpretazione restrittiva in ordine al controllo giudiziario di Cass. 10726/19 in applicazione dell'art. 27 comma 3 del d.lgs. 276/03.

⁸⁴ V. L. Zoppoli, *La disciplina*, cit., in Saracini-L. Zoppoli, op. cit., p. 38 ss., dove, in sintesi, proponevo di riferire il termine massimo di assunzione mediante contratto a termine acausale (allora fissato in 36 mesi) a ciascun lavoratore indipendentemente dall'impresa, dal settore e dalla professionalità, riconoscendo al lavoratore un diritto di prelazione nelle assunzioni a tempo indeterminato da esercitare, tramite i servizi per l'impiego, su base regionale.

⁸⁵ Per non ingenerare equivoci, preciso che in questa logica si può anche pensare alla prospettiva delle *capabilities*, ma senza immaginare che questa possa risolversi in un generico sostegno alle potenzialità o alle libertà personali. Solo per un esempio concreto, penso più a proposte come quella di cui alla nota precedente, che tende a configurare un vero e proprio diritto soggettivo ad un'assunzione a tempo indeterminato in capo al lavoratore che abbia già "vissuto" un congruo periodo di lavoro precario. Su questa proposta v. anche Corti, *Flessibilità*, cit., p. 217-218, spec. nota 132.

⁸⁶ Nel senso sostenuto da Perulli, *La soggettivazione regolativa*, cit. Ma v. già - per proposte sistematico-valoriali assai meno forbite, ma nella sostanza piuttosto vicine alle più recenti tesi di Perulli - L. Zoppoli, *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in LD, 2010, p. 68-70.

nel nulla i valori fondativi dell'ordinamento giuridico riguardo alla tutela dei lavoratori, a cominciare dalla libertà delle scelte contrattuali ed esistenziali.

h) Infine un sostegno legislativo meglio calibrato su una contrattazione collettiva più solida, democratica e di qualità – coniugato con nuove forme di partecipazione e controllo sull'uso dei contratti atipici nelle singole imprese – può potenziare e rendere effettive le esperienze regolative più interessanti emerse – pur tra mille difficoltà e contraddizioni – negli ultimi anni, in particolare nella contrattazione nazionale sul lavoro tramite Agenzie (limiti alle missioni presso la medesima azienda; monte ore garantito, c.d. MOG; sostegno ai redditi più bassi).