



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL
MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND LEGAL
SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
LORENZO SCARANO

SULLA «CRISI» DI UN PARADIGMA “IN RIVOLUZIONE”

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Lorenzo Scarano

SULLA «CRISI» DI UN PARADIGMA “IN RIVOLUZIONE” *

ABSTRACT	
Lo scritto prende lo spunto da una recente giornata di studio dedicata agli effetti della crisi economica sui fondamenti del diritto del lavoro per interrogarsi sulla tenuta del modello tradizionale di regolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro	The paper takes its cue from a recent study day devoted to the effects of the economic crisis on the fundamentals of labor law to question the holding of the traditional model of regulation of individual and collective work relationships
Diritto del lavoro – Paradigma - Crisi	Labor law – Paradigm - Crisis

SOMMARIO: 1. L'inderogabilità fra tecnica e contenuti delle tutele; 2. La rivoluzione scientifica del diritto del lavoro; 3. Le prospettive future e i vincoli costituzionali.

1. – La relazione del prof. De Luca Tamajo sull'*inderogabilità delle regole a tutela del lavoro fra ieri ed oggi*¹ suggerisce l'intrigante interrogativo su quello che potrebbe essere il *domani* del diritto del lavoro. L'*excursus* che parte dalla storia per confrontarsi con la cronaca si proietta naturalmente verso le prospettive future, nella consapevolezza del carattere fondamentale dell'inderogabilità quale tecnica normativa connaturata al modello giuslavorista.

Peraltro, in un'ottica *de iure condendo*, la vista non può essere 'limitata' alla *forma* del tipo di regolamentazione giuridica utilizzata dal legislatore, dovendo necessariamente l'interprete soffermarsi sulla *sostanza*, sui contenuti che la norma intende perseguire. Ciò è quanto mai inevitabile alla luce dell'evidente constatazione delle radicali metamorfosi in atto negli altri settori dei rapporti giuridici: e se risulta impensabile confrontarsi con le innovazioni di tutte le branche del diritto, non è

* È il testo della *Comunicazione* che verrà destinata agli Atti delle Giornate di Studio A.I.D.LA.S.S. di Bologna, 16-17 maggio 2013, dal titolo "La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro".

¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, disponibile su www.adilass.it.

possibile ignorare le relevantissime modifiche che hanno interessato il diritto privato (specie dei contratti).

È singolare notare, infatti, come negli stessi tempi in cui il diritto dei contratti subiva una profonda trasformazione hanno fatto apparizione sullo scenario della regolazione statutale del lavoro subordinato provvedimenti normativi orientati in tutt'altra direzione (se non in contrapposizione) rispetto al paradigma classico² del diritto del lavoro. Si è fatta strada una linea di politica del diritto tendente ad allentare i vincoli eteronomi che gravano sui contraenti e mirata all'alleggerimento delle tutele, al fine di restituire alle parti spazi di manovra nella disciplina del rapporto³.

Per esempio, fra i primi grimaldelli impiegati per scardinare l'impostazione tradizionale della norma inderogabile protettiva del lavoratore occupa un posto di rilievo la tecnica dell'autonomia individuale assistita (in veste 'derogatoria'). È vero che nella sua massima espressione il modello della derogabilità assistita giace per ora negli indocili sotterranei delle possibili riforme *in itinere*, essendo stato placato nella sua capacità destrutturante dall'interpretazione conforme a Costituzione dell'istituto che ne reca l'*imprinting*, la certificazione dei contratti di lavoro⁴; non ci si può, tuttavia, esimere dal constatare come il confine mobile tra regolamentazione inderogabile e spazi di autonomia (individuale o collettiva) si sia sensibilmente spostato, ampliandosi gli ambiti non sottoposti al raggio di applicazione della prima⁵.

A fronte delle incontestabili tendenze (de)regolative in atto nel diritto del lavoro, si può cogliere una possibile traccia di lettura delle stesse, non più relegabili nell'estemporaneo, extravagante, intervento di un legislatore 'di passaggio', perché trattasi di interventi in grado di rivoluzionare il paradigma giuslavoristico.

2. – In questa direzione, la riflessione di ampio respiro di Khun⁶ risulta di straordinaria utilità: pur se oggetto di una conquista scientifica riconosciuta, il paradigma di una disciplina è suscettibile di radicali modifiche, anche a causa di «condizioni esterne alla scienza», che col tempo possono «trasformare una semplice anomalia in una fonte di crisi acuta», scrollando quelle acquisizioni tradizionalmente capaci di guidare la ricerca in un determinato campo⁷.

² Quello connotato dallo specifico proposito di correggere il mercato perseguendo finalità redistributive; valorizzando un'espressione sintetica ma esaustiva: la "giustizia sociale".

³ Per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*. Mondadori, Milano, 1996.

⁴ R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, 195 ss., ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

⁵ S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, 41.

⁶ T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1978. Su questa prospettiva già M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*. Giuffrè, Milano, 2000, 53 ss. e P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *LD*, 2009, 35 ss.

⁷ T. KUHN, cit., 10 ss. e *passim*. «La scoperta comincia con la presa di coscienza di una anomalia, ossia col riconoscimento che la natura ha in un certo modo violato le aspettative suscitate dal paradigma che

Ebbene, un simile ‘cambio di pelle’ pare interessare il diritto del lavoro, mettendo in dubbio i suoi tratti differenziali tipici.

Oggi l’interprete, infatti, non può più limitarsi all’esegesi di una novità normativa episodica, frutto di un legislatore che, nell’esercizio della discrezionalità riconosciutagli dalla sovranità popolare, decide di disciplinare in maniera “anomala” (rispetto al paradigma che l’ermeneuta conosce) un determinato aspetto del rapporto di lavoro. Ovviamente, trattasi di un lento e progressivo processo evolutivo nel corso del quale il giuslavorista, di fronte ad un’altra norma del medesimo segno, continuerà ad applicare il mutato dato legislativo, magari evitando interpretazioni estensive e analogiche, iniziando però ad interrogarsi su quanto stia accadendo⁸. Quando, invece, la prospettiva regolativa si stabilizza nel tempo la dottrina riesce con grossa difficoltà a confinare nell’anomalia l’ennesimo intervento; la norma ha ormai perso la dimensione contingente che la caratterizzava e se non è spiegabile alla luce del paradigma scientifico della disciplina è forse perché lo stesso non risulta più valido, siccome in rivoluzione.

Questa descrizione merita di essere specificata.

Occorre, in altri termini, chiarire perché il disegno contenuto già *in nuce* negli artt. 75 ss. d.lgs. 276/2003 costituisce un’“anomalia che può mettere in crisi”, e - in maniera evidente - i più recenti interventi regolativi (art. 30 ss. legge n. 183/2010, art. 8 l. 148/2011 e, per certi aspetti, alcune delle modifiche contenute nella legge n. 92/2012) una “crisi che sta rivoluzionando”, il paradigma del diritto del lavoro.

In prima battuta, infatti, si potrebbe pensare che sia la diminuzione del tasso di eteronomia e l’erosione dell’inderogabilità delle regole dello scambio fra lavoro e retribuzione a sottoporre a *restyling* il paradigma, scuotendo i suoi caratteri fondanti per sostituirli con altri.

Sarebbe però miope ancorare una rivoluzione ad una tecnica; giova a tal proposito rimarcare il carattere neutrale della norma inderogabile⁹ e un’eloquente constatazione, ricavabile dal confronto fra diversi modelli e che conferma come la regolazione sia solo una “forma”, utile alle più svariate esigenze, colorabile dei più eterogenei “contenuti”: è singolare osservare come il condiviso obiettivo dello «sviluppo ottimale delle relazioni di mercato» viene perseguito nel diritto dei contratti

regola la scienza normale»; quando il paradigma non è più in grado di spiegare le anomalie, nel frattempo divenute regolari, vi sono tutte le premesse per una crisi del paradigma, in corso di “rivoluzione”. Tutte le crisi, infatti, «si chiudono con l’emergere di un nuovo candidato per il paradigma e con la conseguente battaglia per la sua accettazione» e, durante «il periodo di transizione», vi sarà sovrapposizione «tra i problemi che possono venire risolti col vecchio paradigma e quelli che possono essere risolti col nuovo» (ivi, rispettivamente, 76, 111).

⁸ «Come nel processo di fabbricazione così anche nella scienza il cambiamento di strumenti è una stravaganza che va riservata per l’occasione che lo richiede. Il significato delle crisi sta nell’indicazione, da esse fornita, che l’occasione per cambiare gli strumenti è arrivata» (ID., 1978, 102).

⁹ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*. Giuffrè, Milano, 1969, 165.

con la «limitazione della libertà contrattuale» e con la «valorizzazione dell'autonomia individuale» nel rapporto di lavoro¹⁰.

Cioè a dire: il ritorno in auge dell'individualismo e del trionfo del mercato viene normativamente tradotto nel diritto dei contratti con l'innalzamento del tasso dell'inderogabilità e nel diritto del lavoro con l'erosione di questo carattere delle disposizioni. Peraltro, il nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav. è pur sempre una norma inderogabile: sono i contenuti prescrittivi – e non la tecnica normativa – ad aver alleggerito la soglia protettiva per il lavoro subordinato. Ma volendo avventurarsi solo per un attimo nei *desiderata* di qualcuno, se un giorno non esisterà più la “tutela reale” (piena ovvero attenuata poco conta) ma solo quella risarcitoria o indennitaria, sarà questo nuovo contenuto della norma ad abbassare la tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi e questa o quella tecnica normativa.

Le prime anomalie e l'attuale stato di crisi del diritto del lavoro stanno rivoluzionando il suo paradigma - incidendo su tecniche di protezione collaudate (prese a modello da altri settori disciplinari) - sotto il profilo delle particolari finalità di giustizia perseguite dall'intervento statale nei rapporti di lavoro, sgretolando il contenuto delle tutele.

Com'è noto, la peculiare disciplina del rapporto di lavoro subordinato trae giustificazione da un dato di struttura “interno” alla fattispecie negoziale, la giuridificazione di un potere allocato a vantaggio della posizione organizzativa del datore di lavoro. Su questo fondamento cardinale del contratto si è gradualmente edificata la reazione dell'ordinamento giuridico, finalizzata alla predisposizione di strumenti di tutela “esterni” alla fattispecie, agenti sulla disciplina della relazione ed orientati alla tendenziale riduzione della disegualianza che contraddistingue la persona (e la dignità) del lavoratore.

È quest'ultima il fondamento ultimo di una disciplina che limita i poteri giuridificati del datore di lavoro sulla (ed al contempo valorizza la) persona del lavoratore, specie ove si rifletta sul problema della compatibilità fra regole degli scambi di mercato e salvaguardia di valori extra-patrimoniali. Senza negare le premesse economiche della sua genesi (la considerazione mercificata del lavoro) né gli effetti potenzialmente prevaricanti dell'implicazione della persona nel contratto di lavoro subordinato (la sottoposizione della persona del lavoratore, con la sua dignità, ad un potere altrui), il diritto del lavoro ha progressivamente disegnato un diritto «a misura d'uomo»¹¹, cercando faticosamente di limitare la negoziabilità degli attributi materiali ed immateriali della personalità del lavoratore attraverso regole di correzione dello scambio di mercato (e, quindi, ponendosi oltre la mera accettazione

¹⁰ V. in proposito le acute osservazioni di V. SPEZIALE, *La tutela del contraente debole*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico (Atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S., Parma, 4-5 giugno 2010)*, Giuffrè, Milano, 2011, 333.

¹¹ Cfr. il suggestivo racconto di U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, 10.

di quest'ultimo) e norme che (anziché disciplinare i termini dell'accordo) proteggono e sviluppano, in chiave redistributiva, la posizione di uno dei contraenti.

È in forza del meta-principio della dignità umana che il rapporto di lavoro non può essere governato da una mera logica mercantile: è la dignità umana l'istanza condivisa, ed oggetto di positivizzazione normativa, che consente di deviare dai binari dell'efficienza economica; l'elemento personalistico - del tutto assente nelle altre relazioni di mercato - assolve così alla funzione dogmatica di legittimare una disciplina *speciale*.

In questa prospettiva, lo sviluppo del diritto del lavoro ci ha consegnato un'idea di giustizia delle relazioni umane diversa rispetto a quella che governa gli altri rapporti civili, talvolta slegata dagli imperativi del mercato e, comunque, sempre alla ricerca di un soddisfacente connubio con le impellenti esigenze d'efficienza. Questa storia ha consentito ai giuslavoristi di identificare con una buona dose di nettezza i confini della propria materia e le finalità da essa perseguite, nella consapevolezza che la configurazione di un paradigma scientifico della disciplina risulta d'ausilio nell'ambito dell'intera operazione di creazione del diritto: non solo nel momento in cui viene posta una norma giuridica, al fine di regolare un dato conflitto di interessi, ma anche nella quotidiana attività di interpretazione della stessa.

Le tendenze regolative che hanno messo in crisi accompagnando detto paradigma alla sua trasformazione (si pensi alle potenzialità destrutturanti insite nell'arbitrato di equità) sono capaci di obliterare la funzione di redistribuzione sociale assolta dal diritto del lavoro, agendo sull'assetto eteronomo (e reputato conforme a giustizia) del rapporto, anche sotto altri profili.

Si può cogliere la portata "rivoluzionaria" delle ultime tornate legislative se si riflette sulla circostanza che l'intervento del legislatore si muove solo sulla disciplina del rapporto, senza interferire sulla fattispecie di riferimento del contratto di lavoro. Quest'ultimo continua a fondare¹² - ora e com'è da sempre - la supremazia giuridica di un soggetto su una persona fisica, formalizzazione legale operata dall'ordinamento che non ha eguali (nel settore dei rapporti interprivati), che non può avere alternative nell'attuale assetto economico e su cui, ovviamente, non si discute. Se, però, l'intera disciplina protettiva non è ad applicazione necessaria e la giustizia del contratto è disponibile dalle parti (individuali e collettive: art. 8 legge n. 148/2011), vengono a mancare i pilastri del paradigma, le coordinate per individuare nel diritto del lavoro uno strumento per redistribuire utilità, risorse e poteri nella società.

3. – A questo punto solo l'evoluzione della legislazione e il contributo della riflessione dottrinale potranno dirci se la "rivoluzione" troverà il suo esito nella sostituzione al tradizionale di un nuovo paradigma. Se la «marcia indietro» del diritto

¹² Cfr. M.G. GAROFALO, *Libertà, lavoro e imprese*, in *Scritti in onore di Vincenzo Starace*, 3, Jovene, Napoli, 2008, 1871.

del lavoro¹³ ci porterà ad uno stadio in cui non vi sarà più l'esigenza di interrogarsi sul diritto del lavoro quale normativa a tutela del 'contraente debole'; reso monco del suo tratto caratterizzante (si ripete: sul piano della disciplina, non della fattispecie), la regolazione del lavoro subordinato si limiterebbe ad assistere e proteggere il *contraente forte*, depositario nel contratto di un potere sempre meno limitato quanto alle sue manifestazioni.

Non è detto, tuttavia, che il corso della transizione sia già segnato.

Certo, le variabili di contesto, anche internazionali (ma forse più quelle nazionali), militano nella direzione della rivoluzione richiamata: si assiste, infatti, ad un ripiegamento del ruolo del sistema giuridico nei confronti degli altri sotto-sistemi sociali; al fondo della tendenza s'intravede un radicale mutamento della funzione del Diritto, che da forma *formans* dell'economia si ridurrebbe a strumento di registrazione e legittimazione dei cambiamenti che interessano l'economia¹⁴. Basti richiamare in questa angolazione la posizione espressa dalla Corte di Giustizia in merito all'indeclinabile necessità di bilanciare i diritti fondamentali, fra cui la dignità umana, con i diritti economici¹⁵.

Non siamo però ancora di fronte ad una nuova acquisizione scientifica, forse ad un processo in tendenziale compimento; ma nella scienza giuridica ci sono dei vincoli di sistema che possono arginare le rivoluzioni più radicali. Il riferimento è alla trama costituzionale, quel tessuto connettivo di cui deve - inevitabilmente - nutrirsi anche l'eventuale nuovo paradigma della disciplina giuslavoristica. Inutile dire che nella Costituzione è agevole trovare principi che ostruiscono la strada alla trasformazione evocata: non si fa fatica a richiamare l'art. 3, cpv.¹⁶ come limite ad una deriva deregolativa che s'indirizzi lungo la via della tutela del contraente forte nel rapporto di lavoro.

¹³ L. ZOPPOLI, *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2011, I, spec. 200 s.

¹⁴ Come ha scritto A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Mondadori, Milano, 2006, 17, è l'idea del «Diritto oggettivo che oggi sta scomparendo, come del resto sta scomparendo l'impiego della maiuscola per distinguerlo dai diritti soggettivi (...) per essere titolare di diritti l'individuo non avrebbe bisogno del Diritto; al contrario sarebbe proprio dall'unione e dal conflitto tra i diritti individuali che deriverebbe, per addizione e sottrazione, l'interesse del Diritto». La tendenza a «voler dissolvere il Diritto nelle leggi della scienza» economica - eretta sul postulato posneriano "se le poste in gioco sono abbastanza elevate, la tortura è ammissibile" - identifica nel «calcolo dell'utilità (...) il fondamento e il limite dei diritti individuali. L'utilità di un individuo di non essere torturato (che fonderebbe il diritto corrispondente) dovrebbe dunque essere rapportata all'utilità che altri possono trarre dal torturarli» (ivi, 99).

¹⁵ A completamento di una parabola che porta la dignità umana da fondamento di diritti a diritto fra i tanti. Cfr. U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009 e le recenti riflessioni di A. SUPLOT, *Il pensiero giuridico di Simone Weil*, in *RGL*, 2011, I, 603 ss. e *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *LD*, 2011, 501 ss.

¹⁶ Come recentemente riletto da M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*. Bari, Cacucci, I, 439.

Più di recente, due importanti disposizioni - saldamente ancorate al dettato costituzionale - sembrano deviare il percorso del diritto del lavoro dalla deriva evocata. Il riferimento è al nuovo art. 63 d.lgs. n. 276/2003 che disciplina il compenso del collaboratore a progetto ed alla legge n. 233/2012 (*Equo compenso nel settore giornalistico*), emanata in «attuazione dell'articolo 36, primo comma, della Costituzione [e] finalizzata a promuovere l'equità retributiva dei giornalisti». Trattasi di conferme legislative della tendenza ad estendere l'ambito di applicazione dell'art. 36 Cost. al lavoro non subordinato, principio per nulla ricavabile dal punto di vista interpretativo (avversato com'era dalla conforme posizione di dottrina e giurisprudenza¹⁷) e che segnano un possibile nuovo cammino nel percorso orientato all'accrescimento delle tutele per le persone che lavorano per un interesse altrui.

Da tutto ciò una chiosa, che è allo stesso tempo un auspicio.

Difficilmente la regolazione giuridica del lavoro umano, continuando ad essere inquadrata lungo un'appartenenza che non è proprietaria, ma identitaria (coinvolgendo la personalità del contraente-lavoratore, sottoposto al potere del datore), potrà essere proiettata verso logiche esclusivamente economiche che abbandonino qualsivoglia finalità sociale. È proprio il giudizio di compatibilità costituzionale che si frappone ad una simile forzatura del 'cerchio': includere il diritto del lavoro nella 'squadrata' prospettiva delle relazioni proprietarie e patrimoniali di mercato.

¹⁷ *Contra* le 'profetiche' osservazioni di M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, cit., spec. § 6; ID., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, I, 373.

