

INTRODUZIONE.....	V
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO: CONTRATTO E AUTONOMIA PRIVATA NELLA FORMAZIONE E NEL CONSOLIDAMENTO DELL'ORDINAMENTO GIUSLAVORISTICO.....	17
--	-----------

I. – Autonomia privata e contratto nel Liberalismo.	18
I. 1. - La centralità dello strumento contrattuale nel sistema liberale.	21
I. 2. - L'ambivalente concezione del lavoro del Liberalismo ottocentesco.	27
II. – Limiti e contraddizioni della ricostruzione in termini contrattuali del rapporto di lavoro.	28
II. 1. - La “finzione” del contratto e le critiche del socialismo giuridico.	28
II. 2. - L'organizzazione collettiva e le minacce all'ordine liberale.	36
II. 3. – La legislazione sociale come strumento di preservazione dell'ordine liberale.	37
II. 3. 1. - Legislazione sociale e autonomia privata.	42
III. - La costruzione giuridica della categoria del “contratto di lavoro subordinato”.....	43
III. 1. – La “difficile” ricomposizione delle contraddizioni all'interno degli schemi civiltistici. La centralità del sistema di diritto privato.	43
III. 2. – L'opera di Ludovico Barassi: la costruzione unitaria del contratto di lavoro.	45
III. 2. 1. – Il rifiuto della prospettiva socio-economica ed il collegamento con la legislazione sociale.	49
III. 3. – Le critiche della dottrina contemporanea alla ricostruzione barassiana.	51
III. 4. - Alcune considerazioni d'insieme.	57
IV. - Il dibattito sulla contrattualità del rapporto di lavoro negli anni '30 e '40: organicismo e regimi autoritari.	59
V. – Il “lavoro” nel modello di società proposto dalla Costituzione.....	68
V. 1. – Diritti fondamentali, libertà d'impresa e ripercussioni sulla configurazione giuridica del contratto di lavoro post-costituzionale.	74
V. 1. 1. – La difficile penetrazione dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro: accenni.	74
V. 2. – “Finalizzazione” della libertà di impresa a scopi sociali <i>versus</i> modello europeo: accenni.	78
VI. - Il dibattito sulla contrattualità del rapporto di lavoro nel periodo post-costituzionale. 84	84
VI. 1. – Recupero della tradizione civilistica e marginalizzazione delle teorie c.d. a- contrattualiste.	84
VI. 1. 1. - Contratto <i>versus</i> rapporto: le ricostruzioni di Mancini e Scognamiglio.	87
VI. 1. 2. – Contratto e organizzazione: l'impostazione di Mattia Persiani.	91
VI. 2. – Accenni all'analogo sviluppo dottrinale in materia di diritto civile: il dibattito sulla rilevanza della volontà privata nella costruzione dogmatica della figura del negozio giuridico.	95
VII. - La sostanziale inattuazione dei principi costituzionali e la svolta garantista degli anni '60 e '70.	99
<i>Considerazioni riepilogative.....</i>	103

**CAPITOLO SECONDO: IL DIBATTITO SUL RUOLO
DELL'AUTONOMIA INDIVIDUALE NELLA "CRISI" DEL DIRITTO DEL
LAVORO. 107**

I. – Trasformazioni socio-economiche ed emersione del dibattito sulla flessibilità. Le linee generali.....	108
I. 1. – Crisi economica e <i>obsolescenza</i> del diritto del lavoro.....	108
I. 1. 1. - Rigidità <i>versus</i> flessibilità.....	112
I. 2. – Alcune questioni maggiormente all'attenzione.....	115
I. 2. 1. – Subordinazione/autonomia ed imputazione selettiva delle tutele.	115
I. 2. 2. – Opacizzazione dei “contorni” ed intensificazione della subordinazione: il lavoro come bene scarso.	121
II. - Esigenze di flessibilità del sistema e risposte del diritto del lavoro. Articolazione del tipo contrattuale di lavoro subordinato e mediazione sindacale.....	124
II. 1. – Tipicità, flessibilità, specialità dei rapporti di lavoro. Una questione terminologica.	129
II. 1. 1. – Tipicità e atipicità tra diritto civile e diritto del lavoro.....	129
II. 1. 2. – Atipicità e flessibilità: una sostanziale coincidenza di significati?	133
II. 1. 3. – <i>Normale</i>/speciale e tipo/sottotipo: un'interpretazione in chiave funzionale.	134
II. 2. – Il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva in relazione con l'autonomia privata individuale.....	137
II. 2. 1. - Mediazione sindacale e disciplina dell'accesso al lavoro flessibile. Alcuni esempi significativi.	140
II. 2. 2. - La flessibilizzazione delle tecniche normative. Concertazione e flessibilità contrattata.	142
II. 3. - La permanente centralità del modello a tempo pieno e durata indeterminata.	148
III. - Modulazione del tipo lavoro subordinato ed effetti sull'autonomia privata individuale: prime considerazioni.	151
IV. - Le peculiarità della situazione spagnola.....	153
IV. 1. - Il diverso coinvolgimento del sistema sindacale nelle politiche di flessibilizzazione.	153
IV. 2. – Le specificità del processo di articolazione tipologica sperimentato in Spagna: la temporaneità senza causalità.	158
IV. 3. - L'evoluzione successiva: recupero del principio di causalità nei contratti a termini <i>versus</i> maggiore flessibilità interna e in uscita.	164
V. – Contrazione delle frontiere del diritto del lavoro e nuova centralità dell'autonomia individuale. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.	170
V. 1.- Autonomia individuale e qualificazione del rapporto di lavoro.	170
V. 1. 1. - La presunzione di subordinazione nell'or dinamento spagnolo.	175
V. 1. 2. – La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro degli autotrasportatori. Raffronti Italia-Spagna.	181
VI. – Il processo di progressiva “emancipazione” del dibattito sul ruolo del contratto individuale nel diritto del lavoro.	185
VI. 1. – Il fondamento economicistico del “ritorno al contratto.	192
VI. 2. – Le interrelazioni con la giustificazione sul piano etico e sociale.	197
VI. 3. - Una differenziazione più apparente che reale.....	200
VI. 3. 2. - La riproposizione di una concezione ambivalente del lavoro.....	203

**CAPITOLO TERZO: FORMALISMO E AUTODETERMINAZIONE
NELLA REGOLAZIONE DELL'ACCESSO AL LAVORO 207**

I. - La prospettiva dell'autodeterminazione via rinnovamento delle tecniche di regolazione. Ipotesi per la prosecuzione dell'indagine.....	208
I. 1. - Autodeterminazione come informazione.....	209
I. 1. 1. - Articolazione delle funzioni della forma negoziale vincolata.	209
I. 1. 2. - La centralità degli obblighi di informazione individuale.	210
I. 2. - La forma come limite all'autonomia privata datoriale.	211
II. - Premessa terminologica: le nozioni polisenso di "forma" del contratto e di "formalismo giuridico".....	213
II. 1. - La nozione di forma del contratto.....	213
II. 2. - La nozione di formalismo giuridico.....	215
II. 3. - La pluridirezionalità delle manifestazioni di formalismo nel diritto del lavoro.	217
III. - Autonomia privata e principio di libertà della forma.	220
III. 1. - Tradizionali funzioni della forma vincolata del contratto: responsabilizzazione del consenso e certezza giuridica.	224
III. 2. - Complessivizzazione del sistema e neo-formalismo in funzione di tutela del contraente debole.	226
III. 3. - Il principio della libertà della forma del contratto di lavoro.	230
IV. - Le funzioni tradizionali delle prescrizioni di forma nel diritto del lavoro.	232
IV. 1. - Alcuni esempi paradigmatici dell'utilizzo della forma in funzione della garanzia del controllo pubblico e collettivo.	233
IV. 1. 1. - Le funzioni della forma nei contratti di lavoro caratterizzati dalla temporaneità del vincolo contrattuale.	234
IV. 1. 2. - La forma nel contratto a tempo parziale.	237
IV. 2. - Possibili analogie con le funzioni assegnate ai vincoli di forma per la stipulazione dei contratti flessibili nel sistema spagnolo.	239
IV. 2. 1. - La forma nei contratti a termine.....	239
IV. 2. 2. - Le funzioni della forma negli altri contratti di lavoro flessibili.....	243
V. 2. 1. - Forma vincolata, autonomia individuale e controllo collettivo nei contratti a termine in Spagna.....	246
V. - Generalizzazione della regola della forma vincolata per i contratti flessibili e mutamenti strutturali e funzionali: alcuni esempi paradigmatici.....	248
V. 1. - La funzione informativa della forma nei contratti di lavoro a orario ridotto, modulato e flessibile.	251
V. 2. - La funzione della forma nei contratti a contenuto formativo: la specialità della formalità del contratto di inserimento.	256
VI. 1. - Le funzioni degli obblighi di comunicazione agli organi pubblici e alle rappresentanze dei lavoratori.....	266
VI. 2. - Funzioni dei diritti individuali di informazione.	267
VI. 2. 1. - Il rinnovamento funzione dei diritti individuali di informazione.	273
VI. 2. 2. - Obblighi di informazione specifici: un'ulteriore conferma del rinnovamento funzionale.....	274
VI. 3. - Le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi di informazione individuale.....	277
VI. 4. - Parallelismo tra trasformazione della funzione degli obblighi di informazione individuale e nuove funzioni assegnate agli obblighi di forma contrattuale.....	278
VII. - La forma vincolata come limite all'autonomia privata?	280
VII. 1. - L'esempio della nuova disciplina del contratto a termine.....	281

	IV
VII. 2. – Possibili analogie con il sistema di regolazione spagnolo dei contratti a tempo de terminato.....	290
VII. 2. 1. Le controverse funzioni della forma del contratto <i>para obra o servicio determinado</i>	292
VII. 2. 2. - La forma nel contratto <i>eventual por circunstancias de la producción</i>	296
VII. 2. 3. – La distinta funzione della forma del contratto <i>de interinidad</i>	297
VII. 3. - Contratti a termine ed esigenze di controllo pubblico: lo spostamento dell’attenzione del Legislatore dal controllo sul singolo contratto al controllo della successione di contratti a termine.....	299
VII. 4. – Il caso “eccezionale” delle funzioni della forma del contratto nella somministrazione di manodopera.	304
VIII. – Effettività della tutela e garanzia del diritto: accenni all’articolazione delle conseguenze sanzionatorie.	309
VIII. 1. - Le possibili conseguenza associate alla violazione degli obblighi di forma: forma <i>ad substantiam</i> o <i>a probationem</i> nel diritto del lavoro.	309
VIII. 1. 1. - La forma <i>ad substantiam</i> del contratto a termine.	313
VIII. 1. 2. – La forma <i>ad probationem</i> come strumento di rafforzamento della finalità informativa della forma.....	315
VIII. 1. 3. – Antinomie e contraddizioni tra finalità informativa della forma <i>ad probationem</i> e disciplina del contratto part-time.	316
VIII. 2. – Le peculiarità del sistema sanzionatorio spagnolo.	324
IX. – Altre manifestazioni di formalismo nella regolazione dell’accesso al lavoro: la certificazione dei contratti di lavoro. Accenni.	328
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	343
BIBLIOGRAFIA.....	361
ANEXO 1: RESUMEN EN CASTELLANO	403

INTRODUZIONE

Oggetto della ricerca. Premesse.

Obiettivo di indagine di questo lavoro è *latu sensu* l'autonomia privata del lavoratore nel contratto che lo lega al datore di lavoro e che ha ad oggetto la prestazione di un'attività lavorativa in regime di subordinazione tecnico-giuridica.

Ci si propone in particolare di verificare portata, fondamenti e grado di penetrazione nell'attuale sistema di diritto del lavoro di quelle proposte che insistono sulla necessità di pervenire ad un più o meno accentuato recupero del ruolo del contratto quale strumento privilegiato di espressione di autonomia anche sul lato del prestatore di lavoro. Lo scopo è insomma quello di verificare le potenzialità del contratto individuale di lavoro non tanto quale titolo dal quale genera il vincolo giuridico e le rispettive posizioni delle parti e quale fonte della disciplina applicabile, ovvero degli effetti; non tanto, se si preferisce, "come procedimento consensuale mediante il quale i privati producono la regola tra di loro" e del "contratto come regola che si impone come legge tra le parti (art. 1372 c.c.)¹, ma anche e soprattutto quale veicolo di espressione di *autodeterminazione* anche sul lato del lavoratore.

Quello del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro è, come evidente, tema complesso e articolato, ricco di implicazioni e di complicazioni che affonda le proprie radici nel cuore stesso della disciplina², chiamando direttamente in causa origini e fondamenti della strutturale - ma sempre mobile e mai definitivamente determinata - relazione dialettica costruitasi storicamente tra momento soggettivo e momento oggettivo, tra intervento autonomo ed intervento

¹ D'ANTONA M., *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in CARUSO B. SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 202.

² Lo definisce "el nervio central de su razón de existencia", ALONSO GARCÍA M., *La intervención del Estado en el derecho del trabajo*, CPS, 1956, n. 30, p. 10.

eteronomo, tra privato e pubblico, tra dimensione individuale e dimensione collettiva dei rapporti di lavoro e della loro disciplina³. Se è vero che si tratta di un tema da sempre centrale nel discorso scientifico e nella produzione normativa giuslavoristica, è altrettanto vero, tuttavia, che questi sembrano tempi di rinnovato vigore degli impulsi che spingono a rivalutarne il ruolo, tanto nella definizione, come nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto del lavoro del presente e del futuro. La questione è per molti aspetti oramai nota.

La proposta di un recupero del contratto si lega a doppio filo con la necessità sempre più intensamente avvertita di una sostanziale e profonda *revisión* dei principi, delle categorie dogmatiche, della strumentazione e della stessa legittimazione di un diritto del lavoro che, si dice, avrebbe smarrito la propria ragion d'essere, la propria anima⁴. Il discorso sull'opportunità di una "riscoperta" della funzione del contratto individuale si intreccia, in altre parole e non senza una certa dosi di approssimazione, con quello, altrettanto noto, della (vera o presunta) "crisi" del diritto del lavoro e delle vie per uscire dalla stessa⁵.

Si dice, in particolare, che le profonde trasformazioni che con sempre maggiore rapidità ed intensità investono il sistema economico e produttivo, la stessa concezione sociale e antropologica del lavoratore e le funzioni del lavoro nella società post-industriale⁶ avrebbero determinato una (precoce) *obsolescenza* delle categorie e dei valori sui quali il diritto del lavoro si è venuto strutturando nel corso dei suoi più di cento anni di storia, quando non anche di un suo superamento come

³ "El problema de la autonomía privada es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía como la libertad natural del hombre". FERRI L., *La autonomía privada*, trad. spagnola a cura di Rancho Mendizábal L., ed. spagnola a cura di MONEREO PÉREZ J. L., Comares, Granada, 2001.

⁴ MARIUCCI L., *Il diritto del lavoro della seconda Repubblica*, LD, n. 2, 1997, p., 163

⁵ ROMEO C., *La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi dell'inderogabilità e destrutturazione*, in ROMEO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del Convegno di Studi tenutosi a Catania, 10-11 maggio 2002, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Migliorazzi, Roma, 2003, p. 46, che sostiene addirittura che la tutela del fattore lavoro nel moderno diritto del lavoro viene perseguita in via solo riflessa e indiretta, attraverso un sostanziale spostamento del baricentro della materia verso l'interpretazione delle esigenze delle imprese. Si veda pure, ID., *I nuovi spazi dell'autonomia privata nel diritto del lavoro*, DL, 2003, I, p. 13.

⁶ Sulla crisi della società fondata sul lavoro BECK U., *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000; GORZ A. (trad. spagnola), *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido*, Sistema, Madrid, 1995 (trad. italiana pubblicata in Bollati Boringhieri, Torino, 1992); MÉDA D., *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Gedisa, Barcelona, 1998 (trad. Italiana a cura di Serra A., pubblicata da Feltrinelli, Milano, 1997); RIFKIN J., *La fine del lavoro*, Mondadori, Milano, 2005. Critico GAETA L., *Nuove regole per il lavoro che cambia*, DML, 2001, n. 3, pp. 467 e ss.

disciplina autonoma, separata dal diritto civile e da quello dell'impresa⁷. Alle prese con le complesse implicazioni derivanti dalle modificazioni che hanno interessato non solo le forme di utilizzazione e di organizzazione della forza lavoro fuori e dentro dell'impresa, ma anche i contenuti della prestazione lavorativa e le forme di partecipazione dei lavoratori ai processi produttivi, dovendo fare i conti con una concorrenzialità estesasi a livello planetario, con sistemi di produzione normativa che travalicano i confini dello Stato nazionale, nonché con le problematiche sociali derivanti da una disoccupazione strutturale di massa⁸, il diritto del lavoro, così com'è, non solo non sarebbe più in grado di rispondere alla domanda di regolazione proveniente dalla società, ma provocherebbe distorsioni e disequilibri intollerabili. Costruito sulla base di un referente istituzionale e di un prototipo di lavoro e di lavoratore storicamente determinati e oramai in netto e definitivo declino, il diritto del lavoro attuale – più o meno apertamente, più o meno consapevolmente – viene cioè accusato di essersi ridotto a negare la complessità sottostante del sistema sul quale è diretto ad intervenire, viene fatto responsabile del dilagare di fenomeni tanto preoccupanti quanto traboccanti quali quello della disoccupazione, ovvero addirittura anche del cattivo andamento dell'economia, *colpevolizzato* della presunta frattura tra ordinamento e realtà economica e sociale.

Da un punto di vista più propriamente tecnico-giuridico e costretti a una semplificazione qui funzionale alla sinteticità, la critica mossa alla disciplina giuslavoristica si risolve essenzialmente in un'accusa di "ipertrofia" e di "rigidità". La rigidità è quella delle proprie strutture, delle tradizionali tecniche di regolazione, delle proprie categorie dogmatiche, dei principi ispiratori e dei valori fondanti che, cristallizzatisi su di una realtà ormai ampiamente superata, impedirebbero al diritto del lavoro di adeguarsi ed adattarsi alle mutevoli e mutate esigenze tanto di un'economia in rapida e costante trasformazione, quanto di lavoratori "in carne ed ossa", sempre più differenziati ed individualizzati quanto a bisogni ed aspirazioni legate al lavoro. La rigidità determinerebbe dunque, un problema di "effettività" della disciplina lavoristica, incapace di rispondere alle reali esigenze che si agitano nel mondo del lavoro e della produzione e, dunque, una "ipertrofia" nella regolamentazione, la quale insomma "girerebbe a

⁷ Per la perdurante "specialità" del diritto del lavoro, LUNARDON F., *Specialità e flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 545 e ss. Sul punto anche, PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, RIDL, 2007, I, pp. 427 e ss.

⁸ GALLINO L., *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, Torino, 1998; MEDINA CASTILLO J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, Granada, 1999.

vuoto”, senza inserirsi efficacemente negli ingranaggi che muovono il reale.

Se questa può essere considerata la “diagnosi” prevalente sulle ragioni dell’alterazione organica e funzionale che inficia il diritto del lavoro, non stupisce che “l’antidoto”, venga identificato quasi universalmente nel parametro della “flessibilità”; non stupisce insomma che a fronte una giuridificazione (ritenuta) ipertrofica, inefficace e sostanzialmente indifferente alle reali necessità ed aspirazioni di lavoratori e datori di lavoro, si proponga, quale strumento utile al recupero della razionalità perduta dell’intervento normativo e dunque la sua effettività, quello di una più o meno radicale “deregolazione”⁹/“reregolazione flessibile” del sistema. Sia che la si intenda come strumento di riconoscimento ed affermazione della propria differenza, anche nel lavoro¹⁰, sia che la si intenda come strumento di razionalizzazione efficientistica e di personalizzazione/fidelizzazione nella gestione del personale da parte delle imprese, la flessibilità costituisce, infatti, il meccanismo usato dall’ordinamento giuridico per indicare gli spazi di autodeterminazione concessi alla parti (individuali e collettive) del rapporto di lavoro¹¹; il parametro sulla base del quale ricalibrare l’intervento normativo nel mercato del lavoro, il paradigma dell’esigenza di rinnovamento di una disciplina considerata non più in linea con i tempi, né con le esigenze di una società post-industriale e post-moderna.

Intesa (almeno inizialmente) esclusivamente nel senso unidirezionale quale impellente necessità di una regolazione maggiormente attenta alle nuove esigenze di un’economia globalizzata, la flessibilità/flessibilizzazione del diritto del lavoro viene vieppiù riproposta e giustificata socialmente anche sul presupposto che costituisca un’esigenza che caratterizza sempre più spesso il mondo del lavoro moderno, un mondo sempre meno massificato e standardizzato. La flessibilità insomma viene proposta sempre più frequentemente non solo quale necessità di razionalizzazione derivante dalle trasformazioni intervenute nel mondo della produzione e dell’economia, ma anche quale via per un’auspicabile ri-personalizzazione del lavoro che permetta di riscoprire l’individuo dentro della massa dei lavoratori¹², di ricomporre la considerazione giuridica della persona che lavora quale centro di

⁹ SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1986, spec. pp. 236 e ss.

¹⁰ D’ANTONA M., *Alla ricerca dell’autonomia individuale (passando per l’uguaglianza)*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, I Giuffrè, Milano, 2000, p. 156

¹¹ CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español*, RL, 1987, n. 23, p. 9.

¹² SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, DLRI, 1990, pp. 87 e ss.

imputazione giuridica qualificato ed essenzialmente unitario¹³. Si capisce dunque come il dibattito sulla necessità di una riscoperta delle virtualità dell'autonomia privata si intrecci fortemente con quello della crisi del sistema giuslavoristico e della flessibilità/flessibilizzazione quale soluzione egemonicamente proposta per una "rifondazione"¹⁴ della disciplina alla ricerca di una nuova legittimazione¹⁵.

La prospettiva si connota di aspetti e sfumature per certi versi inedite, nel contesto di una disciplina, quella lavoristica, che si è storicamente preoccupata di perseguire l'obiettivo dell'autodeterminazione del lavoro solo indirettamente, attraverso il potenziamento dell'autonomia che si realizza sul fronte collettivo. Sul lato individuale, il perseguimento dell'obiettivo della tutela del lavoratore è avvenuto cioè in gran parte attraverso la svalutazione della *lex voluntatis* e del principio consensualistico e in favore del potenziamento della *voluntas legis*¹⁶.

Definizione e circoscrizione del campo di indagine.

Com'è evidente, si tratta di questioni che affondano direttamente al cuore della disciplina, rivestendo un carattere propriamente sistemico e che, in quanto tali, si presentano complesse e articolate, suscettibili di essere affrontate da una pluralità di prospettive e punti di vista differenti. La praticabilità di una ricerca condotta su di un tema tanto ampio e per certi versi indeterminato si gioca, dunque in primo luogo, sulla necessità di pervenire ad una precisa ed accurata delimitazione del campo di indagine. A questo fine, proprio le menzionate interrelazioni fra trasformazione e cambiamento, crisi e rinnovamento, flessibilità e "ritorno" al contratto individuale, plurivalenti ma presentate come strettamente interconnesse quando non anche propriamente consequenziali, indicano un possibile percorso di indagine.

¹³ ORSI BATTAGLINI A., *Diritto amministrativo*, in MENGONI L., PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI A., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, I, 1990, pp. 54 e ss.

¹⁴ PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, RL, 2000, n. 13, p. 21.

¹⁵ VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in *Diritto del lavoro: i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, I, 2005, pp. 825 e ss.

¹⁶ Sul presupposto secondo il quale "il diritto del lavoro tutela il lavoratore, non perché è *contraente debole* – come chi domanda un'abitazione in un mercato teso che porta gli affitti alle stesse – ma perché *non è un contraente*". Cfr. D'ANTONA M., *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, RGL, 1992, I, pp. 86 e ss., ora in CARUSO B. SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, I, pp. 155 e ss.

Se è vero che il dibattito sulla riscoperta del contratto quale veicolo di manifestazione dell'autonomia privata individuale chiama in causa quello sulla flessibilizzazione della disciplina del lavoro subordinato quale via per uscire dalla (presunta) crisi sistemica, ideologica e di legittimazione in cui sarebbe precipitato il diritto del lavoro, appare evidente che l'ambito privilegiato per verificare grado di penetrazione, i fondamenti e la praticabilità delle proposte di un più o meno radicale "ritorno" al contratto è proprio quello della disciplina relativa all'accesso al lavoro ed in particolare quello relativo all'accesso al lavoro flessibile, intendendo per tale quello che presenta deviazioni più o meno marcate rispetto al modello ancora ritenuto *standard* o tipico per l'inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato. Nel regolare queste particolari modalità contrattuali sembra infatti che il Legislatore abbia voluto concedere – direttamente o indirettamente – all'autonomia individuale più ampi e per certi versi inediti spazi di espressione, tanto nella scelta del "tipo" contrattuale, quanto in relazione con importanti aspetti della disciplina tradizionalmente associata al lavoro c.d. *standard* – quello a tempo pieno e durata indeterminata.

Suddividendo così la regolamentazione del rapporto di lavoro nelle distinte fasi della stipulazione del contratto, della regolamentazione del rapporto e dell'estinzione dello stesso, le ragioni che hanno spinto a concentrarsi sul primo dei momenti segnalati si intrecciano essenzialmente con l'obiettivo fissato. Se quest'ultimo si sostanzia nell'accertamento del grado di traduzione normativa delle opzioni neo-contrattualiste, nonché nella verifica degli effetti prodottosi in termini di effettive possibilità di espressione dell'autonomia privata individuale, indubbiamente il momento dell'accesso al lavoro e, più in particolare, quello della stipulazione del contratto diventano cruciali. È questo un ambito, insomma, in cui la rivalutazione del ruolo del contratto quale veicolo di espressione dell'autonomia individuale sembra manifestarsi con maggiore intensità, anche se, come si vedrà, non senza contraddizioni; ambito, tra l'altro, recentemente interessato, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, da una complessa e importante operazione di riforma che ha ridisegnato, se non per certi aspetti "rivoluzionato", la regolamentazione precedente¹⁷, ampliando il numero delle tipologie di contratto flessibile esistenti e riformando quelle già collaudate.

Si fa riferimento al complesso sistema normativo risultante dall'attuazione della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30¹⁸, avvenuto ad

¹⁷ CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 92.

¹⁸ Com'è noto, la riforma fu preceduta dalla pubblicazione da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ottobre 2001 (disponibile sul

opera del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, (integrato da un coacervo di disposizioni di attuazione ed integrazione da parte della legislazione regionale e della contrattazione collettiva e corretto, oltre che dall'intervento della Corte Costituzionale - sentenza n. 50/2005 - anche da provvedimenti di modifica - d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 e l. 14 maggio 2005, n. 80 -), nonché, in materia di riforma del contratto a tempo determinato, dal d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368¹⁹. La ricerca dunque risulta presentare aspetti di interesse anche in considerazione dell'attualità del materiale normativo sulla quale, almeno in parte, insiste.

Ne discende una doppia delimitazione del campo di indagine. Da un lato, infatti, si prenderà in considerazione unicamente la fase dell'*accesso al lavoro*, ovvero più propriamente quella della *conclusione del contratto*, mentre dall'altro ci si occuperà prevalentemente della disciplina relativa alla stipulazione dei *contratti di lavoro flessibili*.

Questioni metodologiche.

Dal punto di vista più propriamente metodologico si è scelto di condurre l'analisi del dato positivo concentrando l'attenzione sulle tecniche normative. Se è vero che anch'esse "están sometidas a condicionamientos históricos como lo están el resto de las parcelas de la formación social"²⁰, sarà dunque possibile verificare l'esistenza di una tendenza generale dell'ordinamento al recupero del ruolo del contratto quale strumento di espressione dell'autonomia privata individuale conducendo l'analisi attraverso il prisma delle tecniche di regolazione concretamente utilizzate.

L'ipotesi che s'intende verificare è più in particolare quella secondo la quale il recupero del ruolo e della funzione del contratto quale veicolo di manifestazione dell'autonomia individuale passi anche e soprattutto attraverso il recupero di tecniche di tutela del lavoratore

sito www.lavoro.gov.it - *infra* nel testo - e da un accordo triangolare, denominato "Patto per l'Italia", siglato nel luglio 2002 senza la sottoscrizione del maggior sindacato italiano, la CGIL.

¹⁹ L'ultimo intervento di riforma è avvenuto con la pubblicazione e l'entrata in vigore il 1 gennaio 2008 della l. 24 dicembre 2007, n. 247. Si tratta di un provvedimento complesso composto da un unico articolo con 94 commi e che affronta una pluralità di materia distinte (riforma previdenziale, riforma del mercato del lavoro - ammortizzatori sociali, servizi per l'impiego, lavoro dei disabili, apprendistato - etc.) e che costituisce la traduzione normativa dell'Accordo tripartito - *Protocollo su Previdenza, Lavoro e Competitività. Per l'equità e la crescita sostenibili* - siglato tra Governo e parti sociali il 23 luglio dello stesso anno. Per un'analisi di quest'ultimo si rinvia a ZILIO GRANDI G., *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, DRI, 2007, pp. 787 e ss.

²⁰ APARICIO TOVAR J., *La forma en el contrato de trabajo*, REDT, 1980, p. 131.

maggiormente attente ai profili formali e procedurali di regolamentazione che, esaltando la centralità del momento contrattuale, sembrano voler liberare spazi di espressione per l'autonomia privata individuale. Si cercherà insomma di chiarire le interrelazioni esistenti nella disciplina che regola l'accesso al lavoro tra recupero di un certo "formalismo"²¹ anche nel diritto del lavoro e (relativo) recupero del ruolo del contratto quale strumento privilegiato di espressione dell'autonomia individuale, onde verificare gli effetti che si producono in termini di capacità di autodeterminazione individuale. A questo specifico obiettivo si dedicherà la parte centrale di questo lavoro (Capitolo III).

Proprio lo stretto collegamento menzionato (e che si cercherà di approfondire nel corso di questo lavoro – Capitolo II -) tra il tema oggetto di studio e dibattito sulla crisi del diritto del lavoro sembra offrire ulteriori utili spunti per delineare ulteriormente il percorso metodologico da seguire nell'analisi del dato positivo. In altre parole, proprio il dibattito sulla "crisi" che starebbe investendo la disciplina giuslavoristica, sulla necessità di un *rinnovamento/ammodernamento* delle sue categorie dogmatiche, dei principi ispiratori e delle tecniche di regolamentazione che si vorrebbe sempre più spesso affidato al recupero del ruolo e della rilevanza del contratto e dell'autonomia individuale, sembra postulare, quale premessa necessaria e ineludibile di qualunque proposito di ricerca sul tema, la necessità di verificare *nel passato* le ragioni della crisi *presente*, onde poter delineare il contesto (in primo luogo giuridico) nel quale si colloca la prospettiva della riscoperta del contratto quale strumento di manifestazione dell'autonomia individuale e, in definitiva, quale via per l'autodeterminazione²².

Si tratta, in particolare, da un lato, di richiamare sia pure per sommi capi le ragioni e le logiche che hanno portato tanto all'individuazione del contratto quale schema per la costruzione giuridica delle prime manifestazioni del lavoro prodotto dall'industrializzazione, quanto alla costruzione di un contratto tipico e di un *corpus* normativo *speciale e specifico* per la disciplina del lavoro subordinato teso verso una sostanziale - anche se variamente determinata - svalutazione del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale quanto meno quale fonte della disciplina applicabile al rapporto sottostante; di richiamare insomma i fondamenti ultimi della costruzione della disciplina lavoristica quale forma di limitazione/integrazione *ab esterno* delle possibilità di espressione dell'autonomia privata nel contratto individuale.

²¹ Per i necessari chiarimenti terminologici suggeriti dall'utilizzo di termini quali forma e formalismo giuridico si rinvia ai §§ II.1 e II. 2 del terzo Capitolo di questo lavoro.

²² "Il giuslavorista, interrogandosi sul futuro del diritto del lavoro, inevitabilmente cerca di comprenderne il passato per afferrare il punto iniziale della traiettoria che attraversa il presente". PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 10.

Si tratta poi, dall'altro lato, di ricordare ambivalenze e contraddizioni mai definitivamente superate di uno schema, quello del contratto di lavoro subordinato, che cerca di conciliare al proprio interno valori tanto distinti, quanto antinomici quali quello di subordinazione e uguaglianza, autorità e libertà, persona e mercato, individuale e collettivo²³; ambivalenze acutizzate da un processo economico e produttivo più dinamico ed instabile e da un sostanziale rinnovamento del panorama sociale e culturale, che fanno vacillare gli equilibri tradizionali (che si credevano oramai consolidati ma che in realtà non possono non essere inevitabilmente instabili e precari nonché storicamente determinati) e che sembrano alimentare la necessità di un ripensamento *ideologico* del diritto del lavoro.

È la dialettica tra autonomia ed eteronomia, tra individuale e collettivo, tra autorità e libertà, tra libertà ed uguaglianza che si genera all'interno di un sistema che si fonda contemporaneamente su tutti e ciascuno di questi valori che sembra necessario ripercorrere e storicizzare. Essa si costruisce intorno ad una strumentazione giuridica ed a meccanismi di regolamentazione/controllo edificati alla luce delle differenti valutazioni che storicamente vengono fatte degli interessi coinvolti nel rapporto tra capitale e lavoro, della selezione di quelli ritenuti meritevoli di considerazione giuridica, della definizione delle tecniche di intervento e della funzione stessa dell'intervento; si intreccia con esigenze storicamente determinate del processo produttivo, con le capacità autoregolatrici delle coalizioni di interessi, con il ruolo che rispetto ad essi assume lo Stato, ma anche con i valori sociali, economici e politici dominanti in ciascuna fase evolutiva. Anche per questo, si tratta di una dialettica che ha costituito e continua a rappresentare una importante chiave di lettura delle reciproche interazioni, interferenze e prese di distanza tra diritto del lavoro e diritto civile e, più in generale, del rapporto storicamente determinato tra Stato e diritto nella costruzione del moderno ordinamento giuridico²⁴. Anche per questo ci è sembrata un'utile prospettiva attraverso la quale verificare l'attuale legittimazione e dunque la percorribilità di progetti di riforma che, a volte in modo assai radicale, vedono nel ritorno al contratto la soluzione di tutti (o quasi) i mali e le contraddizioni che attraverso il sistema regolativo presente.

Sempre dal punto di vista metodologico, l'analisi è stata condotta da una pluralità di punti di vista distinti, tutti pur sempre preordinati a fornire quegli strumenti interpretativi e valutativi indispensabili per

²³ Parla di "carattere forzato, se non innaturale, del diviso accoppiamento tra i fenomeni del contratto e del lavoro subordinato", SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, RIDL, 2001, I, p. 109.

²⁴ "Nel concetto di autonomia privata, in special modo, si rispecchia – nella sua dimensione evolutiva – lo sviluppo dei rapporti tra economia e diritto e, nel contempo, tra lo Stato e il cittadino". GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto del contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 55 e ss.

comprendere non solo la portata oggettiva della penetrazione della prospettiva dell'autodeterminazione individuale nel diritto positivo, ma anche, per quanto possibile il significato profondo di tale rinnovamento. Si è cercato in altri termini di condurre l'analisi del dato positivo anche alla luce delle trasformazioni di significato e di valore che ha sperimentato la considerazione sociale, politica e giuridica del lavoro nei moderni sistemi di diritto del lavoro. Da questo punto di vista, si è attribuito all'ordinamento italiano il ruolo di "prisma" attraverso il quale analizzare il mutamento, di cui sta partecipando, pur con tutte le proprie specificità e le caratteristiche che gli sono proprie, tra gli altri, anche il sistema spagnolo. È vero infatti che in Italia, forse più che in Spagna il discorso sull'autonomia privata individuale ha rappresentato fin da sempre il parametro giuridico di riferimento di gran parte dell'elaborazione scientifica e giuridica che si è venuta stratificando nel corso del tempo.

D'altra parte, l'allargamento del campo di indagine oltre gli oramai troppo angusti confini di un solo ordinamento e dunque l'assunzione di una prospettiva che non si chiuda agli influssi della comparazione e al confronto con altri sistemi normativi permette senz'altro una comprensione più profonda di un processo di rinnovamento che si realizza senz'altro a livello generale.

Strutturazione del lavoro.

La ricerca costerà dunque di tre parti.

Nella prima si occuperà di delineare ruolo e funzioni del contratto e dell'autonomia individuale nella fase di costruzione e consolidamento dell'ordinamento giuslavoristico. Si cercherà in particolare di richiamare ragioni e contraddizioni della riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema del contratto bilaterale di scambio e, più in particolare, all'interno del contratto tipico costruito per l'inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato. Non si tratta ovviamente di procedere ad un'analisi storico-critica del diritto del lavoro e delle sue categorie dogmatiche. A parte le notevoli difficoltà di un'analisi di tal fatta, già per altro magistralmente condotta da altri²⁵, si tratterebbe di un obiettivo che esula dai propositi di questa ricerca.

La seconda parte sarà invece dedicata alla definizione delle interrelazioni menzionate tra dibattito sulla crisi e sulla necessità di un

²⁵ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico critici*, Morano, Napoli, 1967; PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano 1985.

rinnovamento del diritto del lavoro e recupero del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale quale via per un generale ammodernamento della disciplina; del ritorno al contratto quale via intrapresa dal diritto del lavoro per dare risposte tanto alle trasformazioni economiche e produttive, quanto a quelle intervenute su piano dei valori dominanti e della conformazione sociale ed antropologica del lavoro post-industriale. Si cercherà in particolare di verificare quanto e come tale dibattito si sia tradotto in concrete opzioni normative, interpretative e applicative. Ciò servirà tra l'altro a chiarire come e quando il dibattito sul ruolo dell'autonomia individuale si sia venuto disancorando da quello sulla contrattualità del rapporto ed abbia incominciato ad acquistare autonoma rilevanza. Si tratta di ri-collocare nel suo preciso contesto socio-economico, politico e culturale le ragioni che hanno portato ad uno spostamento dell'attenzione degli operatori giuridici che con sempre maggiore frequenza ed intensità si dedicano alla verifica della congruità degli spazi di espressione accordati all'autonomia privata delle parti del rapporto individuale di lavoro attraverso il contratto.

Con gli strumenti che verranno forniti da questi primi due capitoli introduttivi, si procederà all'analisi del dato positivo onde verificare in concreto il grado di penetrazione delle opzioni neo-volontaristiche e neo-contrattualiste seguendo il criterio di indagine focalizzato sulle tecniche di regolamentazione. Sarà così possibile comprovare l'esistenza di un nesso di interdipendenza non solo tra contrazione del sistema di tutele tipiche del diritto del lavoro e proliferazione – in funzione compensatoria – di tecniche di controllo e di autorizzazione imperniate sulla prescrizione di obblighi formali e procedurali²⁶; bensì, più in generale, tra recupero di un certo “formalismo” anche nel diritto del lavoro ed esaltazione del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale²⁷, sul presupposto di una diversa considerazione della posizione di debolezza contrattuale del lavoratore *uti singulo*.

²⁶ Si tratta di una correlazione evidenziata già da tempo dalla dottrina giuslavoristica. Si veda, FERRARO G., *Formalismo giuridico e Diritto del Lavoro*, DLRI, 1989, pp. 567 e ss.; ID., *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, 2002, I, p. 447; RENGÀ S., *Mercato del lavoro e diritto*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 280 e ss.; GALLEGÓ MORALES A. J., *Commentario al articolo 8 del ET*, in MONEREO PÉREZ J. L. (Dir.), *Commentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 177; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002, p. 267

²⁷ In tal senso, ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, RGL, 2005, n. 4, p. 746.

**CAPITOLO PRIMO: CONTRATTO E AUTONOMIA PRIVATA NELLA
FORMAZIONE E NEL CONSOLIDAMENTO DELL'ORDINAMENTO
GIUSLAVORISTICO.**

I. – Autonomia privata e contratto nel Liberalismo.

La riconduzione della relazione che lega prestatore e datore di lavoro all'interno della categoria giuridica del contratto ha origini lontane, rimontando al periodo stesso delle prime manifestazioni di quella particolare forma di prestazione dell'attività lavorativa nata dal processo di industrializzazione che costituirà ben presto oggetto di studio della nascente disciplina giuslavoristica²⁸.

In tale fase per così dire primitiva di edificazione di questa branca del diritto, la principale questione da affrontare era appunto quella di costruire giuridicamente la nuova forma di lavoro che si andava sperimentando nelle prime fabbriche, in linea per altro con il progetto di società che si intendeva realizzare. E il ricorso alle categorie civilistiche, ed in specie la soluzione contrattuale, fu – soprattutto in Italia - passaggio obbligato e sostanzialmente indiscusso, almeno fino ai primi decenni del XX secolo²⁹, in ragione del clima culturale di forte ispirazione liberale assolutamente dominante.

Le radici di tale scelta sistematica si intrecciano fortemente, come è noto, con le necessità dettate dal passaggio da un sistema di produzione basato sull'auto-consumo, sull'immediata soddisfazione dei bisogni, sulla *conservazione* della ricchezza, ad un nuovo sistema basato sullo spirito di lucro, sulla *creazione* della ricchezza, sul mercato quale luogo e strumento per l'accumulazione capitalistica³⁰. L'affermazione del nuovo sistema di produzione e, più in particolare, il massiccio sfruttamento del lavoro ad esso coesistente implicavano, infatti, la necessità, insieme logica ed economica, di provvedere alla mercificazione del lavoro, alla sua riconduzione alla qualità di "merce", in quanto tale, al pari delle altre, liberamente reperibile sul mercato da parte di chi, disponendo dei capitali

²⁸ Se è vero, infatti, che la prestazione di lavoro produttivo a favore di altri ed i conflitti sociali che ne derivano non sono caratteristica esclusiva del capitalismo, è anche vero che il diritto del lavoro costituisce risposta regolativa alle specifiche esigenze sociali determinate da questo sistema di produzione. PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DEL LA ROSA M., *Derecho del trabajo*, Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 39 e ss.: "La razón de ser histórica del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica independiente es, por ello, la de servir al *proceso de juridificación* del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital, de su canalización, integración o insitucionalización por el Estado" (p. 41).

²⁹ Vedi, *infra*, §. IV.

³⁰ Sulla transizione dal sistema signorile feudale a quello borghese capitalistico, BARCELONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 53 e ss.; GALGANO F., *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 696 e ss.; BAYON CHACÓN G., *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el derecho histórico español*, Tecnos, Madrid, 1955; PALOMEQUE LÓPEZ M. C. *Derecho del trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, spec. pp. 30 e ss.

adeguati, potesse dar avvio ad un'attività economica organizzata a fini produttivi³¹.

Più in generale, l'affermazione ed il consolidamento del sistema capitalistico necessitava della realizzazione di un compiuto sistema - economico, sociale, politico e culturale³² - che fosse in grado, al tempo stesso, di realizzare il superamento del sistema corporativo pre-rivoluzionario, fatto di *status* e privilegi³³, di penetranti e immobilizzanti vincoli di tipo autoritario e personale che impedivano la libera circolazione dei fattori produttivi e l'accumulazione del capitale, e di fornirgli quella legittimazione sociale e politica³⁴ e quella strumentazione giuridica indispensabili al suo pieno sviluppo.

A tali esigenze rispose prontamente il Liberalismo borghese, che si occupò di dare forma giuridica ai valori della nascente borghesia capitalista, realizzando un nuovo ordine giuridico fondato sulla centralità del *mercato* - inteso quale spazio fisico ed ideale, dominato dalle leggi "naturali" dell'economia e regolato dal libero gioco delle forze economiche, strumento "naturale" e dunque più idoneo, per un'ottimale allocazione delle risorse - e dell'*individuo* in quanto singolo³⁵, astrattamente inteso quale soggetto razionale e autoresponsabile, capace di individuare e perseguire i propri interessi attraverso la manifestazione della propria volontà, titolare di diritti anch'essi "naturali" da proteggere contro la prepotenza dello Stato³⁶.

³¹ MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, 2000, p. 181.

³² "El capitalismo es un tipo de sociedad histórica; no un simple modo de producción. Es una estructura compleja que define la sociedad occidental, y que comprende un sistema legal, una determinada organización política, un sistema económico (un modo de producción y de satisfacción de necesidades) y asimismo una estructura tecnológica y científica". MONEREO PÉREZ J. L., *Estudio preliminar*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), RIPERT G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. spagnola dell'edizione del 1946 a cura di Quero Morales J., Comares, Granada, 2001. p. XIV.

³³ Sulla strutturazione economico-sociale e giuridica caratteristica del sistema feudale, BARCELLONA P., *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Jovene, Napoli, 1987, pp. 27 e ss. GILBERT R., *El contrato de servicios en el Derecho medieval español*, RPS, 1974, n. 101, pp. 5 e ss.

³⁴ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *El trabajo y las formas jurídicas*, RL, 2003, n. 10, p. 44

³⁵ Sulla legge Le Chapelier del 1791 che abolì in Francia le corporazioni medievali ed ogni forma di organizzazione intermedia tra Stato e cittadino, SIMITIS S., *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, DLRI, 1990, pp. 743 e ss.

³⁶ Si consolida così, nelle varie Dichiarazioni dei diritti dell'uomo, la nozione di *soggetto giuridico*, astratto punto di riferimento di valori distinti da quelli espressi dal conteso sociale, fonte di diritto oggettivo, a sua volta considerato oggettivazione - e dunque proiezione - sul piano normativo dei diritti soggettivi dei singoli individui riconosciuti e garantiti dallo Stato di diritto. BARCELLONA P., *La parabola del soggetto giuridico moderno*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998, I, p. 106; TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, I, pp. 37 e ss.

E così, l'identificazione operata dal sistema liberale tra individuo-cittadino-proprietario rispondeva efficacemente alle esigenze di mercantilizzazione della società imposte dal passaggio al nuovo sistema di produzione. La proprietà diventa, infatti, "la vera ed unica unità di misura economica della convivenza sociale", il "vero parametro della cittadinanza"³⁷; l'individuo, in quanto cittadino, è necessariamente anche proprietario (quanto meno, della propria forza lavoro); la sua garanzia in quanto tale è, dunque, essenzialmente, tutela della proprietà³⁸. Con ciò si spiega essenzialmente anche il perché un valore tanto centrale per il liberalismo quale quello della libertà viene inteso il senso irrimediabilmente restrittivo, come coincidente sostanzialmente con la libertà contrattuale (libertà di accedere al mercato e libertà di determinazione del contenuto dello scambio negoziale).

La radicale separazione realizzata dal sistema liberale tra società civile, prodotto delle leggi naturali direttamente promananti dai singoli e Stato apparato, creazione artificiale al servizio dell'uomo, tra leggi naturali dell'economica e struttura artificiale della politica³⁹, implica poi una duplice serie di importanti conseguenze. In primo luogo, da essa deriva la relegazione della funzione del diritto (e, attraverso di esso, dello Stato) a strumento di garanzia formale della forme esteriori del processo economico e della piena e libera espressione dei comportamenti individuali⁴⁰. Nel contesto del diritto privato borghese, la strumentazione giuridica - pur necessaria nella misura in cui assolve alla funzione di definire gli schemi generali ed astratti all'azione individuale⁴¹ -, doveva

³⁷ PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 32.

³⁸ L'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 tra i diritti naturali ed imprescrittibili alla cui conservazione doveva ispirarsi l'azione politica, specificava che essi consistevano essenzialmente nella libertà, sicurezza, resistenza all'oppressione, nonché nella proprietà, qualificata come diritto inviolabile e sacro (art. 17).

³⁹ Sulla netta separazione tra diritto ed economia, operata dall'illuminismo in coincidenza con l'affermazione della statualità del diritto, GALGANO F., *Lex mercatoria, autonomia ...*, op. cit. pp. 672 e ss.

⁴⁰ Anche in questa fase storica, l'affidamento al mercato del compito della regolazione concreta dei rapporti economici non equivale dunque ad assenza di regole. Al contrario, "il libero mercato presuppone che esista il libero contratto e che le pretese da esso nascenti siano azionabili in giudizio. Questi sono i fondamenti legali del capitalismo". GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 321. Si veda pure, VENEZIANI B., *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 159, che a tal proposito, scrive, "Il contratto, pertanto, è ritenuto il solo strumento di mediazione giuridica capace di realizzare la giustizia sociale. Ma, al contempo, è il mezzo con cui è possibile - grazie al rigoroso rispetto degli impegni assunti - rendere le operazioni di circolazione della ricchezza prevedibili e calcolabili e, per la borghesia liberale, pianificare l'accumulo dei capitali".

⁴¹ La dialettica tra libertà dell'iniziativa individuale e autorità dello Stato si ricompone nella netta separazione tra sfera privata e sfera pubblica. "Da una parte, c'è

cioè necessariamente restare indifferente rispetto al substrato sociale ed economico sul quale era destinata ad operare, facilitando in tal modo la realizzazione delle esigenze capitalistiche di mobilità sociale e di generalizzazione dei rapporti di scambio⁴². La netta separazione tra Stato e società implicava poi la considerazione del diritto privato, in quanto diritto posto a garanzia dell'ordinato sviluppo delle relazioni tra privati, quale strumento privilegiato di strutturazione e regolamentazione della società, in contrapposizione con il diritto pubblico che doveva invece limitarsi ad intervenire negli angusti limiti in cui fosse in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica.

I. 1. - La centralità dello strumento contrattuale nel sistema liberale.

In tale contesto, il contratto svolge una duplice fondamentale funzione. In quanto strumento di incontro di volontà ugualmente autodeterminate (e dunque responsabili), appartenenti a soggetti ugualmente liberi e proprietari, diventa, in primo luogo, lo strumento materiale di accesso e di conformazione giuridica del mercato e, in definitiva, di trasformazione in senso capitalistico della società e dell'economia⁴³.

Al tempo stesso, in quanto espressione dell'utopia libertaria di rinnovamento della società e del diritto, la contrattualità non solo rifonda lo Stato in senso liberale⁴⁴, delimitandone compiti e funzioni, ma

l'ordinamento giuridico che attribuisce, che riconosce la volontà (...); dall'altra, c'è il soggetto che «vuole» e volendo vivifica la norma". BARCELONA P., *Diritto privato e ...*, op. cit. p. 91.

⁴² BARCELONA P., *Diritto privato e ...*, op. cit. pp. 86. Si tratta di un processo di astrazione, funzionale alla realizzazione del principio di uguaglianza, che, mentre in Francia viene portato avanti attraverso la codificazione della categoria generale del contratto, in Germania si realizza oltre il contratto, principalmente ad opera pandettistica, attraverso la costruzione dogmatica del negozio giuridico. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, trad. it., Torino, 1900.

⁴³ Sottolinea come "la categoria generale del contratto, introdotta dalla codificazione civile borghese, era stata il frutto della ricerca di un equilibrio fra la pretesa della classe mercantile, di appropriazione delle risorse del suolo, e le esigenze della classe fondiaria, di difesa della proprietà. Il principio del consenso come produttivo, di per sé solo, del vincolo giuridico favoriva la classe mercantile nel suo rapporto con i proprietari delle risorse e, al tempo stesso, proteggeva i proprietari delle risorse, impedendo che costoro potessero essere privati dei loro beni contro la loro volontà". GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 2002, p. 19.

⁴⁴ La contrapposizione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo si risolve in una "degradazione del diritto oggettivo, il quale ... veniva ricondotto anch'esso con la finzione del «contratto sociale» negli schemi volontaristici del diritto privato". ORESTANO R., *Teoria e storia dei diritti soggettivi*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 98.

conforma la società sulla base del valore centrale della libertà, intesa come libertà di un volere non più condizionato dall'appartenenza ad uno *status*, come manifestazione del potere di autodeterminazione riconosciuto individualmente ad ogni soggetto in quanto cittadino⁴⁵. L'affermazione dell'uguaglianza formale ed altrettanto formale riconoscimento di uguale autonomia e potere presupposti nel principio di libertà (contrattuale⁴⁶) rappresentano dunque, in questa fase storica, irrinunciabili postulati di un sistema che cercava di sganciarsi dai condizionamenti e dai vincoli di un sistema politico, economico e sociale strutturato gerarchicamente in *status*, che non solo aveva portato alla creazione di un sistema dispotico ad autoritario sul piano civile e politico, ma, impedendo il naturale funzionamento del mercato, si credeva che avesse impedito pure la prosperità sul piano economico. In questo senso, il libero gioco delle forze sociali affidate ai meccanismo di mercato era considerato la forma privilegiata di garanzia non solo di emancipazione (individuale), bensì anche di "progresso" (sociale)⁴⁷.

Centralità del mercato, e dunque del contratto e della libertà ad esso correlata, costituiscono pertanto gli strumenti che il liberalismo utilizza per prendere le distanze dalle passate esperienze e gettare le basi per la rifondazione di una società immune dai difetti che avevano caratterizzato il sistema precedente; una società fondata sul contratto che si sostituisce allo *status* nella funzione di nuovo collante della società.

In tale contesto, non stupisce che anche l'acquisizione del fattore lavoro a fini produttivi da parte dell'imprenditore capitalista, dovesse essere intesa come la conseguenza di un scambio, frutto di una scelta autoresponsabile, compiuta da un soggetto ugualmente libero e proprietario, attraverso la conclusione di un contratto⁴⁸. Passaggio

⁴⁵ Sul punto si rinvia alle considerazioni di FERRI L., *La autonomía privada ...*, op. cit., pp. 38 e ss. e soprattutto capitolo III che distingue tra diritto soggettivo ed esercizio delle facoltà ad esso inerenti ed esercizio di un potere (normativo), sebbene ammette che in una pluralità di casi essi possono coincidere in un unico atto.

⁴⁶ Autonomia individuale, intesa come autonomia dei privati, come potere attribuito dalla legge ai singoli individui di creare norme giuridiche. MONEREO PÉREZ J. L. *Introducción*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), FERRI L., *La autonomía privada*, trad. spagnola a cura di Rancho Mendizábal L., Comares, Granada, 2001, pp. 5 e ss e pp. 34 e ss. Dello stesso avviso, SANTI ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. spagnola dell'edizione originale del 1947 a cura di Sentis Melenso S., Aberra Redín M., ed. spagnola a cura di MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), Comares, Granada, 2002, pp. 31 e ss.

⁴⁷ BAYON CHACÓN G., *La autonomía de la voluntad en el ...*, op. cit., p. 15.

⁴⁸ Puntualizza a tal proposito, ALARCÓN CARACUEL M. R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato del trabajo*, REDT, 1986, n. 28, pp. 496 e ss. "Importa detenerse brevemente en ese doble sentido de la libertad del trabajador. En primer lugar, se trata de un hombre libre y propietario de su propia fuerza de trabajo. No es, por tanto, él mismo una mercancía, una cosa: no es un esclavo. Y no está tampoco sometido a un vínculo de subordinación jurídico-política que le obligue a trabajar para otro: no es un siervo. Por consiguiente, la entrega de su actividad laboral a otro se hará

obbligato di tale operazione era la necessità di ricondurre la forza lavoro alla qualità di bene, entità economicamente valutabile⁴⁹.

La centralità attribuita all'autonomia privata individuale quale sintesi di tutte le libertà riconosciute all'individuo e la sua garanzia a livello giuridico, consentono al lavoratore di sciogliere la propria capacità lavorativa dai vincoli imposti dalle condizioni sociali d'origine, dal sistema di privilegi proprio dell'epoca feudale; assicurano al soggetto quella libertà radicalmente negata dal sistema pre-rivoluzionario e, contemporaneamente, legittimano sul piano formale la subordinazione di un uomo libero ad un suo uguale in una società fondata sull'uguaglianza (formale) di tutti i cittadini⁵⁰. Sul lato del datore di lavoro/imprenditore, il contratto costituisce lo strumento di riconoscimento e di legittimazione giuridica di una posizione di potere e supremazia che origina fuori dallo

en base a un acuerdo libre entre ambos: a un contrato. La relación social básica del modo de producción capitalista es, ya en su propia raíz, una relación jurídica contractual: no se trata de una relación social «en bruto» que luego se juridifica”. Sulle trasformazioni del significato del lavoro nella storia vedi, MÉDA D., *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Gedisa, Barcelona, 1998 (trad. it. dell'originale francese, *Le travail. Une valeur en voie de disparition*, Aubier, Paris 1995, a cura di Serra A. *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, Feltrinelli, Milano, 1997); MEDINA CASTILLO J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, Granada, 1999.

⁴⁹ “La qualificazione del lavoro come un bene economico segna il passaggio da uno *status* di fatto ad una relazione contrattuale. Una volta che il lavoro è considerato una merce come le altre, un rapporto che semplicemente assoggetta il lavoratore al datore di lavoro o padrone non è più tollerabile ... I lavoratori, quindi, scambiano lo *status* di soggetti sottomessi (servi) con una relazione contrattuale anonima. Essi non appartengono più ad un gruppo specifico di persone soggette ad altrettanto specifiche regole, ma ad un indeterminato numero di individui che sono perfettamente liberi di decidere se, ed a quali condizioni, vendere la propria merce. Sia l'astrazione, sia la scarsità di regole costituiscono un tributo all'autodeterminazione”. SIMITIS S., *Diritto privato e ...*, op. cit., p. 52.

⁵⁰ Scrive GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 128 “L'astrazione del lavoro dal lavoratore e la sua considerazione come merce assolve anche ad un'altra funzione: quella di garantire all'imprenditore la possibilità di avere a sua disposizione una quantità di forza lavoro non superiore a quella necessaria, secondo i suoi calcoli economici, a realizzare i propri programmi produttivi. Se il lavoro è merce ed oggetto di un contratto, il principio di libertà contrattuale consente all'imprenditore, attraverso la libertà di assunzione e di licenziamento, di adeguare continuamente la quantità di lavoro utilizzata agli obiettivi produttivi che si propone, secondo i propri calcoli economici”. Si veda pure, SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro ...*, op. cit., pp. 109 e ss. GAROFALO M. G., *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 145 e ss. BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 46.

stesso, nel fatto (sociale ed economico) della proprietà (dei mezzi di produzione)⁵¹.

Se da un punto di vista economico-sociale la ricostruzione del rapporto di lavoro in termini di relazione contrattuale di scambio era dunque una soluzione indispensabile alla realizzazione dell'ordine capitalistico, da un punto di vista giuridico e culturale si trattava di una soluzione quanto meno giustificata da un'istanza egualitaria di libertà, di emancipazione e di progresso⁵². Per suo tramite si conseguiva l'obiettivo prioritario di dare copertura giuridica allo scambio tra lavoro e retribuzione (e dunque ai rapporti di produzione) e, allo stesso tempo, si realizzava un ordine giuridico fondato sulla uguale libertà di tutti i cittadini a prescindere dalla loro collocazione nel sistema sociale e produttivo⁵³.

Nella ricostruzione in termini contrattuali del rapporto di lavoro, l'accennata prevalenza assegnata al sistema privatistico, implicava, nell'Italia post-unitaria, la necessità della costruzione di un sistema civilistico nazionale che mantenesse saldo il collegamento con la millenaria tradizione giuridica romanistica. Recuperando, riadattando e in certi casi stravolgendo concetti elaborati dalla pandettistica⁵⁴, si cercò di fornire al Codice civile una solida base di legittimazione che fosse in grado di sorreggere il dirompente apparato ideologico che lo

⁵¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo*, in *Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 22.

⁵² BAYON CHACÓN G., *La autonomía de la voluntad en el ...*, op. cit., p. 15.

⁵³ “In ciò si coglie lo specifico ‘artificio’ del diritto moderno, che sdoppia la persona umana in *soggetto* di potere di disporre e *oggetto* dell’atto di disposizione... La regola di libertà è produttiva di una *reificazione* dell’uomo che consente a questi di cedere come una « cosa», attraverso il contratto, le *proprie* energie, le *proprie* capacità, il *proprio* potere creativo, la *propria* attitudine al comando, senza formalmente alienare se stesso come uomo”. BARCELLONA P., *La parabola del soggetto ...*, op. cit., p. 104.

⁵⁴ ROMAGNOLI U., *Il Lavoro in Italia ...*, op. cit., p. 45, che parla di “colossale esempio di paranoia eufemistica, intendendo per tale una particolare forma di fuga dalla realtà che si esprime cambiando i nomi alle cose sgradevoli o imbarazzanti che non si sa né accettare né rimuovere”; mentre, M. G. GAROFALO, *Un profilo ideologico...*, op. cit. p. 455, parla, riferendosi alla ricostruzione barassiana del rapporto di lavoro, come una “copertura ideologica di un’operazione di politica del diritto”, consistente nell’ “ambientare all’interno degli strumenti giuridici di *civil law*, un nuovo tipo contrattuale che avesse ad oggetto il lavoro astratto (*rectius*: lo scambio tra questo e la retribuzione) e come funzioni quella di legittimare il potere dell’imprenditore capitalista sull’organizzazione di impresa e su coloro che in essa lavorano (...) nonché quella di consentire al datore di lavoro, attraverso la libertà contrattuale, di rendere la quantità di lavoro esistente nell’organizzazione una variabile dipendente dalle sue scelte organizzative e produttive”.

affiancava⁵⁵. E così, la riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dell'istituto della *locatio operarum*⁵⁶ combinò perfettamente aderenza al dato positivo codificato (art. 1627 del Codice civile italiano del 1865 e 1710 di quello francese) e continuità con la tradizione⁵⁷.

Forse perché più attento alla prospettiva dell'instaurazione di un rapporto di durata⁵⁸, forse perché dava luogo ad una relazione più individualizzata⁵⁹ e dunque meglio rispondeva alle necessità di organizzazione, gestione e controllo della manodopera⁶⁰, o forse perché "eticamente" più accettabile⁶¹ anche se non per questo meno

⁵⁵ CAZZETTA G., *Civilistica e "assolutismo giuridico" nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'Esegesi (1865-1881)*, in AA.VV., *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 403.

⁵⁶ Sulle ragioni della mancata affermazione di una tipologia contrattuale *ad hoc* che avesse ad oggetto il lavoro, VENEZIANI B., *L'evoluzione del contratto di lavoro ...*, op. cit.

⁵⁷ È noto, infatti, che si riteneva che la bipartizione *locatio operis* e *locatio operarum* fosse già operante nel diritto romano nei termini delineati dal Codice (napoleonico e italiano). Per un esame delle deviazioni operate rispetto a quest'ultimo, tra gli altri, BAYON CHACÓN G., *La autonomía de la voluntad ...*, op. cit., pp. 33 e ss.; GÓMEZ-IGLESIAS CASAL A., *De la locatio conductio al contrato de trabajo*, REDT, 1995, n. 70, pp. 182 e ss. MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 415 e ss.

⁵⁸ "Lo schema della compravendita non fu accolto non tanto per la presunta inseparabilità delle energie lavorative dalla loro fonte – la persona del prestatore – che implicava che ad essere comprato era lo stesso lavoratore, quanto per il fatto che non consentiva adeguato apprezzamento del profilo della durata del rapporto. La locazione delle opere aveva invece dalla sua il disposto codicistico, seppure promiscuo nella descrizione ed esiguo nella disciplina". PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 41.

⁵⁹ "Se insomma il lavoro è una vendita, e quindi un rapporto – fondamentalmente – incentrato su una tariffa determinabile a priori, che rende superflue le trattative individuali, ecco allora il lavoro diventare, nello scenario dell'individualismo, una vendita di massa, regolata o regolabile a livello collettivo dai gruppi sociali". PASSANITI P., *Storia del diritto del ...*, op. cit., p. 188, l quale continua poi, "E' più comodo coprire tale verità insostenibile con il velo di ipocrisia rappresentato dalla concezione del lavoro alla stregua di una locazione. Le conseguenze economiche sono le stesse, e l'uomo rimane estraneo all'oggetto del contratto. La morale liberale è salva, e gli effetti economici rimangono inalterati" (p.190).

⁶⁰ GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, pp. 7 e ss.

⁶¹ GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro ...*, op. cit., pp. 322-23. che scrive: "il profilo personalistico del lavoro è, quindi, di attenuare e correggere le implicazioni patrimonialistiche, connesse all'assimilazione della locazione di opere alla locazione di cose"; ID., "Il lavoro non è una merce": *una formula da rimediare*, LD, n. 4, 1997, p., 573; MAGRINI S., voce *Lavoro (contratto individuale di)*, in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, vol. XXIII, 1973, p. 371. Per le influenze, a cavallo tra '800 e '900, della dottrina

contraddittorio⁶², lo schema della locazione si afferma su quello della vendita⁶³, ma si rileva immediatamente insufficiente man mano che lo sviluppo industriale ne esalta limiti e contraddizioni.

Modellata sulla contrapposizione tra lavoro svolto in regime di autonomia e quello rientrante in una limitata tipologia di rapporti personali di tipo domestico sopravvissuti al superamento del modello feudale, la locazione era istituito sostanzialmente inservibile per regolare il lavoro prodotto dalla rivoluzione industriale⁶⁴. La classificazione operata dal Codice risultava scarsamente atta a operare una congrua discrezione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo⁶⁵. Urgente si profilava dunque la necessità di procedere all'elaborazione di una nuova categoria per l'inquadramento di un fenomeno altrettanto nuovo anche per le codificazioni ottocentesche.

sociale della Chiesa sulla nozione di lavoro, si rinvia a, GRANDI M., *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 123 e ss.

⁶² Parla di "figura illogica", ROMAGNOLI U., *L'amarcord del diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1982, p. 408, sul presupposto che se è vero che lo schema della vendita fu respinto perchè implicava l'attribuzione al lavoro umano e dunque al lavoratore del valore giuridico di cosa, anche la locazione, mentre nega che oggetto di godimento sia il corpo umano, sostiene l'inseparabilità della prestazione di lavoro oggetto di locazione dalla persona che la esegue. Nello stesso senso, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., pp. 430 e ss.

⁶³ CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, RDC, 1913, p. 355. Sottolineano le analogie tra questa ricostruzione ed i canoni del liberismo industriale, GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro...*, op. cit., p. 12. Vedi sul punto anche le considerazioni di PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, pp. 95 e ss. Per una critica alla ricostruzione di Carnelutti, in Spagna, RUÍZ DE GRIJALBA A., *El contrato de trabajo ante la razón y el Derecho*, Imprenta Francisco Beltrán, Madrid, 1922, p. 158.

⁶⁴ In tal senso, PASSANITI P., *Storia del diritto del ...*, op. cit., pp. 35 e ss. OJEDA AVILÉS A., *La genealogía del contrato de trabajo*, REDT, 2007, n. 135, pp. 533 e ss. a cui si rinvia anche per considerazioni in chiave comparativa con il sistema tedesco e inglese.

⁶⁵ Sottolinea invece come la costruzione della categoria del contratto di lavoro, svincolata da quella della locazione, si sia "svilupata appunto da una posizione critica nei confronti delle premesse ideologiche che avevano determinato il ritorno del rapporto di lavoro nello schema della locazione" e rispondesse, dunque, anche ad esigenze più propriamente etiche di valorizzazione dell'elemento personalistico del lavoro, che si affianca a quello dello scambio a contenuto patrimoniale, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., p. 418.

I. 2. - L'ambivalente concezione del lavoro del Liberalismo ottocentesco.

La portata delle innovazioni introdotte nel sistema è dirompente e la rottura con l'ordine sociale e giuridico precedente radicale. All'idea di un ordine sociale dato e immutabile, diretta emanazione della divinità, si sostituisce l'idea di uno Stato prodotto dall'uomo in funzione della realizzazione dei propri interessi; all'idea di una natura popolata da spiriti e forze sconosciute ed incontrollabili si sostituisce l'immagine di un mondo conoscibile, retto da leggi naturali penetrabili dalla ragione umana, un mondo alla portata ed al servizio dell'uomo e, dunque, trasformabile, manipolabile. All'idea di un soggetto costretto nei (e dai) limiti delle proprie condizioni socio-economiche e politiche di origine si sostituisce l'idea di un individuo comunque proprietario, soggetto razionale, che liberamente determina il proprio futuro attraverso manifestazioni volitive che si traducono in diritto auto-imposto; un soggetto naturalmente ed ontologicamente titolare di diritti inviolabili, tra i quali campeggia quello di proprietà. Al lavoro come castigo e sofferenza, conseguenza della bassa condizione sociale (e del castigo divino), si sostituisce una concezione del lavoro che al tempo stesso è forza liberatrice e creatrice, strumento di elevazione morale e spirituale, di emancipazione sociale e di autodeterminazione individuale⁶⁶, ma anche merce in proprietà dell'individuo, bene generatore di ricchezza sociale.

Il Liberalismo, e le sue traduzioni sul piano politico, recepiscono e sviluppano, dunque, una concezione del lavoro ambivalente. Da una parte, il lavoro rappresenta l'essenza dell'uomo, lo strumento che permette all'individuo di affermare la propria identità, di conquistare la propria autonomia, di emanciparsi dai bisogni materiali, rappresenta l'ideale di creazione e di autorealizzazione, la relazione sociale che struttura la società sulla base di una nuova "solidarietà organica" (Durkeim). Dall'altro, e per la prima volta, il lavoro viene concepito come entità omogenea, quantità misurabile di energia che resta incorporata durevolmente in un oggetto materiale e che ne incrementa il valore (in quanto unità di misura del valore delle merci), fattore che insieme e come gli altri permette la produzione, energia separabile dalla

⁶⁶ Scontato il rinvio a WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Firenze, 1970. Sulla costruzione ed il ruolo svolto dall'"etica del lavoro" nella prima industrializzazione, anche, BAUMAN Z., *Trabajo, consumismo y nuevos probres*, Gedisa, Barcelona, 1999, spec. pp. 17- 42. Accenna alle influenze dell'etica protestante nella trasformazione della considerazione del lavoro, ALONSO OLEA M., *La abstención normativa en los orígenes del derecho del trabajo moderno*, in *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 29 e ss.

persona che lo presta⁶⁷ liberamente scambiabile sul mercato, insomma, come merce e dunque viene trattato come tale⁶⁸.

Nell'uno e nell'altro caso è inteso come qualcosa di stretta pertinenza, di proprietà dell'individuo e, pertanto, estraneo al campo di intervento dello Stato che si disinteressa di esso. In ossequio agli ideali liberali, infatti, i Codici Civili borghesi non si preoccupavano di disciplinare il lavoro prestato "all'altrui servizio"⁶⁹.

II. – Limiti e contraddizioni della ricostruzione in termini contrattuali del rapporto di lavoro.

II. 1. - La "finzione" del contratto e le critiche del socialismo giuridico.

La "grande trasformazione"⁷⁰ non fu tuttavia né semplice, né indolore. L'ordine sociale e giuridico realizzato dalle grandi codificazioni borghesi

⁶⁷ È questo il senso del salto logico operato dalla Codificazione francese del 1804 rispetto alla tradizione romanistica e pandettistica precedente. Si allude alla trasformazione della *locatio* da prestazione di dare (in godimento una cosa) a prestazione di fare (sia pure in funzione di un risultato, nel caso della *locatio operis*) per altri. Sul punto SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico critici*, Morano, Napoli, 1967, pp. 76 e ss. e spec. p. 91, in cui l'A. scrive che "l'intento che presiede all'introduzione della rilevata novità è" quello di "affermare che il lavoro umano è un bene e che di esso quindi il proprietario può disporre, dandone a godere ad altri dietro corrispettivo".

⁶⁸ "La grandezza del progetto borghese sta tutta qui: nella capacità di costruire un potere spersonalizzato capace di coesistere con l'anarchia dell'individualismo possessivo. Il soggetto di diritto, l'eguaglianza formale davanti alla legge sono le categorie capaci di mediare la costituzione del moderno come coesistenza dell'individualismo radicale, inteso come astrazione del diritto e del denaro". BARCELLONA P., *La parabola del soggetto ...*, op. cit., p. 97.

⁶⁹ GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Utet, Torino, 1993, I, p. 4. Lo stesso vale per l'ordinamento spagnolo – MARTÍN VALVERDE A., *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, in MONTOYA MELGAR A., MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO F. (COORD.), *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, p. 209. Dalla contraddizione implicita nella riconduzione allo schema del contratto - presupponente uguaglianza e libertà delle parti contraenti – di una relazione strutturalmente, oltre che giuridicamente, sbilanciata – quella di lavoro – si svilupperà quel ramo del diritto che, nato all'ombra del diritto civile, acquisterà ben presto autonomia scientifica. Anche il Codice civile spagnolo del 1889 dedica al rapporto di lavoro solo pochi articoli (artt. 1583-87).

⁷⁰ Si prende in prestito qui il titolo del famoso libro di Karl Polanyi (*La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974) che in realtà faceva riferimento alla trasformazione subita dalle istituzioni liberali negli anni '30 anche e soprattutto in conseguenza della grave crisi economica mondiale del '29.

del XIX secolo si reggeva, infatti, su di una astrazione, fonte di una pericolosa finzione. L'affermazione di un'uguaglianza meramente formale e di una volontà (aprioristicamente considerata sempre) libera e sovrana, rendendo sostanzialmente irrilevanti le condizioni economiche e sociali delle parti individuali nel mercato del lavoro, legittimava giuridicamente la posizione di forza e di dominio del più forte sul più debole⁷¹, del capitale sul lavoro, assicurando alle classi dominanti il diritto all'arricchimento, al perseguimento del lucro e del profitto⁷². Attraverso la rappresentazione del rapporto di lavoro nei termini di libero e volontario scambio di merci, veniva elusa e mascherata la contraddizione tra la posizione di potere (sociale, prima ancora che giuridico) dell'imprenditore-capitalista sull'organizzazione produttiva e la corrispondente posizione di soggezione del lavoratore⁷³. La "finzione" del contratto, in definitiva, "lasciava completamente in ombra la dimensione dei rapporti di lavoro come rapporti di produzione"⁷⁴ ed il carico di disuguaglianza di potere giuridico, oltre che economico e sociale, in esso implicito.

⁷¹ "In quanto regolamento neutro interamente affidato all'«accordo» privato, infatti, il contratto si dispone ad accogliere, anzi dà forma ai rapporti di forza che «naturalmente» il meccanismo della competizione determina. Così trasformandosi da veicolo per la sanzione della libertà di tutti, a veicolo per la sanzione della libertà di pochi e per una nuova «soggezione» di quanti rimangono esclusi dalla partecipazione alle decisioni economiche". BARCELLONA P., *Diritto privato e ...*, op. cit., p. 403. "Ad un sistema, quello feudale, incentrato su disuguaglianze giuridiche se ne sostituì un altro generatore di nuove disuguaglianze e di nuovi privilegi, anche se questa volta non più di diritto ma di fatto". NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982, pp 99 e ss. Si veda anche, GONZÁLES-POSADA MARTÍNEZ E., *El trabajo y la forma jurídica*, RL, 2003, n. 10.

⁷² Anche la repressione di qualsiasi forma di associazione od organizzazione professionale rispondeva alla preminente necessità di assicurare le libertà professionali ed economiche, compromesse nell'epoca precedente dalla strutturazione in corporazioni di mestiere e rappresentava la diretta conseguenza di un progetto politico, quello liberale, fondato sulla sovranità dell'individuo in quanto singolo, sia in campo economico, sia in campo politico. Anche quando l'atteggiamento di aperta ostilità verso i sindacati viene superato, il sistema giuridico, e attraverso di esso lo Stato, si limiterà ad assecondare la qualificazione privatistica del fenomeno, ricondotto al fenomeno contrattuale e dunque extrastatuale. In questo modo, anch'esso poteva essere ricondotto (anche se con evidenti forzature) alla "legge generale e astratta" del codice, senza necessità di un intervento regolatore specifico. Sulla formazione del diritto sindacale, VARDARO G., *Il mutamento della funzione del contratto collettivo*, DLRI, 1983, pp. 719 e ss.; in cui si sottolineano le conseguenze negative dell'efficacia meramente obbligatoria riconosciuta tramite l'applicazione delle regole civilistiche al contratto collettivo e in generale l'insufficienza delle norme codicistiche per la disciplina del fenomeno sindacale. Più approfonditamente, ID, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1985.

⁷³ GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua ...*, op. cit., pp. 127 e ss.

⁷⁴ VARDARO G., *Contratti collettivi e rapporto...*, op. cit., p. 50.

L'emergere di una "questione sociale"⁷⁵ finiva così per smentire in fatto l'ideale borghese di una società di individui liberati ed autoresponsabili, capaci di individuare e perseguire autonomamente i propri interessi attraverso la libera manifestazione della propria volontà⁷⁶; smentiva l'idea di una tendenza naturale del sistema al progresso ed al benessere generale. L'aspirazione di liberazione ed emancipazione si scontrava con la realtà di un lavoro parcellizzato in sequenze di movimenti misurati al secondo, spogliato di ogni traccia di professionalità e di disponibilità del tempo⁷⁷, un lavoro che è dominio e sfruttamento, alienazione dell'uomo da sé, che invece di essere libertà creatrice è sottomissione forzata al potere ed al profitto altrui, che piuttosto che artefice del progresso è appendice della macchina. La frattura tra sistema giuridico e realtà sociale diventa così incolmabile e determina la necessità dell'elaborazione di adeguati canali di integrazione, istituzionalizzazione, giuridificazione del conflitto sociale strutturale che soggiace alla strutturazione in senso capitalistico dell'economia e della società.

L'esplosione di tali contraddizioni e la domanda di regolazione proveniente dalla società fu raccolta, interpretata e promossa da quel movimento di pensiero che, con una certa approssimazione, viene individuato con il nome di "socialismo giuridico"⁷⁸. Nel tentativo di pervenire ad un rinnovamento della strumentazione giuridica esistente, funzionale (almeno per alcuni) alla trasformazione della società e del diritto in senso sociale (e socialista), tale movimento, pur con

⁷⁵ A proposito della "questione sociale" in Spagna, MARVAUD A., *La cuestión social en España*, Revista de Trabajo, Madrid, 1975 con prologo di Castillo J. J. e Borrás J. M.,

⁷⁶ Si è parlato a tal proposito di "paradosso della libertà contrattuale". "Per affermarsi come principio generale essa deve ignorare la disparità di potere sostanziale; e tuttavia per non ridursi a vuota formula deve essere corretta e subire restrizioni legali". BARCELONA P., *Diritto privato e ...*, op. cit. p. 395.

⁷⁷ Vedi, CORIAT B., *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.

⁷⁸ Il fondatore di questa corrente di pensiero è considerato Anton Menger (1841-1906). MONEREO PÉREZ J. L., *Estudio preliminar*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), MENERG A., *El derecho civil y los pobres*, trad. spagnola a cura di Posada A., Comares, Granada, 1998 (l'edizione italiana è del 1894 a cura di Bocca, Torino). In realtà, si trattava di una sigla che raggruppava orientamenti e posizioni anche molto diverse le une dalle altre, accomunate unicamente dalla critica all'impostazione individualistica e patrimonialista del codice civile. In tal senso, CASTELVETRI L., *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, RTDPC, 1987, pp. 246 e ss. Sulle influenze esercitate dal socialismo giuridico nei diversi paesi europei, si rinvia al Numero monografico (nn. 34, 1974-75) di Quaderni Fiorentini, "Il Socialismo Giuridico. Ipotesi e letture". Si veda, per l'ordinamento spagnolo, VALDÉS DAL-RE F., *En los orígenes del reformismo social*, RL, 2004, n. 1, pp. 1 e ss. nonché, MONTOYA MELGAR A., *El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo*, RMTAS, 2003, n. extraordinario para el Centenario del Instituto de Reformas Sociales. Sulla decisiva influenza della filosofia Krausista nel socialismo spagnolo del XIX secolo, DÍAZ E., *La filosofía social del krausismo español*, Cuadernos para el dialogo, Madrid, 1973.

impostazioni assai variegata, elaborò ricostruzioni fortemente critiche dell'individualismo del diritto privato borghese e del formalismo positivista sul quale questo si era andato formando⁷⁹.

Sul presupposto incontestabile che l'uguaglianza proclamata dal sistema liberale era in realtà una mera astrazione, funzionale alla garanzia della preminenza degli interessi di determinati gruppi sociali a svantaggio di altri⁸⁰, esso si fece carico di denunciare in primo luogo il carattere mistificante della riconduzione del rapporto di lavoro all'interno di uno schema giuridico, il contratto di diritto civile, che presuppone e si fonda sull'incontro di volontà ugualmente libere e proprietarie. Di esso si criticava l'insufficienza a garantire quella libertà e quella uguaglianza tra le parti del rapporto che ne costituivano lo stesso presupposto di funzionamento, in ragione dell'esistenza di una situazione di soggezione (sociale ed economica, prima ancora che giuridica) del lavoratore che per ciò stesso ne inficiava le manifestazioni volitive⁸¹. Del Codice si criticava insomma la sua indifferenza verso la socialità emergente dai rapporti di produzione⁸².

Nonostante la critica alle conseguenze sociali prodotte dalla riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema locativo, non si arrivò, tuttavia, ad una compiuta messa in discussione della natura contrattuale del rapporto di lavoro, che al contrario venne sostanzialmente riconfermata dai socialisti della cattedra⁸³. Il lavoratore, per quanto "debole", veniva pur sempre considerato contraente⁸⁴, da proteggere dall'invadenza del potere dell'altro soggetto della relazione

⁷⁹ CONSENTINI F., *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1921, pp. 269 e ss.

⁸⁰ In questo senso, si è affermato che il diritto privato nel liberalismo borghese assurge alla categoria di vero e proprio "diritto di classe" che, in quanto tale, finiva proprio per contraddire nei suoi stessi termini il principio di uguaglianza, pur formalmente riconosciuto nella codificazione. MONEREO PÉREZ J. L., *Estudio preliminar*, in RIPERT G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno ...*, op. cit.

⁸¹ Si vedano, a tal proposito, le opere di TARTUFARI L., *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893, pp. 39 e ss.; SALVIOLI L., *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi meno abbienti ed operaie*, Reber, Palermo, 2° ed. 1906; GIANTURCO E., *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Pierro, Napoli, 1891 poi in *Opere giuridiche*, Libreria dello Stato, Roma, 1947; MODICA I., *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Palermo, 1897; CIMBALI E., *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Utet, Torino, 1895.

⁸² VADALÀ-PAPALE G., *Diritto privato e codice privato sociale*, *Rivista La scienza del diritto privato*, 1883, I, p. 14; GIANTURCO E., *L'individualismo e il socialismo ...*, op. cit., p. 268.

⁸³ In tale senso anche MONEREO PÉREZ J. L., *Fundamentos doctrinales de Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999, p. 46.

⁸⁴ PALACIOS A. L. *El nuevo derecho (Legislación de trabajo)*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1920, pp. 78.

contrattuale attraverso la predisposizione di regole poste a specifica tutela del valore preminente della persona implicata nella prestazione di lavoro⁸⁵. Regole, tuttavia, che non potevano essere quelle elaborate da un diritto, quello romano, o attinte da un Codice, quello civile, che sostanzialmente disconoscevano i caratteri innovativi di una relazione prodotta dalla nascente società industriale⁸⁶. Si invocava pertanto la necessità della costruzione di un “diritto nuovo”, privato-sociale, pubblico-privato, capace di dar disciplina al fenomeno di massa del lavoro industriale e protezione speciale al proletariato di fabbrica⁸⁷.

Il compito della creazione di questo “diritto nuovo”, attento alle dinamiche che si realizzavano sul piano economico e sociale, veniva affidato in primo luogo allo Stato; è al Legislatore, infatti, e non alla scienza giuridica, che tale movimento fa appello. In una sorta di anticipazione di molti dei presupposti poi ripresi strumentalmente dal corporativismo fascista, i giussocialisti attribuivano e rivendicavano allo Stato il ruolo di supremo pacificatore e moderatore dei conflitti tra le

⁸⁵ SINZHEIMER H., *La esencia del derecho del trabajo* (1927), in *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. Spagnola e *Estudio preliminar*, a cura di VÁZQUEZ MATEO F., Madrid, 1984, pp. 67 e ss.; VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1986, pp. 78 e ss. In questo senso, si è detto che anche la dimensione personale viene contrattualizzata e legata alla prestazione patrimoniale di lavoro in funzione della struttura e delle esigenze dell'impresa. MONEREO PÉREZ J. L., *Fundamentos doctrinales del ...*, op. cit. p. 46.

⁸⁶ SALVIOLI, *I difetti sociali del codice ...*, op. cit. p. 42. TARTUFARI L., *Del contratto di lavoro ...*, op. cit., pp. 8 e ss.; PALACIOS A. L. *El nuevo derecho ...*, op. cit., pp. 79 e ss.; CONSENTINI F., *La reforma de la legislación civil ...*, op. cit. p. 440.

⁸⁷ MODICA I., *Il contratto di lavoro nella ...*, op. cit. pp. 113 e ss. GUTIÉRREZ-GAMERO F., *Legislación industrial*, Moliner, Madrid, 1914, I, p. 213. CONSENTINI F., *La reforma de la legislación civil ...*, op. cit. pp. 438 e ss. Sul punto, anche, MONEREO PÉREZ J. L., *La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho: significación técnica de la dependencia y ajenidad*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 214 e ss.

classi sociali⁸⁸, riconoscendo al diritto la funzione di strumento di potere sociale⁸⁹.

Nonostante l'incapacità di elaborazione di compiute e condivise ricostruzioni giuridiche (un'organica legislazione speciale d'ordine pubblico, un codice privato-sociale, ovvero una legge speciale⁹⁰) e, in ogni caso, veramente alternative rispetto agli schemi civilistici tradizionali onde rispondere alle contraddizioni ed alle inefficienze del sistema (giuridico e politico) liberale⁹¹, tale movimento di pensiero contribuì in modo determinante a denunciare l'insufficienza giuridico-funzionale (e dunque politica) dello schema contrattuale di diritto civile e, seppur spesso in una prospettiva di mero paternalismo, a promuovere l'intervento statale in funzione della tutela della posizione dei lavoratori

⁸⁸ “Il provvido intervento di una potenza ugualmente amica, autorevole ed imparziale che, assidendosi arbitra in mezzo a due forze belligeranti, faccia, coll'assegnare a ciascuno la parte di diritto che le spetta, cessare le cause e gli effetti di una lotta per tutti certamente disastrosa”, CIMBALI E., *La nuova fase del diritto civile ...*, op. cit. p. 55 citato da CAZZETTA G., *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, LD, 2007, nota n. 26, p. 153; SOLARI G., *Socialismo e diritto privato*, 1906, rist. Giuffrè, Milano, 1980; NAVARRO DE PALENCIA A., *Socialismo y derecho criminal*, Reus, Madrid, 1919. In questo senso, il lavoratore era considerato più che protagonista (attivo) della propria emancipazione, destinatario (passivo) dell'intervento protettivo dello Stato, MARIUCCI L., *Il lavoro decentrato. Discipline legali e contrattuali*, F. Angeli, Milano, 1979, pp. 40 e ss.

⁸⁹ MENGER A., *El Derecho Civil y los pobres, ...*, op. cit. p. 322. Per l'esperienza weimeriana si rinvia a VARDARO G., *Il diritto del lavoro nel «laboratorio Weimar»*, in ARRIGO G., VARDARO G. (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, 1982, il quale sottolinea come nonostante la Costituzione di Weimar del 1919, attraverso il riconoscimento della libertà nel lavoro, volesse assicurare l'autodeterminazione del lavoratore in quanto persona titolare di diritti fondamentali, non si riuscì a scegliere tra: autodeterminazione nel senso di un recupero sul piano collettivo-sindacale della libertà persa sul piano individuale e autodeterminazione come conseguenza dell'intervento legislativo-protezionistico da parte dello Stato. In sostanza, secondo l'A., ci si limitò ad una sovrapposizione tra una visione del lavoratore quale “soggetto” attivo della propria emancipazione e determinazione nel lavoro e una visione del lavoratore come “oggetto” della protezione legislativo-statale e ora anche sindacal-collettiva.

⁹⁰ UNGARI P., *In memoria del socialismo giuridico. I. – Le «Scuole del diritto privato sociale»* e ID., *In memoria del socialismo giuridico. I. – Crisi e tramonto del movimento*, entrambi in Pol. Dir., 1970, rispettivamente pp. 241 e ss. e 387 e ss.

⁹¹ In questo senso ed allo scopo di sottolineare una sostanziale continuità tra la cultura giuridica “pre-barassiana” e Barassi stesso, CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini...* op. cit., pp. 241 – 246 “Gli orientamenti critici ebbero senz'altro il merito di segnalare all'attenzione della dottrina civilistica l'esigenza di individuare rimedi alle disuguaglianze sostanziali, ma non suscitavano nei giuristi pre-barassiani alcuna invenzione tecnico-interpretativa né alcun realistico progetto di intervento per tradurre l'istanza di tutela in soluzioni emancipate dalla logica tradizionale ed indiscussa del collegamento della disciplina ad una fattispecie contrattuale”. Vedi anche a tal proposito pp. 282 e ss. CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, Quaderni Fiorentini, n. 17, 1988, p. 177 e ss.

nel rapporto di lavoro. Riconobbe l'esistenza di un'insanabile contraddizione implicita nella considerazione di un lavoratore che è al tempo stesso *oggetto* e *soggetto* del contratto/rapporto di lavoro⁹²; contraddizione che continua a caratterizzare la ricostruzione in termini contrattuali dello stesso⁹³.

Ma la critica alla riconduzione del rapporto di lavoro all'interno della locazione era in realtà una critica all'insufficienza ed all'*insensibilità* di questa rispetto alle concrete disuguaglianze esistenti nella società, nonché alla inevitabile obsolescenza di uno schema risalente ad un sistema giuridico al quale era totalmente estranea la realtà del lavoro industriale⁹⁴. Era dunque la manifestazione di un disagio per gli *effetti* derivanti dalla tradizionale impostazione locativa, più che una critica alla *fattispecie* in quanto tale che, dunque, non fu sostanzialmente messa in discussione.

Il contrasto di tali proposte con la cultura giuridica dominante, impegnata nella difesa della purezza della costituzione privatistica da contaminazioni sociologiche o pubblicistiche, "l'eccesso di denuncia sociale rispetto all'esigenza di ordinamento..., il rinvio a legiferazioni non ancora apparse e che si propongono, o lo stesso deliberato intento metodologico di non voler dare assetto definitivo ad una tanto mutevole esperienza", costituiscono fattori che, in maniera pur differenziata, concorsero tutti a determinare la marginalizzazione e la sconfitta dell'impostazione dei "novatori"⁹⁵. L'insuccesso dei tentativi di codificazione⁹⁶ consacrò infine il fallimento della proposta riformista dei

⁹² Forse l'intuizione fondamentale di questo movimento, rimasta in gran parte incompiuta, fu tuttavia proprio quella dell'insufficienza e della non autosufficienza delle categorie civilistiche - ed in primo luogo dello schema contrattuale - a far fronte al complesso di interessi che si agitano sul piano del rapporto di lavoro e della necessità di una loro contaminazione con i saperi che si stavano sviluppando sul piano delle scienze sociali (ed economiche).

⁹³ SUPIOT A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1996.

⁹⁴ MODICA I., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*; VADALÀ-PAPALE G., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, entrambi in IV Congr. Giur. naz., Napoli, 1897, II, rispettivamente pp. 10 e ss. e pp. 27 e ss.; JANNACONE P., *Contratto di lavoro*, Enc. Giur. it., Milano, 1898, III, p. 1041.

⁹⁵ PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., p. 42-43.

⁹⁶ Il tentativo di costruire una legislazione sociale partendo dallo studio previo delle materiali condizioni di vita e di lavoro della classe operaia ebbe maggior fortuna in Spagna. Si segnala, in particolare, l'istituzione nel dicembre del 1883, su iniziativa di Sigismundo Moret, della "Comisión de Reformas Sociales", poi trasformata nell'"Instituto de Reformas Sociales" con il RD 23 aprile 1903. Numerosi furono i progetti di legge elaborati dall'"Istituto" in materia di contratto di lavoro che si susseguirono nei primi decenni del XX secolo (si segnalano a titolo esemplificativo il Proyecto Dávila del 1906, il Proyecto Merino del 1910, il Proyecto Sánchez Guerra del 1914, il Proyecto Ruíz Jimenez del 1916, il Proyecto Burgos Mazo del 1918, l'Anteproyecto dell'Istituto de Reformas Sociales del 1922). Ma già prima, nell'intervallo di tempo che va dalla legislatura del 1810-13 al 1873, le Corti si occuparono di questioni sociali, sia pure in forme parlamentari differenti, in ben 178 occasioni. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ M.

giussocialisti, facendo sì che il dibattito sulle tematiche del contratto/rapporto di lavoro trovassero sviluppo, in Italia, solo a livello dottrinale.

C., ÁLVAREZ DEL LA ROSA M., *Derecho del trabajo ...*, op. cit. p. 55. Si è parlato, a proposito del caso spagnolo, di “interventismo scientifico dello Stato nei rapporti di lavoro”. DE LA VILLA GIL L. E., *La elaboración científica en el Derecho del Trabajo*, ACJ, 1971, I, pp. 154 e ss. E’ vero che gli innumerevoli sforzi operati dall’Istituto de Reformas Sociales per arrivare all’elaborazione ed alla promulgazione di una legge di regolazione del contratto di lavoro sortirono effetti concreti solo nel 1931, quanto fu promulgata la *Ley de contrato de trabajo* repubblicana del 21 novembre 1931, che appunto raccolse e sistematizzò i contributi ivi elaborati. Ma già prima, trovarono accoglimento parlamentare le proposte elaborate dall’Istituto in materia di servizi ispettivi (1906), di creazione dell’“Istituto Nacional de Previsión” (1908) (sul quale, BORRAJO E., *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1963) e di legislazione in materia di tribunali industriali (1912). Dei lavori dell’Istituto non si tenne conto invece nell’elaborazione del Código del Trabajo del 1926, redatto sotto la dittatura di Primo Rivera (1923-1930) e approvato con RD 23 agosto 1926. Si tratta del primo tentativo di regolazione organica del contratto di lavoro come categoria giuridica autonoma realizzato in Spagna, regolazione già fortemente influenzata da concezioni ideologiche di tipo corporativista e integrazionista (sul quale si rinvia a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *El derecho del trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996, pp. 77 e ss.) Si veda la ricostruzione storica dei programmi di politica sociale di inizio secolo in, ALBIOL MONTESINOS I., CAMPS RUÍZ L. M., SALA FRANCO T., *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 61 e ss. In Italia, dopo i tentativi di elaborazione di una legislazione organica in materia di lavoro operati dalla Commissione per lo studio delle modifiche normative in materia di contratti agrari e di lavoro (istituita prima nel 1893 e poi di nuovo nel 1901 – sui quali si rinvia a, PASSANITI P., *Storia del diritto del ...*, op. cit., pp. 203 e ss.), la principale esperienza di regolamentazione legale sistematica in materia di condizioni di lavoro precedente alla codificazione del 1942 fu, com’è noto, quella realizzata in materia di contratto di impiego privato con l’emanazione del d. lgs. 9 febbraio 1919, n. 112, poi sostituito dal r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito il legge 18 marzo 1926, n. 562. Si trattava, com’è noto, di una disciplina connotata dal carattere dell’inderogabilità (art. 17) applicabile unicamente al settore impiegatizio (art. 1) che, in quanto tale, si voleva distinguere dal lavoro operaio e manuale delle fabbriche (al quale si indirizzava invece prevalentemente la prima legislazione sociale, anche allo scopo di realizzare una spaccatura all’interno del mondo giuridico del lavoro e premiare la loro “scarsa disposizione al conflitto, la tendenza alla fedeltà, sancendo solennemente i suoi privilegi e il particolarismo della condizione”. MANCINI F., *Le categorie dei prestatori di lavoro nell’ordinamento italiano*, RTDPC, 1966, p. 895. Sul punto anche, recentemente, VOZA R., *Inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. un profilo storico*, RGL, 2006, I, pp. 248 e ss. Vedi, a proposito del dibattito di fine Ottocento sulla opportunità di una normativa specifica del contratto di lavoro, PINO G., *Il contesto di inizio secolo e ...*, op. cit., p. 27; ma anche GAETA L., STOLFI E., *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco*, Pro Loco Avigliano, Avigliano, 2007, spec. pp. 41 e ss.

II. 2. - L'organizzazione collettiva e le minacce all'ordine liberale.

In un contesto che alle deprecabili condizioni dei lavoratori conseguenza dell'industrializzazione capitalista non vedeva associati strumenti efficaci di canalizzazione del conflitto sociale risultante, l'iniziativa per la risoluzione della "questione sociale" che ne derivava provenne (oltre che dallo Stato – *infra* – anche e) direttamente dalle mani degli stessi lavoratori.

La loro organizzazione in forme collettive di contropotere⁹⁷ generava una serie di effetti potenzialmente sovversivi dell'ordine liberale prestabilito. Nella misura in cui gli interessi subalterni del modo di produzione capitalista provvedevano ad organizzarsi in strutture rappresentative, si rendeva via, via sempre più manifesta l'esistenza di una profonda differenziazione nella collocazione sociale dei soggetti della produzione, in funzione della posizione da questi occupata nel processo produttivo e nella società, revocando in dubbio il principio liberale dell'uguaglianza di tutti i cittadini a prescindere dalle condizioni di origine.

L'organizzazione collettiva dei lavoratori, inoltre, denunciava il carattere eminentemente sociale dei rapporti di produzione, il loro necessario basarsi e strutturarsi sulla collaborazione di più soggetti, tutti implicati nel processo produttivo. La dimensione collettiva della produzione, negata in radice dalla regolazione contrattuale del rapporto di lavoro⁹⁸, si riflette insomma nella progressiva conformazione e strutturazione di un potere realizzato sul piano collettivo dei lavoratori che si contrappone a quello esercitato individualmente dall'imprenditore. Socialità e contropotere realizzati sul piano collettivo, contraddicono individualismo e uguaglianza impliciti nella relazione contrattuale, rendendo ancor più evidente la finzione della strutturazione giuridica strettamente bilaterale dei rapporti di produzione elaborata conformemente ai principi liberali⁹⁹. Attraverso il contratto collettivo, si rendeva manifesta la sostanziale costruzione sociale del diritto che revocava in dubbio l'idea della statualità dello stesso e presentava il diritto del lavoro non come il prodotto esclusivo dello Stato, bensì anche degli stessi lavoratori.

In questo senso, il movimento sindacale finiva cioè per rappresentare una minaccia al sistema liberale anche sotto l'aspetto del sistema di produzione giuridica. Nella misura in cui l'organizzazione collettiva dei lavoratori cominciava a divenire anche "fonte" di

⁹⁷ Sulla formazione del movimento operaio in Spagna, PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del trabajo e ...*, op. cit., pp. 36 e ss. e, ivi, bibliografia collegata.

⁹⁸ NAPOLI M., *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, Jus, 1998, I, p. 55. GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua ...*, op. cit., p. 133.

⁹⁹ ALES E., *Paradigmi giuridici dell'offerta di lavoro e modernizzazione rivendicativa nell'esperienza sindacale italiana*, DLRI, 2002, pp. 250 e ss.

produzione di regole proprie che andavano ad influenzare un numero sempre maggiore di rapporti di lavoro, l'idea della libera negoziazione tramite contratto individuale veniva messa in discussione.

L'organizzazione dei lavoratori in associazioni professionali decretava infine il ritorno ad un sia pur nuovo corporativismo, contraddicendo anche la proibizione liberale di organizzazione e poteri intermedi.

Il complesso delle contraddizioni generate dallo sviluppo del movimento sindacale si colorava di una pericolosa carica eversiva e rivoluzionaria. Immanente si profilava dunque la necessità di rinunciare allo strumento della repressione e procedere ad incorporare il movimento sindacale all'interno dei meccanismi giuridici e istituzionali esistenti¹⁰⁰.

II. 3. – La legislazione sociale come strumento di preservazione dell'ordine liberale.

Se collocata in tale contesto, la legislazione sociale – risposta statutale alla domanda di regolazione proveniente dalla società¹⁰¹ “concepita più come terapia d'urgenza che come strumento di governo della transizione alla società industriale”¹⁰², miscela di morale religiosa cristiana e incrostazioni feudali (legislazione crocerossina¹⁰³), prodotto dell'idea di uno Stato “benefattore” e dell'esigenza di autoconservazione del

¹⁰⁰ DUEÑAS HERRERO L. J., *¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?*, RL, 1998, n. 2, p. 20

¹⁰¹ Per un riepilogo storico della prima produzione legislativa in materia di lavoro operaio in Spagna all'inizio del XIX secolo, PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del trabajo ...*, op. cit.; MONTOYA MELGAR A., *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992, PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DEL LA ROSA M., *Derecho del trabajo*, op. cit. pp. 54 e ss. che sottolineano il carattere marcatamente paternalista della stessa. Nello stesso senso, MONEREO PÉREZ J. L., *Fundamentos doctrinales del ...*, op. cit. p. 100 e ss. a cui si rinvia per la bibliografia di riferimento. Si veda pure, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *El derecho del trabajo...*, op cit., pp. 63 e ss.

¹⁰² ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*. Il Mulino, Bologna, 1995, p. 67. Nello stesso senso per la legislazione sociale spagnola, MOLTALVO CORREA J., *Fundamentos del Derecho del Trabajo. Formación histórica, ámbito de aplicación, concepto*, Civitas, Madrid, 1975, p. 149.

¹⁰³ ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre*, in VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, p. 168.

capitalismo emergente¹⁰⁴ – si connota di tutta la sua carica “restauratrice”¹⁰⁵.

Ciononostante, la legislazione sociale contribuiva a generare, suo malgrado, contraddizioni in un sistema fondato sul primato del contratto nella regolamentazione dei rapporti di lavoro (e dei rapporti interprivati in genere)¹⁰⁶ e sull’astensionismo statale, e andava a costituire il primo embrione di quella disciplina che, nata all’ombra del diritto civile, acquisterà ben presto autonomia legislativa, scientifica e didattica¹⁰⁷.

Il complesso di norme che via, via si vanno elaborando quasi contemporaneamente in tutta Europa, infatti, ignora (o meglio, prescinde dal) lo schema contrattuale sul quale si voleva fondato il rapporto di lavoro, limitandosi ad agire su categorie sociali determinate e altrettanto determinati bisogni di tutela. Si considerava “lavoratore dipendente, dal punto di vista giuridico (...) chi si presentasse come soggetto debole dal punto di vista socio-economico”¹⁰⁸, senza che venisse in considerazione

¹⁰⁴ PALOMEQUE LÓPEZ M., *Derecho del trabajo e ...*, op. cit., pp. 111 e ss.

¹⁰⁵ “La protezione del lavoro si presenta in questo stadio come espressione di un’istanza utilitaristica-economicista, in funzione del rafforzamento e dell’espansione dell’assetto capitalistico, in quanto tende ad utilizzare per l’incremento della produzione e dei consumi il potenziamento della qualità e quantità di lavoro salariato e della sua capacità di acquisto ed a far gravare sul margine dei maggiori profitti dell’impresa una parte degli oneri derivanti dall’assunzione della politica protettiva”. MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, DL, 1954, I, pp. 149 e ss., ora in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, p. 10.

¹⁰⁶ Come sottolinea ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia...*, op. cit., p. 62, le leggi sociali dei primi del XX secolo non avevano la pretesa di intaccare il primato del Codice civile nella regolazione dei rapporti tra privati e dunque anche dei rapporti di lavoro, limitandosi a girargli intorno “come pianeti intorno al Sole”.

¹⁰⁷ Si veda a tal proposito l’ormai classica ricostruzione delle ragioni dell’autonomia del diritto del lavoro sia dal diritto civile, sia dal diritto amministrativo operata da SCOGNAMIGLIO R., *La specialità del Diritto del Lavoro*, RGL, I, 1960, p. 83 che rintraccia le ragioni della specialità del diritto del lavoro nella esigenza di rimediare alla insufficienza dello strumento contrattuale, funzionale alla garanzia della sola uguaglianza formale, in un contesto di rapporti segnati dalla disparità di forza economica e sociale tra lavoratori e datori di lavoro e dalle esigenze di tutela giuridica del lavoratore; diritto del lavoro che si struttura, dunque, come “una serie di limiti all’esercizio della autonomia privata” e che, insieme all’azione diretta dei lavoratori - diritto sindacale – realizza la funzione di “maggior tutela dei lavoratori”, p. 89. Sul punto anche, SANTORO PASSARELLI F., *Specialità del diritto del lavoro*, RDL, 1967, I, pp. 3 e ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil*, RL, 1996, n. 2, pp. 1 e ss.

¹⁰⁸ GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro ...*, op. cit., pp. 10 e ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. In altra sede, Gaeta sottolinea come, al tempo, la figura del proletario industriale non era certo rappresentativa dell’universo già composito del lavoro dipendente. Essa, insomma, in quanto statisticamente minoritaria, non avrebbe potuto costituire il parametro intorno al quale modellare tutta la struttura del rapporto di lavoro. Se così é stato, sostiene l’A., fu a causa dei rapporti di forza

la natura giuridica del rapporto tra soggetto tutelato e datore di lavoro¹⁰⁹. Anche per questo, la legislazione sociale utilizza una nozione di contratto di lavoro restrittiva come comprendente essenzialmente la prestazione di attività lavorative (nell'industria) connotate dal carattere della prevalente *manualità*¹¹⁰. Erano queste infatti le classi di rapporti che raggruppavano i lavori più umili (o forse più pericolosi) e dunque i lavoratori maggiormente bisognosi di protezione verso le quali si dirigeva l'istanza politica di intervento dello Stato.

Se il campo di applicazione della legislazione di diritto pubblico era socialmente (piuttosto che giuridicamente) determinato, la *ratio* dello stesso (temperamento delle conseguenze sociali più laceranti e dunque più pericolose per la conservazione del sistema) finiva inevitabilmente per smentire i postulati liberali del mercato quale luogo e strumento privilegiato per un'ottimale allocazione delle risorse e, più in generale, quale mezzo di ordinata strutturazione dei rapporti economici e sociali e dell'astensionismo statale quale condizione indispensabile all'efficace funzionamento dello stesso e della società in genere. La necessità di intervenire a tamponare almeno le conseguenze sociali più laceranti prodotte dall'affidamento al contratto individuale della regolazione dei rapporti di lavoro rendeva manifesta la finzione di un mercato autoregolato ed autosufficiente e giustificava la necessità dell'intervento pubblico¹¹¹ onde sventare le minacce lanciate al sistema dalla rapida espansione della quota di popolazione per la quale il lavoro si era trasformato nell'unico strumento di sopravvivenza.

Senza contare poi che la riferibilità degli interventi dello Stato a categorie socialmente determinate metteva a repentaglio il primato logico della legge – presupposto ineliminabile dello Stato di diritto – che si reggeva, com'è noto, non solo sul carattere di *astrattezza*, ma anche su quello della *generalità* della stessa, ovvero sulla sua riferibilità a tutti gli individui appartenenti alla comunità, contribuendo a sgretolare il mito illuministico della onnivolenza del Codice. Nella misura in cui si andava costruendo un complesso di sistemi di regolazione che prendevano a proprio riferimento e come propri destinatari non più la generalità astratta dei "cittadini", bensì gruppi socialmente ed economicamente determinati e differenziati nell'ambito della società civile, si produceva una sorta di "ritorno allo *status*", che finiva per minacciare la centralità dello Stato e

esistenti all'interno della classe lavoratrice e della società nel suo insieme. GAETA L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1992, pp. 15 e ss.

¹⁰⁹ Si veda in proposito, l'analisi della prima legislazione antinfortunistica operata da GAETA L., *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, ESI, Napoli 1986.

¹¹⁰ MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., pp. 414 e ss.

¹¹¹ Scrive SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1986, p. 217: "la transizione verso un'economia di tipo industriale esclude la possibilità di alternative alla giuridificazione dei rapporti di lavoro".

del contratto nella costruzione dell'ordine sociale ed economico e, in definitiva, l'aspirazione liberale alla realizzazione dell'unità dell'ordinamento giuridico¹¹². Più in generale, sia l'intervento eteronomo realizzato dalla legislazione pubblica in materia di condizioni di lavoro di categorie sociali determinate, sia lo sviluppo di regole elaborate a livello collettivo producevano l'effetto di sottrarre ai meccanismi ed al funzionamento del mercato quote crescenti della regolazione del lavoro, minacciando conseguentemente i principi fondamentali dell'ordine liberale costituito¹¹³.

Tuttavia, l'intervento nel mercato del lavoro operato con gli strumenti della norma inderogabile - e dunque con tecniche che andavano ad intaccare il primato dell'autonomia privata individuale nella determinazione di parti via, via crescenti della relazione di lavoro -, pur prescindendo sostanzialmente dalla natura contrattuale della relazione, finiva paradossalmente proprio per rilegittimarla, inserendosi pur sempre nella logica del contratto e del mercato¹¹⁴. Tale deviazione dai principi liberali, infatti, trovava giustificazione e legittimazione proprio nella necessità, considerata essenzialmente eccezionale e contingente, di correggere eventuali alterazioni del principio liberistico e del modello concorrenziale¹¹⁵ e non invece nella necessità di pervenire ad un suo superamento. In altre parole, il Legislatore, attraverso l'emanazione di misure di compensazione minima dello squilibrio prodotto sul mercato dalla presenza di un soggetto forte, non interveniva direttamente né su tale squilibrio, né sulle sue cause intrinseche, limitandosi a realizzare una sorta di razionalizzazione dello strapotere dell'impresa, che in questo modo finiva proprio per rilegittimare. L'intervento limitativo sulla libertà di autodeterminazione delle parti (*rectius*: del datore) operato attraverso l'imposizione di obblighi extra-contrattuali, era perciò pur sempre

¹¹² MONEREO PÉREZ J. L., *Estudio preliminar*, in RIPERT G., *Aspectos jurídicos* ..., op. cit. p. LI.

¹¹³ VOZA R., *Inderogabilità come attributo genetico* ..., op. cit., p. 232.

¹¹⁴ Scrive a tal proposito SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto* ..., op. cit., p. 114 "Proprio in quanto la finalità è essenzialmente quella di predisporre una disciplina protettiva per alleviare il disagio delle classi lavoratrici, e cioè dei soggetti vincolati da un contratto avente ad oggetto una prestazione lavorativa, viene posta in discussione non già mai tale elementare fattispecie di un «contratto di lavoro», bensì soltanto la idoneità di questa ad essere costruita sopra l'astratta e generale alternativa tra obbligazioni aventi ad oggetto un mero lavoro, ovvero un lavoro produttivo di un risultato".

¹¹⁵ Come opportunamente sottolineato da DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1973, pp. 43 e ss., l'idea stessa della protezione del contraente debole presuppone e accetta la logica contrattuale, in essa inserendosi quale strumento di correzione delle alterazioni del modello concorrenziale; in questo senso, l'intervento protettivo introduce eccezioni e restrizioni, ma non altera il tradizionale quadro concettuale.

funzionale alla reintegrazione nella qualità di contraente del lavoratore industriale ovvero al riequilibrio della sua posizione di debolezza nel rapporto e, in definitiva, strettamente funzionale al rafforzamento e all'espansione del sistema capitalistico¹¹⁶.

Più che una loro concessione benevola, la legislazione sociale fu dunque la traduzione giuridica della risposta politico-difensiva del capitalismo liberale in crisi¹¹⁷, il cui obiettivo era contenere il conflitto e l'antagonismo sociale entro limiti tollerabili dal sistema (capitalistico)¹¹⁸ attraverso la concessione di una qualche forma di protezione ai lavoratori¹¹⁹. La portata destabilizzante e sovversiva del conflitto sociale prodotto da un sistema di produzione basato sull'appropriazione individuale del prodotto del lavoro sociale e su una disuguaglianza

¹¹⁶ In questo senso, GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua ...*, op. cit. p. 130: "Se è certamente vero che il grado di eteronomia che grava sul contratto di lavoro è notevolmente superiore a quello di altri contratti, ciò non toglie che questi interventi eteronomi abbiano anche – dialetticamente – la funzione di rilegittimare in ciascun momento storico, il mercato del lavoro". E ciò vale tanto per la legislazione sociale dell'inizio XX secolo, quanto per il moderno diritto del lavoro. Nonostante la pur lenta penetrazione dei valori costituzionali nella concreta disciplina del lavoro e la sempre più complessa pluriformità strutturale e funzionale della disciplina lavoristica, non pare negabile che il diritto del lavoro moderno continui a svolgere eminentemente una "funzione di razionalizzazione giuridica dell'economia", in funzione principalmente della conservazione del sistema. VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica ...*, op. cit., p. 85. MONEREO PÉREZ J. L., *Fundamentos doctrinales de ...*, op. cit. p. 105 e ss. In questo senso, "La diffusa opinione che individua nell'istanza protettiva del lavoratore, nel principio del *favor*, la *ratio* ispiratrice unificante di tutte le norme del diritto del lavoro è storicamente, sistematicamente ed esegeticamente perlomeno parziale ed unilaterale; occulta infatti la funzione assolta da questo ramo di diritto nella formalizzazione giuridica (e, dunque, nella legittimazione) dei rapporti di potere propri del modo di produzione sorto con la rivoluzione industriale". GAROFALO M. G., *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, p. 457. Dello stesso avviso, ALARCÓN CARACUEL M. R., *La vigencia del principio «pro operario»*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1990, pp. 848 e ss. Si veda anche ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 238 e ss.

¹¹⁷ MONEREO PÉREZ J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 20.

¹¹⁸ MEDINA CASTILLO J. E., *Crisis de la sociedad ...*, op. cit. p. 72, secondo il quale, tra l'altro, "El ordenamiento laboral contribuyó a diluir el concepto de clase, produciendo una suerte de «dilución» y fragmentación de la clase trabajadora, al diluirla en grupos y categorías a efecto de su integración en el sistema jurídico y de regulación diferenciada de sus condiciones de trabajo y «vida laboral»".

¹¹⁹ È questa la "funzione storica della legislazione sul lavoro" e, in definitiva, del diritto del lavoro, secondo PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *La fundación y la refundación ...*, op. cit., p. 21 che, nelle pagine seguenti, distingue tra una funzione obiettiva e durevole del diritto del lavoro, legata strutturalmente al conflitto sociale di base (a sua volta legato al sistema di produzione), ed il suo contenuto istituzionale (al modo di realizzazione di tale funzione), subordinato, in quanto tale, alle contingenze storico-politiche ed alle combianti esigenze dell'evoluzione del sistema produttivo.

strutturale tra i soggetti delle relazioni economiche, esacerbata dagli effetti perversi provocati dalla rivoluzione industriale e borghese, spinse, infatti, alla reazione le classi dominanti, manifestando in tutta la sua gravità quella che è stata chiamata la “grande lacuna” dei Codici liberali ottocenteschi: “aver sostanzialmente ignorato la nascente società industriale”¹²⁰.

II. 3. 1. - Legislazione sociale e autonomia privata.

La legislazione sociale comunque, nonostante il suo iniziale carattere reattivo, insinua la necessità del riconoscimento dell’esistenza di interessi che vanno oltre quelli individuali espressi nel contratto - essenzialmente l’ordine pubblico e la riproduzione (della forza lavoro e dunque) del sistema - e denuncia l’insufficienza degli strumenti civilisti - in primo luogo del contratto - a rappresentarli e proteggerli adeguatamente, facendo emergere un’esigenza di “socialità” e di “solidarietà” sconosciuta all’individualismo liberal borghese¹²¹.

La trasformazione del rapporto tra Stato e cittadino, tra economia e diritto, si riflesse inevitabilmente sulla nozione di autonomia privata e sul valore ed il ruolo ad essa assegnato dall’ordinamento giuridico¹²². Così come, in ambito economico, si andavano revisionando i principi dell’economia liberale, nel contesto giuridico, incominciava ad incrinarsi l’idea della possibilità della configurazione di una volontà aprioristicamente considerata sempre libera ed autoresponsabile ed, anzi, l’autodeterminazione del lavoratore viene di fatto negata dalla legislazione sociale sul presupposto della sua debolezza, prima ancora che contrattuale, sociale ed economica, conseguenza della sua posizione subalterna nel gioco di forze che presiedono al processo produttivo. Rispetto ad essa la legge, e attraverso di essa lo Stato, incominciava ad arrogarsi il diritto di intervenire per assicurare la protezione di interessi altri rispetto a quelli individuali delle parti, inaugurando la funzione “politica” del diritto. Questo, da mera forma neutra, suscettibile di assumere i più diversi contenuti, incominciava ad assumere il ruolo e la

¹²⁰ ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia....* op. cit., p. 53. Scrive BARCELLONA P., *Diritto privato ...*, op. cit. p. 395 “Si realizza così il paradosso della libertà contrattuale. Per affermarsi come principio generale essa deve ignorare la disparità di potere sostanziale; e tuttavia per non ridursi a vuota formula deve essere corretta e subire restrizioni legali”.

¹²¹ GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel Diritto del Lavoro italiano*, DLRI, 1986, p. 322.

¹²² ASCARELLI T., *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 83 e ss.

rilevanza di strumento di conformazione della realtà economica e sociale, di composizione dei conflitti, di pacificazione sociale¹²³.

III. - La costruzione giuridica della categoria del “contratto di lavoro subordinato”.

III. 1. – La “difficile” ricomposizione delle contraddizioni all’interno degli schemi civilistici. La centralità del sistema di diritto privato.

Com’è evidente e come si è fin qui cercato di mostrare, l’affermazione e lo sviluppo del sistema di produzione capitalista conteneva in sé i germi del proprio sovvertimento. Le gravi conseguenze sociali generate dal brutale sfruttamento delle classi lavoratrici per le quali il lavoro era diventato l’unica possibilità di sopravvivenza ed il loro organizzarsi in forme collettive di contropotere, implicavano l’esigenza di interventi volti ad attenuarne la portata potenzialmente sovvertiva.

Allo stesso tempo, tuttavia, l’intervento statale nei rapporti economici e sociali contravveniva al principio liberale del necessario astensionismo dello Stato e della remissione direttamente ai comportamenti individuali del compito della costruzione dell’ordine economico e sociale. La rottura dell’astrattezza del soggetto di diritto, adesso fatto oggetto di complessi di norme differenziate a secondo della sua collocazione nel sistema produttivo, denunciava la parzialità e l’insufficienza di una società costruita intorno ad un principio di uguaglianza meramente formale. Più in particolare, cominciava a rendersi manifesta la contraddizione insita nella ricostruzione all’interno dello schema contrattuale di una relazione che inevitabilmente sfugge e scardina i postulati stessi del contratto; la contraddizione tra *causa* (scambio patrimonialistico tra lavoro e retribuzione) ed *oggetto* contrattuale (“la deduzione a termine oggettivo del regolamento negoziale di un *facere*, di un’attività, di un comportamento, in cui è immanente, come dato di rilevanza formale, la persona del lavoratore”) ¹²⁴; contraddizione in gran parte irresolubile, espressiva della tensione immanente ad una relazione che strutturalmente tende alla mercificazione della persona ricondotta a termine oggettivo di un rapporto patrimoniale di scambio.

Nella misura in cui il lavoro si svincolava dall’ambito dei rapporti prettamente personali per entrare a configurare relazioni di tipo

¹²³ SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1986, pp. 213 e ss.

¹²⁴ GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, ADL, 1999, p. 310. Sul punto, anche MARTÍN VALVERDE A., *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, RDS, 1999, n. 6, p 15.

propriamente patrimoniale, la molteplicità dei lavori poteva (e può) essere ricondotta ad una medesima categoria astratta, così come i prodotti del lavoro, ciascuno differenziato in ragione del proprio uso, si trasformano in merci comparabili dal punto di vista del proprio valore. Allo stesso tempo, nella misura in cui la scissione tra lavoratore e lavoro si rivela irrimediabilmente artificiale e strumentale alla mercificazione di quest'ultimo, per poter continuare a fondarsi nel contratto, il rapporto di lavoro dovrà piegarsi ad incorporare elementi di *status*¹²⁵.

Le contraddizioni così generate, se certamente comportarono la necessità di sottomettere a profonda revisione molti dei postulati su cui si era costruito il liberalismo ottocentesco, tuttavia, non furono tali da implicare un vero e proprio sovvertimento del quadro giuridico di riferimento. La portata potenzialmente eversiva di tali fenomeni fu, infatti, abilmente *contenuta* dalla reazione del ceto borghese dominante – a cui apparteneva anche il giurista –, orgogliosamente e tenacemente ancorato alla propria tradizione giuridica, quella di matrice romano-civilistica. Le pur non irrilevanti novità e contraddizioni apportate ai principi liberali dal movimento dei novatori e dal nuovo ruolo assunto dallo Stato nel rapporto con la società, nonché dallo sviluppo di efficaci forme di organizzazione collettiva dei lavoratori, non influenzarono significativamente il dibattito scientifico di fine '800.

La cultura giuridica dominante era, infatti, sostanzialmente proclive a concepire le innovazioni legislative come un prodotto residuale e transitorio, indotto dalle contingenze economiche e sociali, di derivazione pubblicistica e perciò stesso speciale ed inaffidabile, incapace di intaccare principi e fondamenti della “vera” ed “immutabile” scienza privatistica; “pianeti intorno al sole, che gravitano intorno al sapere antico dei giuristi senza avere la forza di oscurarlo”¹²⁶. In sostanza, se la legislazione sociale poteva al più contribuire a circoscrivere e controllare le conseguenze sociali più laceranti dell'applicazione dei principi giuridici tradizionali¹²⁷, era solo facendo ricorso a questi ultimi che si sarebbe potuto costruire giuridicamente il rapporto di lavoro¹²⁸. Conseguentemente, la dottrina prevalente si

¹²⁵ Scrive a tal proposito SUPLOT A., *Crítica del derecho del trabajo ...*, op. cit., p. 134: “El derecho del trabajo se ha alimentado de esta tensión entre la idea del contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de la subordinación, que excluye esta autonomía”.

¹²⁶ CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ...*, op. cit., p. 164 e ss.

¹²⁷ “Las leyes sociales se insertaban en la lógica iusliberal en cuanto desviantes en vía excepcional de los principios radicalmente individualistas consagrados en el Código civil *normal*... Pueden ser a menudo (re)interpretadas como un deliberado intento *de impedir o, cuanto menos – fracasada esta aspiración «máxima» de «impedir» -*, «retardar» la consagración de los nuevos principios y valores del constitucionalismo social”. MONEREO PÉREZ J. L., *Fundamentos doctrinales del ...*, op. cit. p. 105.

¹²⁸ Mentre la legislazione sociale si dedicava a indagare e disciplinare gli *effetti* dell'industrializzazione e della generalizzazione della prestazione di lavoro per altri –

disinteressò di essa, nel tentativo di recuperare e riaffermare la limpidezza del discorso giuridico puro, minacciato da contaminazioni sociali ed economiche e delle pur vaghe prospettive di creazione di un “diritto nuovo” di Stato. E così, come è noto, l’assimilazione giuridica del lavoro nato con l’industrializzazione fu operata con gli strumenti certi della saggezza imperitura degli antichi.

È il paradosso (solo apparente) di un diritto civile di cui si constata l’insufficienza e l’inadeguatezza rispetto ad un fenomeno sociale che tende a scalzare le stesse premesse sulle quali questo si è costruito, che, per uscire dall’*impasse*, costruisce una nuova fattispecie (pur sempre contrattuale, ma) caratterizzata proprio da quella carenza di autonomia di una delle parti che sembrava doverne decretare il superamento.

III. 2. – L’opera di Ludovico Barassi: la costruzione unitaria del contratto di lavoro.

Nell’Italia liberale dei primi del ‘900, l’operazione fu portata a termine da un giovane giurista - Ludovico Barassi -, che, appoggiandosi ad idee e concetti già ampiamente circolanti nella cultura giuridica del suo tempo e potendo contare sulla laconicità della disciplina codicista che gli assicurava ampi margini di movimento nell’interpretazione e nella risistemizzazione dell’istituto locativo, procedette alla prima compiuta ricostruzione dogmatica e concettuale alla categoria giuridica del *contratto di lavoro*¹²⁹.

Negando carattere veramente innovativo al lavoro industriale¹³⁰, e in sostanziale adesione alla tesi prevalente che concepiva il lavoro come “capitale produttivo”, in quanto tale, passibile di divenire, al pari di

concentrandosi sul *soggetto*-lavoratore - la costruzione della *fattispecie* si centra sull’*oggetto* dell’obbligazione, il lavoro eterodiretto. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., 43-44.

¹²⁹ Si trattava di un contratto la cui nozione risultava particolarmente ampia rispetto a quella presupposta dalla prima legislazione sociale avente ad oggetto la prestazione di lavoro manuale nell’industria. Per un’analisi dell’opera di Barassi, più recentemente VENEZIANI B., *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell’opera di Ludovico Barassi*, DLRI, 2002, pp. 639 e ss.; NAPOLI M., *Ritornare a Barassi?*, in ID, *Il Diritto del Lavoro tra conferme e sviluppi (2001 – 2005)*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 3 e ss.

¹³⁰ In esplicita polemica con l’impostazione dei sociologi, l’*Introduzione* stessa dell’opera di BARASSI L. (*Il contratto di lavoro ...*, op. cit., p. 1) esordisce con l’affermazione secondo cui “Il contratto di lavoro è sorto fin dai tempi in cui l’uomo non bastò più a se stesso pel soddisfacimento dei suoi bisogni, e dovette quindi ricorrere all’opera del suo simile per procurarsi ciò che poteva soddisfare i bisogni nuovi”. Aggiunge poi che il rapporto che lega “il lavoratore libero e chi dal lavoro vuol trarre profitto, è oggi nella sua struttura intima quello che era duemila anni or sono”.

qualunque altro bene, oggetto di un rapporto di scambio¹³¹, Barassi - com'è noto - individuò il tratto distintivo del contratto di lavoro nell'elemento della *subordinazione*. Questa coincideva sostanzialmente con il *volontario* assoggettamento del lavoratore al potere di comandare, controllare e rendere effettivi gli ordini, attribuito al datore di lavoro¹³².

L'inserimento della subordinazione nel contenuto e, dunque, nella causa del contratto importava una serie di conseguenze assai importanti sul piano giuridico, ma anche su quello più propriamente sociale ed economico. Da un lato, si introduceva, quale elemento tipico del contratto istituito per l'acquisizione del fattore lavoro da parte della nascente impresa capitalista, l'elemento strutturale della (*accettazione volontaria* della) sottoposizione del prestatore di lavoro ai poteri del datore di lavoro (così rilegittimati e, dunque, rafforzati anche dal punto di vista giuridico)¹³³ - anche se a costo di considerare (fingere) libero il consenso prestato dal lavoratore a pari di quello di un qualunque altro contraente -. Dall'altro, si assolveva l'esigenza di ripersonalizzazione del rapporto nascente dal contratto, senza per altro mettere in discussione il principio civilistico dell'uguaglianza formale¹³⁴.

La vincente combinazione tra uguaglianza formale sul piano giuridico e costruzione di una fattispecie tipica per l'inquadramento del fenomeno del lavoro industriale connotata dall'elemento della subordinazione tecnico-giuridica consente di fondare giuridicamente la posizione di potere dell'imprenditore capitalista senza il pericolo di riproposizione di antichi vincoli di *status*¹³⁵. Quei poteri che derivavano all'imprenditore quale conseguenza del fatto sociale ed economico della

¹³¹ Sul punto, MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 42.

¹³² Sul punto si rinvia a SCOGNAMIGLIO R., *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del...*, op. cit., pp. 93 e ss. ID., *Il contratto di lavoro e il contratto di locazione nel pensiero di Lodovico Barassi*, RIDL, 2002, I, pp. 25 e ss.

¹³³ VENEZIANI B., *Contratto di lavoro, potere di controllo e ...*, op. cit., p. 641.

¹³⁴ MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione presentata al Congresso Aidlass, "Il diritto del lavoro alla svolta del secolo", Ferrara, 11-13 maggio 2000, disponibile sul sito www.aidlass.org. e pubblicata da Giuffrè, Milano, 2002. Scrive a tal proposito lo stesso Barassi nella seconda edizione della sua opera (p. 622), "questa subordinazione non afferra già tutta la persona del lavoratore come se quest'ultimo nelle attitudini fisiche, intellettuali e psichiche si debba intendere in balia dell'altro contraente. Già abbiamo visto che il lavoro non è una merce e che il creditore non ha che un diritto, di natura obbligatoria (un credito) puramente all'adempimento della prestazione".

¹³⁵ In questo senso, scrive GAROFALO M. G., *Recensione a PEDRAZZOLI M., Democrazia industriale e subordinazione*, op. cit., in DLRI, 1987, p. 897: "... ai fini della formazione sociale capitalista l'autonomia formale di cui gode il lavoratore nel momento della conclusione del contratto è altrettanto importante che la subordinazione. ove non si tenesse ferma questa autonomia, verrebbe scardinato il fondamento stesso della società borghese: l'eguaglianza formale dei cittadini sotto il profilo giuridico e il mercato sotto quello economico".

proprietà dell'impresa, vengono adesso giuridificati, entrando a connotare la struttura di un nuovo tipo contrattuale¹³⁶.

Oltre a ciò, l'unificazione operata sotto il criterio della subordinazione, intesa non in termini di asimmetria di potere di mercato, ma in quanto elemento qualificante la prestazione liberamente promessa dal lavoratore (organizzata, diretta e resa ad altri)¹³⁷, consentì la ricomprensione all'interno dello schema di lavoro subordinato di una variegata gamma di tipologie di lavoratori e di forme di lavoro anche diverse da quelle prestate nell'industria¹³⁸, allontanando e diluendo così i rischi connessi all'emergere di una nuova classe sociale costruita intorno all'operaio industriale¹³⁹. La formazione ed il progressivo consolidamento delle prime forme di organizzazione collettiva dei lavoratori – anche in seguito alla rimozione del divieto di organizzazione sindacale – destava, infatti, non poche preoccupazioni ad una classe dominante di estrazione proprietaria e borghese che mirava alla conservazione della propria posizione di potere, economico, sociale e politico¹⁴⁰. L'attribuzione di un carattere “neutro” alla subordinazione,

¹³⁶ “La ausencia de autonomía en la prestación de trabajo se configura así como supuesto típico, que implica la incorporación del trabajo y del trabajador a una organización ajena, presupuesto estructural condicionante del ejercicio de los deberes empresariales”. RODRÍGUEZ-PIÑERO M., BRAVO-FERRER M., *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador ...*, op. cit., p. 25.

¹³⁷ Si passa dunque da una considerazione dello stato di subordinazione del lavoratore meramente *descrittiva*, ad una prospettiva più propriamente *prescrittiva*, “perché diviene la base strutturale per la ricerca di un elemento che possa fungere da tratto «discretivo» del lavorare in modo subordinato”, MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, DLRI, 1991, p. 490 (ora anche in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 29 e ss.).

¹³⁸ La soggezione al potere direttivo e di controllo dell'imprenditore è tratto distintivo della fattispecie di lavoro subordinato “Questo avviene” secondo Barassi, “così per l'operaio come per il direttore di banca. L'uno e l'altro non hanno di mira un risultato determinato, ma una semplice prestazione delle proprie energie a quei fini cui la guida, il controllo e la sorveglianza del capo fabbrica o del consiglio di amministrazione della banca intende condurle. BARASSI L., *Il contratto di lavoro...*, op. cit., p. 32.

¹³⁹ Scrive MARIUCCI L., *Il lavoro decentrato...*, op. cit, pp. 47 e 49: “La costruzione di Barassi si configura come una operazione mediatrice, attraverso cui le tensioni indotte sul sistema normativo dal rivolgimento economico e sociale vengono riassorbite entro schemi giuridici collaudati e al tempo stesso riadeguati”; “La costruzione barassiana del contratto di lavoro (condotta, del resto, sulla scia del Lotmar) come categoria comprensiva di ogni prestazione di lavoro contro mercede...si giustifica per l'esigenza di stemperare la specificità del lavoro salariato di massa entro un *genus* amplissimo all'interno del quale si oscura completamente la matrice *classista*”.

¹⁴⁰ La progressiva presa di coscienza tra i lavoratori della funzione centrale svolta nel processo produttivo, dei livelli di sfruttamento e dominio a cui erano soggetti e, allo stesso tempo, del loro trovarsi totalmente sprovvisti di strumenti giuridici e politici attraverso i quali promuovere e conseguire il miglioramento della propria condizione economica e sociale, fa nascere in loro il sentimento di appartenenza ad una classe antagonista, seminando così i germi del sovvertimento del sistema e della rivoluzione. PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del Trabajo e ...*, op. cit., p. 10. Nello stesso senso,

concepita in termini tecnico-giuridici e l'utilizzo di categorie giuridiche tradizionali e ben consolidate permetteva, infatti, di attenuare il carattere innovativo e, dunque, la portata potenzialmente "sovversiva" dell'ordine individualista borghese insita nel nuovo rapporto tra lavoro e capitale¹⁴¹.

L'indubbio valore sistematico¹⁴² ma, soprattutto, la maggiore coerenza con il clima culturale dominante¹⁴³ e la capacità di rispondere alle esigenze economiche di un sistema industriale in espansione, consentirono alla ricostruzione barassiana di conquistare l'approvazione del ceto giuridicamente, politicamente ed economicamente egemone e di accreditarsi addirittura come fondativa della scienza giuslavoristica¹⁴⁴, che "nasce in Italia all'insegna del distacco dalla nuova realtà sociale, dalla convinzione dell'impossibilità di tradurre *immediatamente* nel giuridico le relazioni industriali, dalla negazione della "confusione"¹⁴⁵.

ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia..* op. cit., p. 73; MARTONE L., *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, Quaderni Fiorentini, n. 34, 1975-75, p. 105 e ss.

¹⁴¹ Ma forse l'effetto più importante dell'astrazione a cui viene sottoposto il lavoro connotato dalla subordinazione tecnico-giuridica fu quello che D'Antona ha qualificato come "effetto Barassi, per tale intendendo l'effetto ottico per cui si è persuasi di dover vedere il «chi» del diritto del lavoro, cioè il soggetto protetto, guardando al «come» della prestazione dedotta nel contratto di lavoro subordinato". D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1206. E' questa pretesa "identità necessaria tra fattispecie di contratto di lavoro subordinato e presupposti per l'applicazione del diritto del lavoro" – confermata anche dalla sistematizzazione datane dal Codice civile del 1942 – che, secondo questo Autore, ha portato, una volta trasformati i presupposti sociologici di riferimento, alla crisi della nozione di subordinazione; una nozione che si è rivelata sempre meno in grado di risolvere efficacemente tanto il problema della qualificazione del rapporto, quanto quello dell'attribuzione delle tutele. Ma di questo si parlerà più approfonditamente nel corso del secondo Capitolo di questo lavoro.

¹⁴² Per un'analisi dell'opera di Barassi, NAPOLI M., *Ritornare a Barassi?*, in ID, *Il Diritto del Lavoro tra conferme e sviluppi (2001 – 2005)*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 3 e ss.

¹⁴³ La coerenza dell'impostazione barassiana con la cultura - non solo giuridica - dominante nel periodo a cavallo tra '800 e '900 è sottolineata anche da ROMAGNOLI U., «*Il contratto di lavoro*» di Lodovico Barassi cent'anni dopo, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto...*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁴ Insinua il dubbio che ciò sia accaduto anche in conseguenza del fatto che "Ludovico Barassi ...è stato l'unico giurista della prima metà del Novecento ad occuparsi di Diritto del Lavoro con perseveranza e, diremo oggi, a tempo pieno", ROMAGNOLI U., *Il Diritto del Lavoro durante il fascismo*, LD, 2003, p. 79.

¹⁴⁵ CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ...*, op. cit., p. 237.

III. 2. 1. – Il rifiuto della prospettiva socio-economica ed il collegamento con la legislazione sociale.

Nessuna concessione era, infatti, immaginabile per il giovane Barassi alle contaminazioni della scienza privatistica, frutto di due millenni di esperienza e, dunque considerata un sistema sostanzialmente completo ed autosufficiente, in grado di affrontare e risolvere efficacemente qualunque questione che potesse porsi alla modernità, da parte delle altre scienze sociali. Rifiutando ogni sorta di “socializzazione” del diritto civile, Barassi relegò ogni ipotesi concreta di limitazione della autonomia privata individuale all’ambito tutto esterno ed estraneo della legislazione sociale – la quale a sua volta venne ricondotta nell’ambito della ancora giovane scienza pubblicistica -, preservando così inalterata la purezza civilistica del rapporto. Solo nell’ambito della legislazione sociale, concepita come diritto speciale, transeunte, e dunque inadeguato a fornire qualsiasi tipo di contributo alla costituzione delle fattispecie privatistiche, potevano essere concepite intromissioni nel libero incontro delle (astratte) volontà individuali che ne contenessero il libero dispiegamento nei limiti strettamente necessari alla pacificazione sociale ed alla conservazione del sistema. Al di fuori di tali ipotesi, concepite come marginali e dunque incodificabili, e fuori da questi limiti¹⁴⁶, la purezza del settore privatistico non poteva venire intaccata, tanto meno con contaminazioni di carattere sociologico e economico.

Si perveniva così tra l’altro ad un altro fondamentale duplice obiettivo: quello di ricomporre le contraddizioni sferzate al sistema giuridico liberale dalla legislazione sociale, tollerata nella misura in cui serviva alla conservazione della purezza civilistica del sapere¹⁴⁷ e quello di realizzare una sorta di compromesso con le istanze innovatrici dell’epoca. Barassi, in altri termini, mantiene inalterata la purezza dello schema civilistico di tradizione romanistico-pandettistica, ma vi ricollega

¹⁴⁶ Scrive lo stesso BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, p. 17, “una saggia legislazione sociale” è quella “che non abbia la pretesa di godere l’immunità di una lunghissima vita, e sia contenuta entro i giusti limiti i quali giustifichino il concorso dell’azione integratrice dello Stato, in concorso a quella, talora insufficiente, dell’individuo”.

¹⁴⁷ Forse per gli stessi motivi, Barassi e la dottrina giuridica dominante ignorarono anche quel complesso di norme e principi che si andavano delineando con il diffondersi degli usi concernenti l’impiego privato raccolti nella Camere di Commercio e nei maggiori centri manifatturieri, riordinati e sistemati dalla giurisprudenza provibirale industriale che andava elaborando un *corpus* di regole ignote alla scienza giuridica. In tal senso, ROMAGNOLI U., *L’amarcord del diritto del lavoro ...*, op. cit. p. 410. Sulla magistratura provibirale si rinvia a, CAPRIOLI S. (a cura di), *Enrico Redenti. Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Giappichelli, Torino, 1992. La magistratura provibirale fu istituita con la legge 5 giugno 1893, n. 295 con competenza a giudicare, secondo equità, sulle controversie individuali (erano escluse quelle di carattere collettivo) di lavoro di valore non superiore a 200 lire e relative ai salari pattuiti e alle ore di lavoro convenute (riguardava cioè solo la risoluzione dei conflitti in relazione a contratti di lavoro già sorti).

al tempo stesso l'effetto dell'applicazione delle leggi sociali¹⁴⁸. La sostituzione della tradizionale contrapposizione tra obbligazioni di mezzi o di risultato quale criterio distintivo tra *locatio operis* e *locatio operarum*, con il criterio basato sulla circostanza che la prestazione di lavoro sia o meno "assoggettata, per ciò che riguarda la sua tecnica attuazione, ai criteri direttivi del contraente a cui è destinata", gli consente insomma un parziale accoglimento di quelle istanze di matrice economica e sociale che invece esclude dalla ricostruzione della fattispecie in sé¹⁴⁹.

La ricostruzione in termini puramente individuali della fattispecie, la nozione unificante ed astratta di subordinazione ed il collegamento instaurato tra qualificazione della prestazione come di lavoro subordinato e applicazione automatica delle leggi protettive (allora le leggi sociali) – ovvero tra fattispecie ed effetti¹⁵⁰ – sono dunque le caratteristiche fondamentali della ricostruzione barassiana, impostasi ben presto e definitivamente nell'allora incerto e disomogeneo universo giuslavoristico¹⁵¹. A partire da questo momento, il lavoro prodotto dalla

¹⁴⁸ Collegamento sviluppato soprattutto a partire dalla seconda edizione della sua opera, in un contesto sociale, politico e giuridico in parte già profondamente mutato. La legislazione sociale si andava, infatti, sviluppando in un contesto di sostanziale accettazione della funzione essenziale della stessa e la difesa ad oltranza della purezza civilistica risultava non più praticabile. La contaminazione con il dato di esperienza portava a rivalutare la complessità multidisciplinare del rapporto di lavoro. BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed. Milano, 1915-1917, I, p. 451.

¹⁴⁹ In tal senso, SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto ...*, op. cit. pp. 124 e ss.; GHERA E., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1998, p. 626.

¹⁵⁰ Contesta che si possa far discendere dalla costruzione barassiana il collegamento automatico tra fattispecie lavoro subordinato e leggi speciali protettive, CASTELVETRI L., *Il Diritto del Lavoro delle origini...*, op. cit. p. 274. Nella citata monografia, l'Autrice, in realtà contesta anche l'esistenza di una reale contrapposizione tra due concezioni radicalmente opposte: quella di realismo dei novatori, attenti al dato della realtà socio-economica, e quella barassiana, acriticamente ancorata al dogmatismo e al concettualismo e cerca di dimostrare una sostanziale continuità di impostazione, valori e contenuti della sistemazione barassiana rispetto alla dottrina precedente e contemporanea. Si veda soprattutto pp. 282 e ss. Vedi anche ID. L. Barassi e l'ideologia liberale, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del ...*, op. cit. pp. 111 e ss. *Contra*, PINO G., *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 40.

¹⁵¹ Si veda, in proposito, la ricostruzione del contesto culturale e politico italiano del periodo barassiano e l'influenza esercitata dal Socialismo Giuridico in CASTELVETRI L., *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, RTDPC, 1987, p. 246 – influenza che, secondo l'A., consisterebbe non tanto nell'aver "inventato" il Diritto del Lavoro, "quanto di averne avvertito l'esigenza, come autonomo sottosistema di norme giuridiche e di averne individuato i caratteri fondamentali e contraddittori di ordinamento protettivo-compensativo", p. 284. Per un *excursus* anche comparatistico del clima culturale dell'Ottocento, vedi, VENEZIANI B., *Contratto di lavoro, potere di*

rivoluzione industriale subisce un'astrazione ed una generalizzazione – dal punto di vista concettuale e normativo – che ne consente la riconduzione ad uno schema normativo altrettanto generale e astratto. A partire da questo momento, si determina quella frattura tra giuspubblicistica e giusprivatistica che, rafforzata nel periodo corporativo, ha dato luogo a quella “perenne dissociazione delle componenti (pubblica e privata) che costituiscono la nostra materia”¹⁵². Nasce insomma la categoria giuridica del *contratto di lavoro subordinato* che costituirà il centro di riferimento di tutta la produzione giuridica successiva in materia di lavoro prestato, diretto e organizzato da altri¹⁵³, con tutte le conseguenze.

III. 3. – Le critiche della dottrina contemporanea alla ricostruzione barassiana.

Molti sono stati i giudizi sull'opera barassiana e sulle influenze esercitate su tutta la dottrina giuslavoristica successiva. L'esame di alcuni di essi risulta di particolare interesse ai fini degli obiettivi prefissati in questa prima parte del lavoro (evidenziare alcuni dei momenti maggiormente significativi nella costruzione contrattuale del rapporto di lavoro) dal momento che molte delle critiche che sono state mosse nel tempo alla costruzione barassiana sono state riprese a vario titolo e costituiscono alcuni dei punti di maggiore insistenza delle dottrine, che pur per scopi e con intensità diverse, puntano sulla sostanziale rivalutazione del ruolo dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro. Più che un'analisi sistematica dei giudizi espressi dalla dottrina contemporanea sull'opera barassiana, si procederà all'evidenziazione solo di quelli che, ai fini del discorso qui portato avanti, risultano più significativi.

controllo..., op. cit., p. 649 e ss. Più in generale, sul pensiero e l'opera di Barassi si rinvia a NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del Diritto del Lavoro ...*, op. cit.

¹⁵² PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., p. 54.

¹⁵³ In realtà, com'è stato già rilevato, “il primo testo normativo a parlare esplicitamente di contratto di lavoro fu l'art. 8 l. 15 giugno 1893, n. 295, che fissava l'ambito di giurisdizione dei collegi provvibrari, anche se chi ne commentò la giurisprudenza non ritenne che la legge esprimesse una nozione generale e unitaria di tale contratto”. GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro ...*, op. cit. p. 7. Sottolinea “l'incertezza circa i limiti concettuali della nuova figura” di contratto di lavoro, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano...*, op. cit., pp. 413 e ss. come conseguenze della stessa incertezza terminologica, dal momento che la stessa denominazione di «contratto di lavoro» “indica soltanto, e in modo molto generico, l'oggetto del contratto, mentre la denominazione di un contratto deve essere scelta in guisa che ne risulti individuata la natura del contratto, cioè il rapporto che le parti intendono regolare, e quindi, la causa del contratto.

Al di là delle accuse che lo descrivono come un conservatore borghese e come un reazionario cattolico¹⁵⁴, incapace di cogliere quanto di nuovo si manifestava nella realtà economica e sociale del suo tempo, a Barassi si imputa soprattutto la responsabilità di aver irrimediabilmente impresso alla fattispecie (di contratto di lavoro) una “fisionomia sbilanciata”, cristallizzando la posizione di subalternità del lavoratore all’organizzazione del lavoro predisposta dall’imprenditore. Barassi avrebbe cioè trasformato la carenza di autonomia e di potere negoziale del lavoratore a livello individuale, da dato della realtà socio-economica e presupposto sociologico dell’intervento politico protettivo della prima legislazione sociale (e del diritto del lavoro poi), a categoria logico-normativa, tratto caratterizzante la fattispecie (subordinazione)¹⁵⁵. Da ciò sarebbero scaturite tutta una serie di importanti conseguenze.

Attraverso il trasferimento di un effetto del contratto da qualificare (il diritto del datore di impartire istruzioni) nel profilo causale dell’obbligazione produttiva di quell’effetto, si sarebbe compiuta un’intenzionale mistificazione della realtà funzionale alla legittimazione (anche sul piano giuridico) della posizione di supremazia di cui gode il datore di lavoro nel rapporto con il lavoratore in conseguenza della proprietà dei mezzi di produzione e, più ingenerale, come effetto della sua collocazione sociale ed economica¹⁵⁶. In altre parole, la giuridificazione dei poteri di fatto a solo vantaggio del datore e, soprattutto, la loro elevazione ad elemento di qualificazione giuridica della fattispecie (eterodirezione) avrebbe finito per condurre ad una *funzionalizzazione* del contratto di lavoro al soddisfacimento dei soli interessi imprenditoriali¹⁵⁷.

La costruzione giuridica della fattispecie in termini meramente individuali, negando la rilevanza sul piano giuridico dell’autonomia e del potere espressi dai lavoratori sul piano collettivo, avrebbe poi impedito di dar conto del modo in cui le parti concorrono a determinare il contenuto del contratto di lavoro, relegando il lavoratore all’interno di una

¹⁵⁴ ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia...*, op. cit. p. 63. *Contra* CATELVETRI L., *L. Barassi e ...*, op. cit. p. 112 e ss.

¹⁵⁵ PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., p. 104.

¹⁵⁶ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto ...*, op. cit. *passim*. spec. pp. 126-27.

¹⁵⁷ Scrive a tal proposito PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione ...*, op. cit., p. 92. “Appare evidente come la funzione giuridica del contratto di lavoro debba essere individuata avendo esclusivo riguardo al modo in cui viene soddisfatto l’interesse tipico del datore di lavoro” che com’è noto per l’A. citato coincide con l’organizzazione del lavoro altrui. In altre parole per questo A. “l’ordinamento assegna ai contratti la funzione caratteristica di determinare l’esistenza dell’organizzazione di lavoro, in quanto fa derivare da esso (contratto) effetti che sono costitutivi di quest’ultima” (pp. 45 e 90 e ss.).

posizione meramente passiva e negativa¹⁵⁸, quale soggetto “ontologicamente” (ovvero a prescindere dalla verifica concreta) incapace di provvedere autonomamente alla tutela dei propri interessi.

La cristallizzazione di tale squilibrio sul piano della fattispecie generale operata da Barassi avrebbe costituito la ragione dello sviluppo di un nuovo sottosistema giuridico - il diritto del lavoro - caratterizzato da un'unica e omogenea *ratio* informatrice: ovvero quella tipicamente protettiva e compensativa di tale carenza di potere e autonomia¹⁵⁹ – e dunque della necessità di un intervento tutorio-protettivo esterno, a cui sarebbe stato funzionalmente ricondotto anche l'intervento della contrattazione collettiva -; non solo dunque avrebbe costretto a “relegare in un separato sottosistema le ragioni rappresentate dal fenomeno dell'organizzazione collettiva dei lavoratori” che, insieme alla legislazione sociale prima, ed al diritto del lavoro poi, sarebbero state considerate quali forme di integrazione *ab externo* della libertà e della dignità dei lavoratori¹⁶⁰, “di correzione «esterna» della unilateralità della subordinazione”¹⁶¹, conseguente all'elaborazione di uno schema che sancisce anche giuridicamente la supremazia di un contraente (datore di lavoro-imprenditore capitalista) sull'altro¹⁶². Ma, allo stesso tempo,

¹⁵⁸ Scrive lo stesso BARASSI L., *Il contratto di lavoro ...*, op. cit., p. 29: “Il lavoratore è un istrumento, e un istrumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche ed intellettive perché l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere ed indirizzare come egli intende”.

¹⁵⁹ HERNANDEZ S., *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in ROMEO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del convegno di Studi tenutosi a Catania, 10-11 maggio 2002, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Migliorazzi, Roma, 2003, pp. 17 e ss. il quale attribuisce alla Costituzione stessa la fissazione definitiva di tale principio.

¹⁶⁰ In questo senso, si è affermato che l'impostazione di Barassi vince contro l'impostazione di Carnelutti, secondo il quale “l'intero sistema civilistico [avrebbe dovuto] essere costruito riferendosi anche alle leggi sociali, che [avrebbero dovuto] essere recuperate al diritto privato e non ricacciate ed espunte – barassianamente – dalle teorie del contratto di lavoro”, pur a costo di far rientrare parte della legislazione sociale nell'alveo del diritto amministrativo, GAETA L., *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, LD, 1994, p. 217.

¹⁶¹ PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., pp. 221 e pp. 227 e ss.

¹⁶² La critica, come è noto, è attribuibile SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto ...*, op. cit. *passim* e ripresa e sviluppata poi da PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale ...*, op. cit., il quale scrive tra l'altro, “L'assenza di autonomia penetra addirittura dentro la nuova schematizzazione escogitata come elemento della sua struttura. E allora si verifica un salto: non è più l'uso dello strumento contrattuale in sé, quanto, più selettivamente, una apposita fattispecie negoziale a procacciare l'unilateralità di poteri privati e a renderla ben più irretrattabile” (p. 67). Vedi anche, la recensione al libro di Pedrazzoli di GAROFALO M. G., in DLRI, 1987, pp. 895 e ss. SIMITIS S., *Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell'individuo*, DLRI, 1990, p. 89. Contesta la fondatezza di tale critica, CASTELVETRI L., *Il Diritto del Lavoro delle origini ...*, op. cit., soprattutto cap VI; ID., *L. Barassi e ...*, op. cit. 114 e ss. Per uno ripensamento critico ed un nuovo sviluppo della sua impostazione, PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo*

avrebbe spinto il diritto del lavoro a disinteressarsi delle esigenze determinatesi sul piano economico e produttivo.

A tale vizio ideologico non sarebbe sfuggita neppure la dottrina giuridica post-corporativa che, nel tentativo di rimozione dell'esperienza corporativa e di recupero della cultura giuridica prefascista, avrebbe ignorato sia la centralità assegnata nella struttura dell'originario disegno codicistico al complesso ed articolato sistema di regolamentazione del lavoro da parte delle organizzazioni sindacali corporative (anche se, in fatto, contraddetta dalla neutralizzazione della loro reale forza sociale e normativa), sia la valorizzazione a livello addirittura costituzionale del principio di libertà sindacale¹⁶³. Ciò l'avrebbe condotta a "sottolineare, enfatizzandola in chiave sostanzialmente paternalistico-tutoria, la specificità del lavoro svolto alle dipendenze di un imprenditore"¹⁶⁴.

La costruzione di una fattispecie funzionale alla realizzazione degli interessi di una sola delle parti, insomma, avrebbe spinto la dottrina, la legislazione e anche la giurisprudenza a concentrarsi sul debitore di lavoro, sulla sua debolezza, sul suo bisogno di protezione, ingenerando la "naturale" – ma non sempre giustificata – vocazione dell'ordinamento giuslavoristico "a contrapporsi al principio della libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata", con conseguente ed "automatica identificazione del carattere tendenzialmente inderogabile di tutte le norme di tutela del lavoro subordinato"¹⁶⁵. In questo senso, il diritto del lavoro si sarebbe sviluppato non tanto nel senso di assicurare al lavoratore quella possibilità di *autodeterminazione*, messa in pericolo dalla preminenza sociale ed economica del datore di lavoro, quanto piuttosto nel senso di porre limiti (invalicabili) alla capacità di espressione della propria autonomia individuale.

Il collegamento operato tra fattispecie di contratto di lavoro (identificata dall'elemento della subordinazione/eterodirezione in sostituzione del criterio incentrato sulla distinzione tra obbligazioni di mezzo ovvero di risultato) e applicazione della legislazione sociale (ovvero di una serie di effetti "storicamente e logicamente non collegati né collegabili alla circostanza che il debitore di lavoro abbia promesso una mera attività oppure un risultato") avrebbe comportato, poi, la

dopo, ADL, n. 2, 2002, pp. 263 e ss.; ID., *Lavoro «sans phrase» e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL, 1998, I, pp. 49 e ss.

¹⁶³ È questa la critica di LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 116.

¹⁶⁴ GRANDI M., *Diritto del lavoro e società industriale*, DL, 1977, I, p. 8.

¹⁶⁵ DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile ...*, op. cit., pp. 46 e 49. Si veda la critica di ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, spec. pp. 26-29.

crystallizzazione di una fattispecie in sé contraddittoria¹⁶⁶. Nel tentativo di evitare contaminazioni di tipo sociale ed economico, si sarebbe delineata una fattispecie tipica che finisce per costruirsi proprio su dati della realtà socio-economica; una fattispecie cioè – a cui si collega l'applicazione della disciplina sul lavoro – per l'ipotesi principale e socialmente più rilevante – quella del lavoro nell'impresa -, pretendendo poi di poterla estendere anche laddove questa non è in grado di giungere¹⁶⁷.

In questo senso, si sarebbe operato nel senso di stimolare quella tendenza propria di un certo diritto del lavoro all'estensione delle proprie frontiere anche oltre ed a prescindere da reali bisogni di protezione¹⁶⁸. La giuridificazione di tale squilibrio di forze avrebbe cioè inaugurato un diritto del lavoro di Stato, paternalista, “dispensatore di tutele e talvolta

¹⁶⁶ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto* ..., op. cit. pp. 125 e ss. “Si tratta della sostanziale sfasatura determinatasi tra lavoratore «diretto» come tipico contraente del contratto di lavoro subordinato (o, per Barassi, del contratto di locazione di opere) e lavoratore subordinato quale soggetto cui si tende ad applicare la normativa del diritto del lavoro”.

¹⁶⁷ SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto* ..., op. cit. pp. 136 e ss. All'origine di questa commistione tra fattispecie ed effetti, tra struttura tecnico-giuridica della fattispecie e ragione socio-politica dell'intervento protettivo vengono ricondotti anche quei tentativi di ricostruzione dell'elemento della subordinazione non in senso strettamente tecnico-giuridico (per la quale si è pronunciata la dottrina maggioritaria CORRADO R., *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956; MANCINI F., *La responsabilità contrattuale* ..., op. cit.; MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, Riv. Soc., 1965, p. 675; PERSIANI M., *Contratto di lavoro e ...*, op. cit.; SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967; MAGRINI S., voce *Lavoro* ..., op. cit., pp. 369 e ss.; GIUGNI G., *Diritto del Lavoro (voce per una enciclopedia)*, DLRI, 1979, p. 24; SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1981; LISO F., *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano, 1982; GRANDI M., voce *Rapporto di lavoro*, Enc. Dir., vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, tra gli altri), bensì come indice dell'alienità del lavoratore rispetto al risultato produttivo e all'organizzazione del lavoro (ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 189 e ss.; MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, pp. 70 e ss. che sottolineano il carattere classista del fenomeno; SANTONI F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 188 e ss.; MARIUCCI L., *Il lavoro decentrato* ..., op. cit., pp. 89 e ss.; MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro...*, op. cit., pp. 53 e ss.). Si veda la critica a tali impostazioni in PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavori subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 9 e ss., ovvero, in una prospettiva diversa, in GAETA L., *Lavoro a distanza e ...*, op. cit., pp. 153 e ss.

¹⁶⁸ Diritto del lavoro che, imperniato sulla fattispecie connotata dalla subordinazione come dato tecnico-giuridico, avrebbe trasceso le necessità di protezione della categoria sociale a tutela della quale era sorto, per applicarsi a tutte le figure di lavoro alle dipendenze di altri e non solo. MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel secolo XX* ..., op. cit., in cui l'A. continua scrivendo: “Separata dalla matrici sociologiche, compendiate nella nozione di contraente debole, e riferita invece alle modalità della prestazione dedotta in contratto, la subordinazione diventa concetto elastico che ha eroso progressivamente la fascia dei rapporti contigui”.

di super-tutele, magari di favori”¹⁶⁹, ma scarsamente capace di redistribuire potere. Alla costruzione di una fattispecie monolitica e “onnivora” di contratto di lavoro¹⁷⁰ sarebbe addebitabile cioè da un lato, l’incongrua estensione del campo di applicazione della disciplina lavoristica pur oltre – e in alcuni casi a prescindere da – i confini della concreta necessità di protezione¹⁷¹, dall’altro l’impossibilità di una equa redistribuzione delle tutele all’interno della subordinazione in ragione della diversa intensità con cui essa si manifesta in concreto¹⁷².

Le considerazioni fin qui riportate appaiono già sufficienti a sottolineare la principale (per quanto qui maggiormente interessa) contraddizione insita nella ricostruzione barassiana del contratto di lavoro (perpetrata poi dalla codificazione del ’42), ovvero quella di aver cercato di conciliare, in una formula che si voleva valida a-temporalmente, profili in gran parte inconciliabili in quanto operanti su piani sostanzialmente distinti: quello oggettivo – della subordinazione tecnico-giuridica, elemento caratterizzante la prestazione principale e dunque la fattispecie astratta di contratto di lavoro – e quello soggettivo – della subordinazione-dipendenza-alienità che si realizza quale effetto dello squilibrio di forza e poteri sul piano socio-economico; ovvero ancora, quello della fattispecie - che si voleva unitaria e onnicomprensiva - e quello della *ratio* dell’intervento normativo che non può non essere calibrato sulle reali e concrete esigenze di tutela, necessariamente mutevoli e diversificate. In altre parole, la creazione di una fattispecie di riferimento – il contratto di lavoro subordinato – che prescinde dalla figura sociologica a misura del quale è stata elaborata - l’operaio industriale -, ha fatto sì che le disposizioni previste per la tutela di un determinato soggetto e dei suoi specifici bisogni abbiano finito per estendersi a-selettivamente a tutte le ipotesi contrattuali che abbiano ad oggetto la prestazione di un’attività lavorativa in favore di altri¹⁷³.

¹⁶⁹ ROMAGNOLI U., *L’amarcord del ...*, op. cit., p. 411.

¹⁷⁰ PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, QDLRI, 1998, p. 9.

¹⁷¹ CASTELVETRI L., *Il Diritto del Lavoro delle origini ...*, p. 228 che riprende la critica di SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto ...*, op. cit. Nega la volontarietà della produzione di tale effetto in Barassi, ROMAGNOLI U., *«Il contratto di lavoro» ...*, op. cit. p. 58, il quale afferma “Barassi per primo non giudicava un bene la propensione all’universalismo del Diritto del Lavoro di cui sarà considerato responsabile”.

¹⁷² Per una critica alle distorsioni prodotte dall’interpretazione fatta della subordinazione si veda anche GAETA L., *Lavoro a distanza e ...*, op. cit., pp. 38 e ss.

¹⁷³ È questa quella che SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e....*, op. cit. ha chiamato sinteticamente “sfasatura tra fattispecie ed effetti”. Si veda, sul punto, anche GAETA L., *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in D’ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 121 e ss.

È proprio la combinazione tra questo progressivo e sempre più spinto “slabbramento” della fattispecie e della *ratio* protettiva unito all’elaborazione di un tipo di intervento paternalista quanto non anche direttamente autoritario (limitazione dell’autonomia privata più che stimolo all’autodeterminazione), che si ritiene all’origine di quel tradimento dello spirito e delle finalità tipiche del diritto del lavoro da cui sarebbe scaturita anche la moderna crisi della disciplina¹⁷⁴. Ma di questo si tratterà più diffusamente in seguito (secondo Capitolo).

III. 4. - Alcune considerazioni d’insieme.

Nonostante le critiche espresse dalla dottrina post-costituzionale alla ricostruzione barassiana, non v’è dubbio che essa era espressione del contesto culturale ed ideologico dominante a cavallo tra ‘800 e ‘900, un contesto caratterizzato dai principi del liberalismo, impregnato di giusnaturalismo razionalista prima e di positivismo normativo poi. E l’opera di Barassi in esso si iscrive a pieno.

Il recupero delle reciproche posizioni delle parti al paradigma del contratto di scambio ed agli schemi civilistici in generale, oltre ad un omaggio alla tradizione romanistica, era per Barassi più che altro il tentativo (forse ottuso, ma tenacemente perseguito) di preservare i principi liberali da infiltrazioni di carattere sociologico e pubblicistico che ne avrebbero compromesso la purezza. Autonomia privata individuale e contratto costituivano per lui, in linea con la cultura giuridica dominante, fondamentali strumenti di libertà e di emancipazione del lavoratore-cittadino, gli unici in grado di garantirgli quella autodeterminazione negata in principio dal sistema giuridico dell’*Ancien Regime*. La formula del volontario incontro di volontà che liberamente scelgono di incontrarsi sul mercato, scambiando lavoro per salario indipendentemente dalla differenti posizioni di potere (economico e sociale), assolveva una fondamentale funzione emancipatoria, quasi *catartica*, di liberazione dai vincoli che opprimevano l’attività economica nel precedente periodo corporativistico e mercantilistico e che negavano alla radice uguaglianza e libertà dei singoli¹⁷⁵.

Il radicale rifiuto espresso da Barassi verso la logica protezionistica dei novatori, che proponevano di calibrare la normativa lavoristica sul dato della debolezza socio-economica del lavoratore, era

¹⁷⁴ GIUGNI G., *Diritto del Lavoro ...*, op. cit., pp. 3 e ss. ICHINO P., *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto*, Quad. RIDL, I, 1989, p. 35.

¹⁷⁵ Per questo BARASSI L., *Il contratto di lavoro ...*, op. cit. p. 10, scrive: “Non consideriamo l’uomo solamente un atomo, costituente l’aggregato sociale, ma anche una unità pensante e volente, avente una individualità propria e distinta”.

motivato, *in primis*, “dall’avversione per una tecnica di intervento che avrebbe sanzionato in termini giuridici - quindi sempre ed in ogni caso - l’irrelevanza della volontà del lavoratore subordinato e alla fine la sua inferiorità non solo di fatto”¹⁷⁶. La subordinazione, infatti, per Barassi è il modo tipico di essere della promessa contrattuale del prestatore di lavoro, è fissata dal volere delle parti nel contratto, è dato tecnico, non socio-economico¹⁷⁷. Essa costituisce al tempo stesso misura e limite dei poteri di autorità dell’imprenditore e della situazione di assoggettamento del lavoratore e, in questo senso, rappresenta una forma, seppur minima, di garanzia per il lavoratore. È per questo che egli sostiene che la dipendenza non è un effetto del contratto - dal momento che le parti rimangono ugualmente libere durante il rapporto quanto lo erano all’inizio -, ma deriva quale “effetto della portata sociale delle loro prestazioni”¹⁷⁸. E forse, da Barassi, non ci si poteva aspettare molto di più.

È vero, certo, che si trattava di una finzione, più o meno consapevolmente perpetrata in funzione della tutela e della promozione di un particolare assetto dei rapporti privati e di stabilizzazione della posizione egemonica della borghesia capitalista, così com’è vero che Barassi scelse volutamente di ignorare le sollecitazioni di quanti già avevano messo in luce il carattere mistificante e strumentale di tale operazione. In ogni caso, l’appartenenza al ceto borghese e il sincero attaccamento ai valori politici e giuridici dominanti lo spinsero verso la difesa ad oltranza di quegli stessi valori. Come molti altri, il padre fondatore del diritto del lavoro italiano non ha saputo resistere a quella “tendenza innata ... del pensiero scientifico, specialmente di quello giuridico, ad inserire le figure di nuova formazione nella nicchia di schemi concettuali noti e consolidati”¹⁷⁹, ovvero, come altri, ha tentato di “nascondere, dietro il rassicurante appello alla linearità del processo storico, la piena consapevolezza del carattere «epocale» della rottura

¹⁷⁶ CASTELVETRI L., *Il Diritto del Lavoro delle origini...*, op. cit. pp. 340 e ss.

¹⁷⁷ Per l’evoluzione della nozione di dipendenza/subordinazione nel pensiero di Barassi tra prima e seconda edizione del *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, si rinvia a PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: ...*, op. cit. pp. 349 e ss.; MENGONI L., *L’evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, RTDPC, 2001, pp. 239 e ss.

¹⁷⁸ BARASSI L., *Il contratto di lavoro...*, op. cit. p. 32.

¹⁷⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L’omaggio dell’accademia a Mattia Persioani*, I, Cedam, Padova, 2005, p. 769; GAROFALO M. G., *Il Diritto del Lavoro e la sua ...*, op. cit. p. 129, che, a proposito del richiamo alla tradizione romanistica parla di “copertura ideologica di un’operazione di politica del diritto: ambientare nell’ordinamento un nuovo tipo contrattuale che avesse ad oggetto il lavoro astratto (*rectius*: lo scambio tra questo e la retribuzione) e come funzioni quella di legittimare il potere dell’imprenditore capitalista sull’organizzazione di impresa e su coloro che in essa lavorano in una società di soggetti liberi ed uguali nonché quella di consentire al datore di lavoro, attraverso la libertà contrattuale, di rendere la quantità di lavoro esistente nell’organizzazione una variabile dipendente dalle proprie scelte organizzative e produttive”.

determinata dalla rivoluzione industriale e, con essa, il senso di smarrimento (culturale, oltre che politico) in essi determinato da quest'ultima"¹⁸⁰.

Ciò non toglie che la riconduzione della subordinazione nel profilo causale della fattispecie e, dunque, l'elaborazione di una fattispecie contrattuale tipica per lo scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione era condizione essenziale per assicurare (anche giuridicamente) al datore di lavoro la possibilità di direzione e controllo sulla stessa, coesistente al funzionamento dell'impresa capitalista. È chiaro che ciò finiva per legittimare anche giuridicamente una posizione di potere di un soggetto del rapporto negoziale sull'altro, ma questo era presupposto imprescindibile di funzionamento del sistema¹⁸¹ e ad esso la ricostruzione giuridica supinamente si piegò.

IV. - Il dibattito sulla contrattualità del rapporto di lavoro negli anni '30 e '40: organicismo e regimi autoritari.

Nel brevissimo spazio di questo paragrafo, lungi dal voler richiamare il complesso e acceso dibattito innescatosi in ordine all'origine contrattuale o meno del rapporto di lavoro, si intende più modestamente richiamare alcuni dei fondamenti (ideologici) dello stesso, ripresi dal fascismo italiano e spagnolo, che serviranno unicamente allo scopo di poter meglio comprendere la portata e le ragioni della reazione, propriamente contrattualistica, che si genera, soprattutto in Italia, con la restaurazione democratica. Ciò che si intende rimarcare è che la scelta del contratto quale fonte del vincolo giuridico che lega datore e prestatore di lavoro, oltre a presentare indubbi vantaggi - come si è cercato fin qui di sottolineare - in termini di razionalizzazione delle rispettive posizioni delle parti, non va avulsa da considerazioni di tipo più propriamente ideologico-politico. Come si cercherà di evidenziare nelle pagine che seguono, la parentesi corporativa servì insomma a rafforzare l'opzione contrattualistica, anche in quanto importante una determinata opzione politica e ideologica.

¹⁸⁰ VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della ...*, op. cit., p. 79 che però nel testo citato si riferisce al movimento del socialismo giuridico. Così pure, PÉREZ DE LOS COBOS ORIUHEL F., *La «subordinazione tecnologica» nella giurisprudenza spagnola*, LD, 2005, p. 537, che scrive "La riluttanza del giurista al cambiamento lo porta naturalmente a minimizzare le trasformazioni socioeconomiche in corso e ad adattare le nuove realtà alle vecchie categorie giuridiche, da lui considerate praticamente intoccabili".

¹⁸¹ Come dimostra, tra l'altro, il fatto che, anche fuori dal sistema eurocontinentale, e pur seguendo strade in gran parte distinte, anche in Inghilterra si istituì un sistema atto a garantire la supremazia datoriale nel rapporto di lavoro. Sul punto, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ E., *El trabajo y las formas jurídicas ...*, op. cit.

A pochi anni di distanza dall'elaborazione barassiana del contratto di lavoro subordinato¹⁸² e dalla promulgazione della legge repubblicana spagnola sul contratto di lavoro del 1931, la soluzione liberal-contrattualistica, affermatasi in entrambi gli ordinamenti giuridici, fu messa in discussione dalla penetrazione nella cultura giuridica europea di impostazioni ed esperienze sviluppatesi soprattutto in Germania¹⁸³. Si tratta di esperienze che rispecchiano da un lato, la crisi dello Stato e dei principi liberali ottocenteschi e dall'altro, l'affermazione di una risposta istituzionale alla stessa di tipo marcatamente statalista, autoritario e totalitario.

Al di là delle peculiarità e le specifiche differenze tra "organicismo" tedesco e "istituzionalismo" francese¹⁸⁴, entrambe le

¹⁸² Per l'evoluzione della nozione di dipendenza/subordinazione nel pensiero di Barassi tra prima e seconda edizione del *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, si rinvia a PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: ...*, op. cit. pp. 349 e ss.

¹⁸³ Per la penetrazione nella cultura giuridica spagnola delle tesi a-contrattualiste tedesche, si veda, tra gli altri, PÉREZ BOTIJAS E., *La teoría del contrato de trabajo en el derecho vigente*, Rev. Est. Pol., Sup. Pol. Social, pp. 55 e ss.

¹⁸⁴ La risposta francese alla critica della riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema individualistico e patrimonialistico del contratto si concretizzò nell'elaborazione della teoria istituzionalista di Paul Durand, la quale a sua volta e per espressa ammissione del proprio autore si ricollega alle concezioni filosofiche tedesche sul rapporto di lavoro. Sul punto, per un esame critico, CAMERLYNCK G., *Il contratto di lavoro nel diritto del lavoro francese*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 396 e ss. In Germania, infatti, la reazione al contrattualismo liberale si espresse attraverso l'elaborazione di teorie che, agganciandosi alla diversa tradizione giuridico-medievale germanica fondata su penetranti vincoli di tipo personale e gerarchico – inizialmente recuperata e riabilitata principalmente ad opera di Otto von Gierke alla fine del XIX secolo (GIERKE O., *La función social del Derecho privado*, trad. Spagnola a cura di Navarro de Palencia L. M., Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904) -, rifiutavano la concezione dell'individuo come entità astratta dalla comunità alla quale appartiene e concepivano l'impresa come ente sociale che si pone quale ordinamento giuridico produttivo di diritto obiettivo. Nonostante alcuni autori (*in primis*, Lotmar) si impegnarono nella difesa della tradizione romanista, le idee di von Gierke dominarono il dibattito scientifico degli inizi del XX secolo e furono riprese dalla dottrina nazionalsocialista tedesca. Per una ricostruzione del dibattito in Germania, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., *Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Balance provisional de una polémica)*, Anales de la Universidad Hispalense, 1967, vol. XXVII, pp. 1 e ss. Sulle affinità e differenze tra Nazionalismo tedesco e Corporativismo italiano vedi, NOGLER L., *L'idea nazionalsocialista di un «nuovo ordine europeo» e la dottrina corporativa italiana*, DLRI, 2001, p. 317. L'uso strumentale che è stato fatto dagli interpreti dei principi derivanti dalla concezione comunitaria weimariana della relazione di lavoro allo scopo di assicurare la prevalenza degli interessi imprenditoriali è sottolineato da MARTÍN VALVERDE A., *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, in AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1978, pp. 75 e ss. che parla a tal proposito di "utilización alternativa en sentido involutivo del derecho del trabajo" (p. 98).

impostazioni esprimevano un radicale rifiuto ed un'aspra critica ai fondamenti politici e ideologici ed alle conseguenze sociali ed economiche prodotte dall'adesione ai principi del liberalismo borghese. Di esso, in particolare, si criticava l'individualismo egoistico e la degradante mercificazione del lavoro operata attraverso la riconduzione del fenomeno del lavoro subordinato all'interno dello schema bilaterale del contratto. La rappresentazione di una netta e radicale contrapposizione di interessi - implicita nell'idea contrattuale - veniva poi considerata all'origine di una deplorabile e dannosa spaccatura della società, divisa in classi sociali antagoniche, finendo per fomentare così il "fantasma" *marxista* della lotta di classe¹⁸⁵.

Nel tentativo di affrancare il rapporto di lavoro dalle implicazioni patrimonialistiche e individualiste indotte della tradizione romanistica, tali teorie rintracciavano il fondamento del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro - concepito alla stregua di un rapporto di tipo personale quasi familiare, di soggezione e di fedeltà mutua tra soggetti ugualmente produttori -, non più nel contratto, nell'accordo e nell'incontro di volontà individuali, bensì nel "fatto" stesso dell'occupazione, dell'*incorporazione/inserzione/integrazione* del lavoratore nell'impresa, concepita nei termini di comunità organica (etica) organizzata, di istituzione, fonte di diritto oggettivo.

In realtà, com'è stato efficacemente dimostrato, l'elaborazione ma soprattutto la diffusione di teorie di tal fatta rispondeva, più che alla necessità di innestare un dibattito funzionale all'approfondimento della riflessione giuridica ed al perfezionamento della ricostruzione scientifica del rapporto di lavoro rispetto alla sistematizzazione datane dal diritto di matrice privatistico-liberale, alla spesso supina adesione della cultura giuridica ai principi ed ai postulati del Nuovo Ordine autoritario e dispotico che andava affermandosi quasi contemporaneamente in buona parte dell'Europa occidentale¹⁸⁶. Alla luce di tale contesto fortemente

¹⁸⁵ "Mientras subsista el contrato las partes se encontrarán una frente a otra, y la lucha de clase no habrá desaparecido enteramente". POLO DÍEZ A., *Del contrato a la relación de trabajo*, RDP, 1941, p. 2.

¹⁸⁶ "Puede afirmarse, sin temor a dudas, que lo pretendido por la doctrina de la «relación de trabajo» no consiste tanto en brindar una superior explicación científica cuanto en moldar complejos obligacionales coherentes con el nuevo papel asumido por el Estado en el cuadro de las fuentes jurídicas (laborales en este caso), con las convicciones ético-totalitarias sobre la actividad humana y, en suma, con la realidad sociopolítica. Presuponiendo, por lo demás, la comunidad de intereses entre todos cuantos colaboran a la producción, se desea vincular a los miembros de la empresa a través de nexos propiciadores de la hermandad y la cooperación". SEMPERE NAVARRO A. V., *Nacionalsindicalismo y relación del trabajo*, Akal, Madrid, 1982, p. 21. Nello stesso senso, anche, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER. M., *Contrato de trabajo y relación ...*, op. cit., p. 57. Sottolinea lo scarso rigore scientifico, il carattere esclusivamente propagandistico e la scarsa traduzione pratica delle teorizzazioni della dittatura italiana, NOGLER L., *L'idea nazionalsocialista di un ...*, op. cit., pp. 333 e ss. Sottolinea come lo spostamento dell'attenzione dei giuristi dal diritto delle cose, dalla concezione del rapporto di lavoro in termini di mero rapporto di scambio, al diritto delle persone, alla

ideologizzato, può essere interpretata l'esaltazione dell'anticontrattualismo da esse professato.

Inizialmente proposto quale reazione all'esasperato individualismo ed alla mercificazione del lavoro operata dal sistema liberale attraverso la ricostruzione del rapporto di lavoro in termini di contratto di scambio e, dunque, quale via di esaltazione dei valori personalistici e collettivistici dello stesso, l'a-contrattualismo viene utilizzato strumentalmente per legittimare la configurazione del rapporto di lavoro come rapporto di dominio unilaterale all'interno di un'organizzazione imprenditoriale idealizzata nella sua struttura fortemente gerarchizzata e autoritaria¹⁸⁷.

Esso operò, inoltre, anche in funzione dell'esigenza, specialmente sentita nei regimi autoritari, di rivendicare un rigido monopolio normativo dello Stato, chiamato a porre ordine nel caos (presuntamente) determinato dall'attribuzione ai comportamenti privati del compito della costruzione del sistema economico e sociale, propria del sistema liberale. L'interventismo statale nei rapporti di lavoro, attuato attraverso un massiccio impiego di norme inderogabili, da un lato giustificava la marginalizzazione del principio contrattualistico, mentre dall'altro sospingeva l'inderogabilità verso funzioni in gran parte aliene a quelle propriamente tutelari. L'enfasi posta dai regimi totalitari sul carattere inderogabile della normativa, tanto legale quanto contrattual collettiva¹⁸⁸ costituiva, infatti, strumento nelle mani dello Stato totalitario inteso a garantire l'osservanza individuale dello specifico modello di produzione e di distribuzione della ricchezza e, più in generale, di organizzazione sociale ed economica elaborato a livello generale dall'ideologia corporativa. Attraverso l'imposizione di discipline imperative, in altri termini, lo Stato si assicurava l'osservanza individuale del progetto

considerazione del rapporto di lavoro come rapporto di tipo eminentemente personale sia stata anche la conseguenza dell'avvento della seconda rivoluzione industriale e più in generale dell'apparizione della grande impresa industriale con produzione in serie che richiedeva maggiore coesione e controllabilità da parte del suo titolare, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano* ..., op. cit., pp. 420 e ss.

¹⁸⁷ Fatta responsabile di fronte allo Stato del risultato della sua organizzazione produttiva, dall'assolvimento di tale funzione pubblica l'impresa traeva la legittimazione a costituirsi come organizzazione gerarchica e autoritaria. Riflessi della concezione istituzionalistica dell'impresa si possono cogliere in questa sua funzionalizzazione ai superiori interessi della Nazione, la quale importa una considerazione di sostanziale "coincidenza fra lo scopo comune a tutti i soggetti dell'istituzione minore (compresi quelli futuri) e le finalità proprie dello Stato". MAGRINI S., voce *Lavoro (contratto individuale di)* ..., op. cit. p. 376. L'A. citato, tuttavia, nega che nell'ordinamento corporativo italiano e nella disciplina del Codice del 1942 possa rinvenirsi una considerazione dell'ordinamento generale dell'impresa-istituzione come ordinamento originario.

¹⁸⁸ Per le opportune differenziazioni e differenze della concezione nazional-sindacalista del franchismo spagnolo, SEMPERE NAVARRO A. V., *Nacional-sindicalismo y relación* ..., op. cit., spec. pp. 79 e ss.

“costituzionale” di cui si era reso artefice, sanzionando – anche penalmente - i comportamenti rispetto ad esso devianti; garantiva la prevalenza dell’ordinamento sul contratto, dello Stato sull’individuo¹⁸⁹.

La strutturazione corporativa e autoritaria dello Stato si rifletteva quindi nel sistema giuridico e normativo, concepito non più come il complesso dei diritti del singolo contro la prepotenza dello Stato, bensì come l’insieme dei doveri – tra i quali campeggiava il “dovere sociale al lavoro”¹⁹⁰ -, che presiedono all’ordinato vivere civile nell’interesse della collettività e della Nazione ed in funzione di questo vengono tutelati¹⁹¹.

Spazzata via la separazione rivendicata dall’ideologia liberale tra società civile e Stato, tra economia e politica, il riconoscimento dell’autonomia privata cessava di essere incondizionato in quanto strumentale alla realizzazione dell’ordine naturale delle cose. Tale ordine adesso assumeva tutta l’artificialità della propria fonte. Il diritto non promana più direttamente dall’individuo; la volontà individuale non è più la signoria del volere, dovendo adesso pur sempre inserirsi ed essere riconosciuta da un diritto che è divenuto attributo esclusivo dello Stato¹⁹². Nella visione positivista e statocentrica del fascismo, l’individuo insomma non è più sovrano, ma asservito allo Stato etico. “L’autonomia individuale è esplicazione di attività libera” non in sé, “ma nell’ambito della norma autoritativamente posta”¹⁹³. Autonomia privata e iniziativa economica vengono assoggettate al rispetto dei fini autoritativamente imposti dallo Stato pianificatore fascista¹⁹⁴.

Se l’impianto fortemente propagandistico e ideologizzato del corporativismo influenzò in modo decisivo il clima culturale anche in campo scientifico, l’adesione della dottrina giuridica italiana alle tesi organicistiche e istituzionaliste, pur ripudiando la concezione individualistica che il liberalismo aveva mutuato dal diritto naturale, non si spinse tuttavia fino al ripudio della tradizione romanista ed alla negazione della contrattualità del rapporto¹⁹⁵. Il ruolo del contratto non

¹⁸⁹ ROMAGNOLI U., *L’amarcord*, op. cit. p. 416; DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile* ..., op. cit. pp. 44 e ss. ALPA G., *La cultura delle regole* ..., op. cit. p. 243.

¹⁹⁰ Art. 2 della “Carta del Lavoro” e Dichiarazione 1. 5 del “Fuero del Trabajo”.

¹⁹¹ SOMMA A., *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, RDPC, 2000, pp. 647 e ss.

¹⁹² Il diritto subisce, nell’epoca fascista, una profonda operazione di “oggettivizzazione” la quale “corrisponde alla formazione dello Stato nazionale che afferma la sua sovranità nei confronti dei particolarismi dei cittadini”, un’affermazione iniziata già nei primi anni del ‘900, ma che il regime porta fino alle estreme conseguenze, fino all’autoritarismo. ALPA G., *La cultura delle regole* ..., op. cit. p. 243.

¹⁹³ PUGLIATTI S., *L’ordinamento corporativo e il codice civile*, RDC, 1942, I, p. 372.

¹⁹⁴ SIEBERT W., *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema de Derecho alemán*, Re. Der. Priv., 1942, p. 454.

¹⁹⁵ In un contesto giuridico e culturale ancora saldamente ancorato ad una visione individualistica, quanto non anche giusnaturalistica dei rapporti sociali, ed in un

venne, infatti, negato del tutto. Esso diventa titolo per l'inserimento del lavoratore nell'attività di produzione e fonte genetica del rapporto, la cui regolamentazione concreta viene fatta dipendere ora dalla combinazione tra fonti legislative (inderogabili) e regolamentazione promanante dall'ordinamento obiettivo dell'organizzazione imprenditoriale¹⁹⁶. Anche la subordinazione, intesa nel senso di vero e proprio rapporto gerarchico di obbedienza ai comandi e quindi all'autorità dell'imprenditore, effetto dell'inserzione nell'organizzazione aziendale, non sostituisce il contratto, ma integra il rapporto obbligatorio-patrimoniale da esso scaturente¹⁹⁷.

contesto economico ancora sostanzialmente e prevalentemente agricolo, il particolare attaccamento della cultura italiana alla tradizione giuridica liberale di derivazione romanistica importò dunque un'adesione alle tesi nazionalsocialiste del fascismo meramente relativa, il più delle volte strumentale alla conservazione del proprio "potere (monopolio) interpretativo. In tal senso, NOGLER L., *L'idea nazionalsocialista di un ...*, op. cit., pp. 323 e ss. Vedi anche SOMMA A., *Il diritto fascista dei contratti ...*, op. cit., pp. 647 e ss. Per una panoramica sulla produzione scientifica della Rivista italiana "Il Diritto del Lavoro" tra il 1927 e il 1943, ALES E., GAETA L., "Il Diritto del Lavoro" rivista del "Fascismo-Corporativismo". *Un programma di ricerca*, DL, 2003, II, pp. 21 e ss. qualificata dagli AA. come "vera e propria voce ufficiale del regime nel campo della dottrina corporativa: una rivista-manifesto che espone in vetrina gli orientamenti più autorevoli della scienza del diritto del lavoro e delle altre discipline giuridiche in qualche modo ad essa collegate; e nel contempo un osservatorio di prim'ordine sull'applicazione pratica di questa scienza".

¹⁹⁶ In Italia, le dottrine che propendevano per ridurre sostanzialmente il ruolo svolto dal contratto a mero titolo per l'ingresso/inserzione del lavoratore in azienda, utilizzarono strumentalmente le disposizioni e la stessa sistematizzazione della regolamentazione del rapporto di lavoro subordinato risultante dal Codice civile del 1942. In particolare, speciale rilevanza fu attribuita all'art. 2126 c.c. che fa salvi gli effetti del contratto nullo o annullabile per il tempo in cui la prestazione lavorativa ha avuto comunque esecuzione (salvo che la nullità derivi da illecità dell'oggetto o della causa). In realtà, come poi sottolineato dalla dottrina maggioritaria, si tratta di norma che presuppone e si fonda sull'esistenza di un contratto (pur invalido), limitandosi a sancire l'irretroattività degli elementi di invalidità del negozio limitatamente al periodo di esecuzione del contratto stesso, che dunque continua a costituire fonte del rapporto obbligatorio. Essa assolve ad una funzione di tutela del lavoratore nelle ipotesi in cui il titolo dal quale genera il vincolo – il contratto di lavoro, appunto – risulti in un secondo momento invalido. L'obbligo di pagamento della retribuzione costituisce in questo senso una sorta di risarcimento in forma specifica dell'indebito arricchimento procurato al datore di lavoro. A conferma di ciò può essere addotto il fatto che, da sempre, la giurisprudenza ha attribuito alla consapevolezza del datore di lavoro circa l'effettuazione in proprio favore della prestazione lavorativa un valore presuntivo in ordine all'esistenza del consenso. Sul punto, GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 110 e ss.; BETTINI M. N., *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 8 e ss. Ma già, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., pp. 499 e ss. Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'art. 55 della *Ley del contrato del trabajo* spagnola del 1944 (che riproduce l'art. 48 della omonima legge repubblicana del 1931). Sul punto SUÁREZ GONZÁLEZ F., *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*, CPS, 1960, spec. p. 133.

¹⁹⁷ Per la dottrina italiana, tra gli altri, GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in VASSALLI F., *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1939, pp. 24 e ss.; MIGLIORAZZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, DL, 1940, I, pp. 125 e ss. RABAGLIETTI M. F., *Introduzione alla teoria del lavoro*

Se i principi e la retorica fascista influenzarono profondamente la legislazione in materia assicurativo-previdenziale e sindacale funzionale all'edificazione dello Stato corporativo, assai più modesta risultò la penetrazione degli stessi nel sistema di regolazione dei rapporti individuali di lavoro, saldamente ancorata ai principi civilistici. Alla pubblicizzazione del sistema sindacale, alla criminalizzazione del conflitto ed alla riconduzione del sindacato unico fascista ad organo ausiliare dello Stato corporativo, strumento di politica economica di derivazione statale¹⁹⁸, faceva riscontro, infatti, una regolazione del rapporto individuale che continuava ad ispirarsi ad un diritto di matrice più propriamente privatistico-liberale¹⁹⁹. Tanto la regolazione contenuta

nell'impresa, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 75 e ss.; ARDAU G., *Corso di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1960, I, spec. pp. 114 e ss.; PUGLIATTI S., *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, pp. 135 e ss. ID., *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, RDC, 1942, I, quest'ultimo sostenitore della concezione c.d. associativa del contratto di lavoro sulla base dell'idea di una comunione di scopo tra datore e prestatore di lavoro.

¹⁹⁸ ROCCELLA M., *Manuale di Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 6. Sulla legge fascista del 1926, CASANOVA M., *Il diritto del lavoro nei primi due decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, RIDL, 1986, I, pp. 244 e ss. Più in generale, si veda anche NOGLER L., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, pp. 40 e ss. Sul sindacalismo verticale spagnolo, SEMPERE NAVARRO A. V., *Nacionalsindicalismo e ...*, op. cit., pp. 79 e ss.

¹⁹⁹ ROMAGNOLI U., *Il Diritto del Lavoro durante il fascismo ...*, op. cit. pp. 90 e ss. che parla a tal proposito di "corto-circuito comunicativo tra gius-privatistica (– proiettata sulle grandi questioni attinenti alla riforma costituzionale dello Stato –) e gius-privatistica", quest'ultima relegata a risolvere le questioni legate alla mediazione dei litigi tra padrone e dipendente e propensa a mantenere i legami con la tradizione. "Legami che restano saldissimi specialmente in materia di relazioni individuali di lavoro, perché proprio questo è il settore dell'esperienza giuridica in cui la volontà politica di garantire l'intangibilità delle preesistenti strutture di comando assume i contorni più nitidi". Analogamente, ID., *Costantino Mortati ...*, op. cit., pp. 117 e ss. A proposito dell'esperienza totalitaria spagnola si riportano le parole di MONTROYA MELGAR A., *El poder de dirección del empresario (En torno al artículo 20)*, REDT, 2000, I, n. 100, p. 580: "En resumen, la existencia de alguna aislada e inocua referencia a la comunidad de empresa (...) no es prueba de que la teorización comunitarista y anti-contractual hubiera calado en la legalidad y en la realidad empresarial durante el régimen de Franco. Al contrario, fue un riguroso contractualismo el que dominó, durante toda la larga era autoritaria, el sistema de las relaciones laborales, sin perjuicio de que los aspectos colectivos sufrieran, como es bien sabido, una drástica publicación y de adopción de medidas de conflicto colectivo". Sul punto, anche, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo*, TL, 1984, p. 50 che scrive: "Es una constante que se da en la mayor parte de los casos, de forma que, en principio, podría hablarse de una relativa neutralidad del sistema político a la estructura y contenido del contrato de trabajo". In realtà, la preservazione della strutturazione privatistico-civilistica della relazione individuale di lavoro assolveva alla necessità (incontestabilmente non *neutrale*), specialmente avvertita nei sistemi totalitari, di assicurare la prevalenza degli interessi imprenditoriali. Allo stesso modo, come si è cercato di sottolineare nei primi paragrafi di questo Capitolo, neppure l'elaborazione

nel Codice civile del 1942²⁰⁰, quanto quella risultante dalla *Ley de contrato de trabajo* spagnola, al di là di più o meno formali e retorici omaggi all'ideologia del regime, continuavano ad ancorare il rapporto di lavoro ad una fonte propriamente contrattuale²⁰¹. Ne è un esempio la promulgazione nel 1944 in Spagna di una nuova *Ley de contrato de trabajo* - di chiara ispirazione privatistico-contrattuale - la quale servi tra l'altro a sbarrare definitivamente la strada alle aspirazioni di assicurare saldamente al dato positivo la tesi anticontrattualista, quella cioè che

liberale della categoria del contratto poteva considerarsi una costruzione "ideologicamente neutra".

²⁰⁰ Espressione di un'ideologia statalista e positivista, esso rappresentò il tentativo di una combinazione tra le componenti fedeli alla tradizione romano-civilistica e componenti più marcatamente corporative. L'attenzione centrata sul prestatore di lavoro piuttosto che sul contratto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.), la costruzione giuridica dell'impresa come struttura verticistica fortemente gerarchizzata, composta dal capo e dai suoi collaboratori subordinati (art. 2086 c.c.), la ricomprensione della disciplina del lavoro all'interno del Libro V del Codice significativamente intitolato al "lavoro nell'impresa", piuttosto che in quello - il IV - dedicato alle obbligazioni ed ai contratti, la subordinazione della stessa all'"interesse unitario dell'economia nazionale" (art. 2085 c.c.), ovvero ancora l'enfasi posta sulla "collaborazione", la "dipendenza" (artt. 2094 e 2086 c.c.), la "fedeltà" e l'"obbedienza" delineati come obblighi autonomi rispetto all'obbligazione di lavoro dovuta al datore di lavoro, capo dell'impresa, tendono ad esaltare la personalità del lavoro, la natura personale del vincolo che lega il lavoratore al datore di lavoro. Allo stesso tempo, però, il sicuro ancoraggio del rapporto al contratto (artt. 2094 e 2126 c.c.) - dal quale derivano anche i poteri imprenditoriali (art. 2104 c.c.) -, la consacrazione del principio della "pari" libertà di recesso (artt. 2118-2119 c.c.), la stessa *incorporazione* della regolamentazione del lavoro all'interno del Codice privato-civile, raffigurano, anche graficamente, non solo l'inserzione della normativa lavoristica nel sistema di diritto privato, ma anche la considerazione del lavoro come bene economicamente valutabile oggetto di un rapporto di scambio. Ciò non toglie, come opportunamente avvertito dalla dottrina, che si trattasse di una codificazione giusprivatistica in realtà "falsata, in radice, dall'innesto di una regolamentazione essenzialmente pubblicistica delle relazioni collettive di lavoro". MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003 p. 25. Sul diritto del lavoro in Europa come sintesi delle due diverse tradizioni giuridiche vedi, A. SUIOT, *Crítica del Derecho del Trabajo ...*, op. cit., pp. 29 e ss. Sottolinea la convergenza, nella ricostruzione codicistica del rapporto di lavoro, di due concezioni antitetiche del lavoro (considerato, al tempo stesso, bene economicamente valutabile oggetto di scambio e strumento di manifestazione della personalità del lavoratore e quindi come contenuto di un vincolo personale di collaborazione), MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., p. 419.

²⁰¹ Per quanto riguarda il sistema spagnolo, infatti, i postulati e le teorie più propriamente anticontrattualistiche devono fare i conti con la mancata formale abrogazione della *Ley de contrato del trabajo* repubblicana del 1931, la cui vigenza nel sistema viene addirittura confermata nel Fuero. La soluzione adottata fu quella di ritenere superata l'impostazione contrattualista in essa esplicitata, pur continuando ad applicarne i contenuti normativi, in attesa della promulgazione di una *Legge sul rapporto di lavoro* che la sostituisse. Se, dunque, l'esistenza di una regolazione propriamente contrattualista non impedisce alla dottrina filo-franchista di continuare a sostenere la teoria a-contrattuale del rapporto di lavoro, la legislazione successiva continua a riferirsi in più occasione all'istituto contrattuale. SEMPERE NAVARRO A. V., *Nacionalsindicalismo y relación ...*, op. cit., pp. 266 e ss.

rivendicava l'esistenza di una strutturale ed inconciliabile alterità tra il rinnovamento culturale e giuridico indotto dai principi del nazionalindacalismo spagnolo²⁰² e la soluzione contrattuale.

La sostanziale preservazione della struttura privatistico-contrattuale della normativa in materia di rapporti individuali di lavoro²⁰³, se facilitò non poco – una volta caduto il regime - il recupero di quella stessa tradizione giuridica liberale pre-corporativa mai realmente abbandonata, non impedì una sua stretta ed efficace funzionalizzazione all'affermazione di “un assetto intimamente autoritario del rapporto di lavoro e delle relazioni nell'impresa” e, dunque, si combinò perfettamente con gli ideali ed i postulati di un regime dispotico e chiaramente schierato dalla parte dei produttori²⁰⁴.

²⁰² In Spagna, tra gli anticontrattualisti “puri” che negavano radicalmente la compatibilità dell'impostazione contrattualistica con il mutato contesto politico e culturale, POLO DÍEZ A., *Del contrato a la...*, op. cit., pp. 1 e ss.; LEGAZ LACAMBRA L., *Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, RDP, 1943, n. 319. Tra coloro (i più) che invece si dimostravano più realisti e sostanzialmente proclivi alla possibilità di una conciliazione tra origine contrattuale del rapporto e prevalenza del rapporto di lavoro sul contratto, fondamentale, PÉREZ BOTIJA E., *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, RGLJ, 1942, pp. 10 e ss.; ID., *La teoría del contrato de trabajo...*, op. cit., spec. pp. 68 e ss. In cui scrive: “Contrato y relación de trabajo no son términos antitéticos, sino concordantes y, en algún aspecto, coincidentes. El mecanismo contractual no desaparece: es el que origina la relación, sirviendo a la vez de envoltura jurídica” (p.70). Più in particolare, nel commentare la allora recentemente emanata *Ley de contrato de trabajo* del 1944, l'A. individua nell'art. 3 della stessa, che introduceva nell'ordinamento la presunzione di esistenza del contratto di lavoro, la conferma inequivocabile dell'accogliemnto da parte del Legislatore di una concezione chiaramente contrattualista del rapporto di lavoro (pp. 74 e ss.). Si veda pure, per posizioni in parte assimilabili, NIKISCH A., *La incorporación y su significación para el Derecho del Trabajo*, RPS, 1961, pp. 18 e ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ F., *El origen contractual de la ...*, op. cit., spec. pp. 83 e ss.

²⁰³ Per altro, più coerente con la strutturazione stessa del lavoro subordinato. Scrive a tal proposito, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano ...*, op. cit., p. 423, “Non sempre dunque, nella varietà delle ipotesi in cui si concreta il fenomeno del lavoro subordinato, ricorre l'elemento dell'organizzazione di lavoro” (lavoro a domicilio, lavoro domestico, lavoro di portierato, etc.); “non sempre cioè il rapporto di lavoro assume il profilo di un rapporto organizzativo o, in altri termini, istituzionale, mentre a tutte è comune l'elemento originario dello scambio di lavoro contro mercede”.

²⁰⁴ “Ad una formale subordinazione pubblicistica dell'impresa nei confronti dello Stato, che rifletteva un mistificante disegno di economia controllata, corrispondeva, sul piano privatistico endoaziendale, il riconoscimento della più ampia libertà di azione dell'imprenditore”. LISO F., *La mobilità del lavoro...*, op. cit., p. 15. Al datore di lavoro veniva riconosciuto, oltre ad una pressoché illimitata libertà di recesso, il potere di variare *in pejus* le mansioni di assunzione del lavoratore (art. 2103 c.c.), di sanzionarlo disciplinarmente con l'unico generico e indeterminato limite della proporzionalità della sanzione “alla gravità dell'infrazione” (art. 2106 c.c.). L'obbligo di diligenza del lavoratore superava i limiti del contratto, potendo valutarsi la correttezza del comportamento solutorio del prestatore di lavoro avendo riguardo (anche) all'interesse oggettivo dell'impresa (art. 2104 c.c.). MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003 p. 27, il quale scrive “Il compromesso tra ideologia liberale e corporativa si svolge in effetti su questo minimo comun

Prima di affrontare il discorso sul dibattito post-corporativo in materia di contratto e di rapporto di lavoro, sembra opportuno spendere qualche parola sul profondo rinnovamento culturale e giuridico indotto dalla promulgazione nel 1948 della Costituzione repubblicana.

V. – Il “lavoro” nel modello di società proposto dalla Costituzione.

L’analisi delle innovazioni introdotte nel sistema dalla Costituzione repubblicana del 1948 può essere condotta, ovviamente, da una pluralità di prospettive diverse. Senz’altro, la sua elaborazione fu connotata dall’esigenza di dare risposta ad un duplice ordine di esigenze: la necessità di un generale rinnovamento del sistema giuridico e istituzionale capace di rappresentare, sostenere e promuovere il mutato quadro culturale di riferimento ed il rinnovamento dei valori fondanti il nuovo ordine democratico pacificato e di esprimere, anche giuridicamente, la contrapposizione con il sistema precedente. La Costituzione repubblicana, dunque, rappresenta al tempo stesso la reazione al sistema totalitario ed antidemocratico fascista (ma anche a quello strettamente liberale ottocentesco) e la volontà di una rifondazione della società che adesso si vuole democratica²⁰⁵, solidale e plurale.

La centralità che il lavoro ha acquisito nella società viene raccolta dalla Costituzione – che dichiara espressamente di volersi fondare proprio su di esso (art. 1)²⁰⁶ -. Il lavoro diventa – nel progetto costituzionale - titolo e porta d’accesso ad una nuova cittadinanza

denominatore: il riconoscimento della supremazia dell’imprenditore e del fondamento gerarchico dell’attività di lavoro nell’impresa”. Per un commento all’impostazione del Codice del 1942, SCOGNAMIGLIO R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1235 e ss. Più recentemente, CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, WP C.S.D.E.L. “Massimo D’Antona”, n. 2007, n. 54, spec. pp. 10 e ss. disponibile sul sito internet www.uncit.it. Sulla funzionalizzazione agli interessi dell’impresa del tempo di vita e di lavoro del lavoratore, GAETA L., *Tempo di non-lavoro e corporativismi in Italia e in Germania*, in VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi ...*, op. cit. pp. 255 e ss.

²⁰⁵ Principio democratico viene efficacemente riassunto nell’art. 1 Cost. nel quale esso si esprime e trova attuazione attraverso l’attribuzione della sovranità al popolo. Analogamente anche l’articolo di apertura della Costituzione spagnola (CE): “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho ... la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado...”

²⁰⁶ Scrive a tal proposito SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella normativa costituzionale*, ora in ID, *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996, II, p. 835, “la lettera e la ratio della norma denotano con sufficiente evidenza come si sia voluto a suo mezzo determinare, non solo la forma dello Stato repubblicano, ma anche la sua sostanza e con essa il dato principale di ogni suo valore e fine”.

qualificata socialmente. Riconosciuto come diritto²⁰⁷, la sua tutela e garanzia effettiva da parte dello Stato - tanto nella sua dimensione individuale, quanto in quella collettiva - (art. 4)²⁰⁸ e la sua protezione in tutte le forme e applicazione (art. 35) si giustificano ora soprattutto in ragione del fatto che viene considerato strumento principale di espressione e di pieno sviluppo della persona, e per suo tramite, dell'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2). Si assume insomma che l'effettiva realizzazione del principio democratico costituzionalmente sancito debba passare e passi necessariamente anche dal riconoscimento del valore e della garanzia del (diritto al) lavoro a tutti i *cittadini*²⁰⁹.

Ma la centralità del lavoro si spiega anche in ragione del fatto che si tratta di un valore ritenuto essenziale non solo in relazione con la promessa della garanzia di una "vita libera (anche dal bisogno)²¹⁰ e dignitosa" (artt. 36 e 38) del singolo individualmente considerato, bensì anche del "progresso materiale e spirituale della società" nel suo

²⁰⁷ In contrapposizione, cioè, all'impostazione liberale che, considerandolo quale mera *libertà*, lo aveva tutelato in via meramente negativa, senza perciò compromettere i poteri pubblici anche ad una tutela più propriamente positiva e promozionale. Scrivono a tal proposito i giudici della Corte di Cassazione italiana nella sentenza 12 ottobre 1978, n. 4577, "Il lavoro è dal legislatore costituente considerato non soltanto come fondamento dello Stato (art. 1, comma 1), ma anche come diritto soggettivo dei singoli (art. 4, comma 1), tale da essere mezzo di sviluppo della persona e ne è stata pertanto sancita una protezione privilegiata ... Da ciò consegue la legittimità costituzionale di ogni intervento che il legislatore operi sull'autonomia negoziale per far sì che il diritto al lavoro sia reso effettivo e che le modalità del suo svolgimento e la sua remunerazione siano adeguatamente tutelate".

²⁰⁸ Il diritto al lavoro è riconosciuto nella Costituzione spagnola all'art. 35, comma 1: "Todos los españoles tienen ... el derecho al trabajo". Per la duplice prospettiva - individuale e collettiva - del riconoscimento del diritto si veda la STC 2 luglio 1981, n. 22.

²⁰⁹ Nonostante la Costituzione ponga come presupposto e fine ultimo dell'intervento normativo quello della centralità e della pari dignità sociale di ogni *persona*, molti dei diritti fondamentali in essa proclamati si costruiscono sulla categoria assai più restrittiva di *cittadino*. La conseguenza è evidentemente quella di una diversa modulazione del riconoscimento di quegli stessi diritti quando si tratti di "non-cittadini" (fatta salva ovviamente la disciplina in materia di libertà di circolazione dei cittadini dell'UE). Sul punto, MOLINA NAVARRETE C., MONEREO PÉREZ J. L., *Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»*, Rev. Rel. Lab., 2003, n. 8, pp. 99 e ss.; BAYLOS GRAU A., *Inconstitucionalidad de la Ley de Extranjería del PP: la libertad sindical de los extranjeros*, disponibile sul sito internet: www.fundacionsindicaldeestudios.org. Più in generale, anche OLIVAS E., *Desordenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO J., OLIVAS E., ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE A. (coord.), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dikynson, Madrid, 2007, pp. 477 e ss. Si consenta pure il rinvio a CASTELLI N., *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, LD, 2003, pp. 289 e ss.

²¹⁰ APARICIO J., *La seguridad social en la Constitución*, in SEMPERE NAVARRO A. V. (dir.), *El modelo social en la Constitución Española*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 787 e ss.

complesso²¹¹ ed, in questo senso, acquista anche la connotazione di un “dovere” sociale (art. 4, comma 2) che si affianca a quelli “inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” di cui all’art. 2.

D’altra parte, il riconoscimento della *pari dignità sociale* di ogni essere umano che diventa “valore di fine in sé”²¹², se in negativo impedisce di collocare diversamente il cittadino-lavoratore in ragione delle condizioni sociali ed economiche di appartenenza (art. 3, comma 1²¹³), importa anche, in positivo, il riconoscimento e la garanzia di un complesso di *diritti fondamentali* - “i diritti inviolabili” di cui parla l’art. 2 -, attribuiti al lavoratore in primo luogo nella sua qualità di persona²¹⁴, “sia come singolo (artt. 4 e 13 e ss.)²¹⁵, sia - in nome dell’istanza pluralistica recepita dal Costituente - nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (artt. 19, 20 e 29). Tali diritti fondamentali, per così dire universali, si specificano poi in relazione anche alla qualità di lavoratore della persona (artt. 35, 36, 37, 38, comma 2 e artt. 39, 40, 46).

L’impronta, dal sapore giusnaturalistico, della solenne, generale ma astratta dichiarazione di diritti riconosciuti al soggetto in quanto persona ed in quanto lavoratore²¹⁶ sembra in qualche modo sanzionare

²¹¹ “Come già spiegava Mortati, il nesso tra l’art. 2 e l’art. 4 Cost. si coglie anche nel parallelismo della loro struttura: alla correlazione, posta dal primo dei due articoli «fra diritti individuali e doveri di solidarietà» fa riscontro, nel secondo, la posizione, prima del diritto (comma 1) e poi del dovere di lavoro (comma 2), secondo un’esigenza che è, del resto, intrinseca alla stessa concezione del lavoro inteso come valore sociale – oltre che come valore personale – fondamentale”. ALAIMO A., *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto “aperto” e “multilivello”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 60/2008, disponibile sul sito internet www.unict.it.

²¹² MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione ...*, op. cit., p. 7.

²¹³ Analogamente art. 10 Costituzione spagnola. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²¹⁴ Si tratta di quei diritti che la dottrina spagnola qualifica come “no laborales” o “inespecíficos” (PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del trabajo ...*, op. cit., pp. 104 e ss.) e che, se facenti parte di quelli ricompresi nella Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero CE, godono di una tutela qualificata al poter essere fatti oggetto di un ricorso individuale al Tribunal Constitucional (“recurso de amparo”) che ne assicura il riconoscimento nell’ambito di una relazione interprivata. Sul punto DEL REY GUANTER S., *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, in ALARCÓN CARACUEL M. R. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 31 e ss.

²¹⁵ Sul punto si rinvia a SANTONI F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

²¹⁶ Ma secondo altra visione si tratterebbe di “enunciazioni esplicitate di proposizioni precettive della costituzione materiale”. GIANNINI M. S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, Pol. Dir., 1971, p. 459. Per l’ispirazione giusnaturalistica che

l'assoluta preminenza che si intende assegnare a tali valori nel modello di società delineato dalla Costituzione, senza per altro negare la necessità di una loro concreta ed effettiva rilevanza nell'organizzazione sociale ed economica materiale del Paese. Nell'ammettere l'esistenza di "ostacoli di ordine economico e sociale che limita[no] in fatto la libertà e l'uguaglianza di tutti i cittadini", l'art. 3, comma 2 da un lato, riconosce che quello proposto dalla Costituzione è ancora soltanto un progetto tutto da realizzare, mentre dall'altro ingenera la presunzione dell'esistenza di una disparità di fatto tra le parti del rapporto di lavoro; disparità ritenuta all'origine non solo della *difficoltosa* espressione dell'autonomia individuale del lavoratore nella relazione che lo lega al creditore di lavoro, ma anche e soprattutto della potenziale esclusione di un gruppo fondamentale di cittadini dalla partecipazione alla direzione della vita nazionale²¹⁷. La norma fondamentale denuncia così, esplicitamente, l'insufficienza della garanzia meramente formale dell'uguaglianza a fronte di meccanismi di potere privato, diretta conseguenza dell'assetto del sistema di produzione (capitalistico), e assegna alla Repubblica il compito di operare in funzione della realizzazione di un'uguaglianza e di una democrazia non solo formale (art. 3, comma 2)²¹⁸.

Accanto alla sfera di mercato – comunque ri-legittimata costituzionalmente (artt. 41 e ss.) -, si affianca allora una sfera "demercantilizzata", definita e garantita dalle nuove funzioni dello Stato (sociale)²¹⁹ e funzionale al benessere generale che, tuttavia, può svilupparsi entro i rigorosi limiti di compatibilità con le esigenze fondamentali dell'accettazione di un'economia di mercato²²⁰. Il

informerebbe anche la Costituzione spagnola del 1978, ROJA RIVERO G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 18-19.

²¹⁷ Per cui, si è scritto "l'intervento legislativo dovrebbe operare, prima ancora che sul piano della tutela del contraente debole (...), verso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che sono appunto causa fondamentale della constatata situazione di disuguaglianza". SMURAGLIA C., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 71.

²¹⁸ GALGANO F., *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 58-1. Analogamente, l'art. 9, comma 2 Costituzione spagnola (CE): "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultura y social".

²¹⁹ Sulla formazione del concetto di Stato Sociale, vedi, RITTER A., *El estrado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, MTSS, Madrid, 1991, pp. 15-46. (trad. italiana, *Storia dello stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1996).

²²⁰ La tensione tra necessità di realizzare un contemperamento fra gli interessi di un'economia di mercato, pur riconfermata a livello costituzionale, e le esigenze di protezione della sicurezza, libertà e della dignità della persona che lavora, informa di sé tutto l'impianto costituzionale e giustifica, in funzione del principio di solidarietà, l'intervento dello Stato (demercantilizzatore) nell'economia. Tale dialettica è immediatamente percepibile, in primo luogo, nell'art. 36 che collega il calcolo della *giusta* retribuzione, non solo ai meccanismi di mercato, ma anche ai nuovi valori sociali

compromesso (socialdemocratico) è dunque sintetizzabile come uno scambio politico tra accettazione del sistema di produzione capitalistico (o meglio, rinuncia materiale al sovvertimento dei rapporti di produzione) e garanzia (da parte dello Stato) di sviluppo e benessere sociale (redistribuzione della ricchezza e difesa e promozione dell'occupazione) – di riconoscimento di uno status di cittadinanza (sociale)²²¹.

È la concretizzazione dell'idea di Stato sociale di diritto²²² che si ripercuote sul modo di intendere il diritto, non solo quello del lavoro e della sicurezza sociale; un diritto la cui funzione sociale non è tanto quella di “comporre” il conflitto, bensì quella di rappresentarlo e di incorporarlo al proprio interno. Un diritto, insomma, che prende atto delle disuguaglianze e delle diverse posizioni di forza nella società e nell'economia; che non è più la rappresentazione di un ordine generale e astratto, uguale per tutti che si limita ad approntare gli strumenti giuridici indispensabili alle (ordinate) relazioni tra i singoli individui, intesi come soggetti autonomi e sovrani, titolari di diritti assoluti. Non è più nemmeno un diritto volto a rappresentare l'interesse generale e astratto dello Stato che s'impone su quello dei singoli, bensì un diritto dello Stato/società, frutto della combinazione di interessi diversi e spesso confliggenti; esso dunque svolge una indispensabile opera di regolazione, mediazione e redistribuzione²²³. L'interesse generale non è più determinato a priori; diventa una meta: il mantenimento dell'interazione della solidarietà²²⁴.

espressi dalla norma fondamentale. La retribuzione giusta diventa allora quella non solo proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, ma anche in sé “sufficiente” in relazione alle esigenze di una vita libera e dignitosa. Sul punto, TREU T., *Commento all'art. 36 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, pp. 72 e ss.

²²¹ Sul punto, ACCORNERO A., *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, LD, 1996, pp. 725 e ss.

²²² Formula espressamente utilizzata nell'art. 1, comma 1 della Costituzione spagnola del 1978: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. BAYLOS A., *Il riconoscimento costituzionale del Diritto al lavoro nell'ordinamento spagnolo*, DLM, 2004, n. 3, pp. 497 e ss.

²²³ Esso dette luogo alla cosiddetta “società della sicurezza”, incentrata sul valore del lavoro quale porta di accesso ad una “cittadinanza sociale”, garantita attraverso l'assunzione da parte dello Stato (e in generale delle istituzioni pubbliche) del compito di assicurare un complesso di diritti non solo civili e politici, ma anche sociali ed economici, rimediando alle esternalità (in termini di costi sociali e disfunzioni operative) prodotte dal mercato. ALONSO L. E., *Trabajo y cohesión social*, Documento de trabajo, Escuela de Formación Sindical, CC.OO., Madrid 28-30 Giugno 2004. “La socialdemocracia cae de este modo en el error, denunciado por Marx, de creer que los problemas del reparto de la riqueza pueden resolverse sin cuestionar las distintas posiciones en el proceso productivo. La confusión es, por tanto, total”, MEDA D., *El trabajo. Un valor ...*, op. cit., pp. 108-109.

²²⁴ EWALD F., *Concepto del derecho social*, Contextos, n. 1, 1997, p. 101.

Il pluralismo al quale si vuole ispirato il progetto di società delineato dalla Costituzione si manifesta anche nel riconoscimento della funzione centrale che svolge l'azione (anche conflittuale) e l'organizzazione sul piano collettivo dei lavoratori, quale motore fondamentale della trasformazione in senso democratico e sociale dello Stato e della società²²⁵. Non solo dunque si riconosce costituzionalmente la libertà sindacale - intesa come libertà di costituzione, organizzazione, azione e adesione alle organizzazioni di rappresentanza degli interessi collettivi (art. 39); si assicura pure il diritto a pratiche conflittuali, tra le quali *in primis* lo sciopero (art. 40)²²⁶. L'una e le altre considerate quali strumenti che, insieme all'azione svolta dai pubblici poteri, contribuiscono sia al necessario riequilibrio delle posizioni di potere e soggezione che si determinano nel mercato (del lavoro) in conseguenza del mantenimento dell'appropriazione e della gestione (anche) privata dei mezzi di produzione, sia alla realizzazione ed al consolidamento delle dinamiche democratiche e di partecipazione. Il momento collettivo, insomma, non solo rappresenta uno degli strumenti fondamentali per la realizzazione di un'uguaglianza non meramente formale tra tutti i cittadini, nonché di una strutturazione economica del Paese equa ed efficiente, ma contribuisce, nel disegno costituzionale, alla dinamizzazione democratica della società e dello Stato.

Il riconoscimento della rilevanza costituzionale dello stesso, esprime poi inevitabilmente, oltre al radicale rifiuto verso il sistema autoritario e accentratore precedente, anche l'opzione "operata in favore di quello che potremmo definire «paradigma sindacale» dell'offerta di lavoro, socialmente preferibile, nella prospettiva adottata dai costituenti, alla libera concorrenza dei lavoratori in quanto singoli"²²⁷.

Queste sintetiche osservazioni sono già sufficienti per sottolineare la speciale rilevanza costituzionale assegnata al diritto del lavoro, inteso quale disciplina funzionale alla giuridificazione del conflitto sociale fondamentale insito nella conformazione in senso capitalistico dell'economia e della società e al perseguimento di quell'uguaglianza

²²⁵ In tal senso, anche per la Costituzione spagnola, PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del trabajo*, Ramon Areces, Madrid, 2005, pp. 95 e ss.

²²⁶ SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella normativa costituzionale ...*, op. cit., pp. 900 e ss. Sul riconoscimento costituzionale della libertà sindacale e di azione sindacale nell'impresa nel sistema spagnolo, BAYLOS GRAU A., *Sindacalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.; SALA FRANCO T., *La libertad sindical y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, e DURÁN LÓPEZ F., CARMEN SÁEZ L., *Libertad sindical y acción sindical en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, entrambi in ALARCÓN CARACUEL M. R. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, rispettivamente pp. 31 e ss. e pp. 123 e ss.; RIVERO LAMAS J., *Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución*, RMTAS, 1998, n. 13, pp. 157 e ss.

²²⁷ ALES E., *Paradigmi giuridici dell'offerta ...*, op. cit., pp. 250 e ss.

sostanziale promessa nella Costituzione²²⁸, anche in funzione della realizzazione di quelle condizioni che rendano effettivo il diritto alla partecipazione democratica alla vita sociale, economica e politica del Paese.

V. 1. – Diritti fondamentali, libertà d’impresa e ripercussioni sulla configurazione giuridica del contratto di lavoro post-costituzionale.

V. 1. 1. – La difficile penetrazione dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro: accenni.

La centralità del valore della persona (art. 3, comma 1), in quanto tale titolare di diritti inalienabili ed inviolabili (art. 2), e del lavoro (artt. 4, 35), quale fattore di legittimazione, porta d’accesso alla nuova cittadinanza sociale, solidale e democratica, nonché l’importanza fondamentale del perseguimento di quelle condizioni che, realizzando la piena ed effettiva libertà ed uguaglianza di tutti i cittadini, consentano l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2), costituiscono dunque i nuovi valori di riferimento del modello di società delineato dalla Costituzione. In quanto tali, questi valori imponevano la necessità di un conseguente e coerente adeguamento dell’ordinamento giuridico vigente al loro rispetto. Più in generale, la Costituzione obbligava a riorganizzare l’intero sistema giuridico alla luce del complesso di valori che ha assunto a parametro della propria legittimazione.

Per quanto riguarda più specificatamente il rapporto di lavoro, due furono stanzialmente i principali problemi di ordine sistematico-interpretativo che si presentarono agli interpreti ed agli operatori giuridici a seguito dell’approvazione del testo costituzionale. In questo paragrafo si accennerà al primo di essi.

Una delle questioni di fondamentale importanza era quella di chiarire la capacità e l’intensità di penetrazione nel sistema giuridico di quei principi e di quelle norme che la Costituzione riferiva, più o meno direttamente, più o meno esplicitamente, al lavoro. A parte le

²²⁸ CARINCI F., DE LUCA TAMAJÓ R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2003, p. 7. GHERA E., *Diritto del lavoro...*, op. cit., p. 17. Per il sistema spagnolo si veda la STC 25 gennaio 1983, n. 3 richiamata da ALARCÓN CARACUEL M. R., *Estado social y derecho del trabajo*, in ID. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo...*, op. cit., p. 23, nella quale la Corte Costituzionale spagnola, definendo il diritto del lavoro “como un ordenamiento compensador y igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales”, afferma la sostanziale rilevanza costituzionale dello stesso in quanto considerato strumento per la realizzazione dello Stato democratico e sociale di diritto di cui all’art. 1, comma 1 della stessa CE.

problematiche derivanti dall'uso non sempre univoco di tale locuzione che dunque assume nella Costituzione significati a volte più ampi a volte più ristretti²²⁹, si trattava di verificare la possibilità di affermare una loro efficacia *diretta* (ovvero anche a prescindere dalle concreta attuazione da parte del Legislatore) e *orizzontale* (ovvero non solo nei rapporti Stato-cittadino ma anche in quelli interprivati)²³⁰, onde assicurare loro immediata operatività funzionale alla piena realizzazione del progetto di trasformazione politica, sociale ed economica proposto dalla Costituzione. Per quanto riguarda più specificatamente la regolazione giuridica del lavoro, si trattava di verificare in che senso e con quale intensità le norme costituzionali erano destinate a ripercuotersi sulla conformazione ed i contenuti della regolazione del contratto/rapporto di lavoro²³¹.

Più che un esame esaustivo della complessa e sempre mobile vicenda della penetrazione dei diritti costituzionali nel rapporto di lavoro, si intende qui più semplicemente abbozzare le problematiche che si presentarono all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione e come la "soluzione" che si tentò in quel momento contribuì ad influenzare e fu a sua volta influenzata dal contesto nella quale si iscrisse. In particolare, nonostante una certa polivalenza di significati derivante dalla formulazione delle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali, prevalse un'interpretazione sostanzialmente restrittiva della loro capacità di conformazione del rapporto di lavoro. L'affermazione di una natura meramente *programmatica* (o, comunque, non immediatamente precettiva) di molte disposizioni a contenuto *latu sensu* lavoristico, condusse a volte fino alla negazione della loro stessa giuridicità²³². Mentre il ritardo nella "messa in moto" della Corte Costituzionale (costituitasi solo nel 1956) – organo istituzionalmente deputato al controllo della costituzionalità del sistema – certo non aiutò, i tentativi (dottrinali)²³³ di rileggere la legislazione vigente alla luce dei

²²⁹ Sul punto, SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella normativa costituzionale ...*, op. cit., pp. 832 e ss.; MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione ...*, op. cit., pp. 15 e ss. il quale ultimo tende invece ad identificare la disciplina costituzionale con il lavoro subordinato.

²³⁰ Sul punto, RAMM T., *Diritti fondamentali e diritto del lavoro*, DLRI, 1991, pp. 359 e ss.

²³¹ Parla a tal proposito di "recomposición constitucional del contrato de trabajo", DEL REY GUANTER S., *Contrato de trabajo y derechos fundamentales...*, op. cit., p. 32.

²³² Per un'aspra critica di tali impostazioni, NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata ...*, op. cit., spec. Cap. I, pp. 19 e ss.

²³³ SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema di diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958. NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata ...*, op. cit. MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione ...*, op. cit., Scrive a tal proposito CAZZETTA G., *Una storia spezzata. "Il lavoro nella Costituzione" di Costantino Mortati cinquant'anni dopo*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e ...*, op. cit. pp. 191 e ss. "Segnate com'erano dalla necessità di affermare una collocazione pubblicistica della disciplina, le pagine di Mortati sapevano, a torto o a ragione, di continuità con il corporativismo ... dimenticavano che la ricerca di uno spazio di libertà rappresentava il valore essenziale

nuovi valori costituzionali furono infatti sostanzialmente marginalizzati²³⁴.

In sintesi, se le norme costituzionali che non avessero un contenuto direttamente precettivo in non poche occasioni vennero – almeno in dottrina - relegate a conformare unicamente i rapporti tra Stato e Legislatore (nel senso che la loro concreta operatività anche a livello giurisprudenziale fu sospesa in attesa dell’attuazione/concretizzazione legislativa), la rilevanza dei diritti sociali fondamentali del cittadino-lavoratore fu spesso circoscritta unicamente ai rapporti Stato-cittadino: si negò in altri termini la piena e diretta operatività di tali diritti nei rapporti interprivati in mancanza di una loro concretizzazione ad opera del Legislatore²³⁵, sul presupposto di una sorta di “minorità dei diritti sociali”²³⁶.

cui far riferimento ... La prospettiva pubblicistica, puntando tutto sulle promesse di riscatto sociale scritte nella Costituzione (e idoleggiando lo Stato, la sua giurisdizione, la sua legge), inseguiva probabilmente un sogno e trascurava l’Italia qual’era; la via privatistica, al contrario, era caratterizzata da un pragmatismo sano (che la spinse a guardare in basso e a misurare le sue prospettive con la prassi) anche se un po’ assolutistica (mirò ad «evitare i contagi con il diritto pubblico; anche a costo di delegittimare la Costituzione repubblicana»).

²³⁴ Scrive a proposito del diritto post-costituzionale ROMAGNOLI U., *Costantino Mortati ...*, op. cit., p. 113: “Mai infatti le sue [del diritto del lavoro] stagioni evolutive si sono manifestate ai comuni mortali con gli effetti dirompenti di una rottura epocale concentrata in un solo evento. Nemmeno un evento qualificato come una costituzione piena di promesse di riscatto sociale avrebbe potuto segnare l’anno-zero del diritto del lavoro. La sua costante storica è, piuttosto, la micro-discontinuità, specialmente per quanto attiene alle situazioni giuridiche soggettive del lavoratore come individuo che i contemporanei designano in termini di diritti inviolabili di libertà”.

²³⁵ Esemplificativa è la vicenda collegata al riconoscimento del diritto al lavoro come diritto a struttura c.d. prestazionale e dunque in definitiva come diritto senza garanzia (sul punto, criticamente, BAYLOS GRAU A., *El derecho al trabajo como derecho constitucional*, CDJ, 2003, pp. 15 e ss.) ovvero quella del mancato riconoscimento di efficacia orizzontale al principio di uguaglianza (sul punto, SANTUCCI R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino, 1997; TREMOLADA M., *Autonomia privata e parità di trattamento*, Cedam, Padova, 2000). Si veda per una reinterpretazione del diritto al lavoro anche alla luce della normativa comunitaria, ALAIMO A., *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e ...*, op. cit. e BALLESTRERO M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 55/2007, disponibile sul sito internet www.unict.it. Particolarmente severo il giudizio espresso da ROMAGNOLI U., *L’amarcord del diritto ...*, op. cit., p. 421, “Il diritto del lavoro del dopo-Costituzione è mancato all’appuntamento coi momenti importanti di svolta possibile, e preferendo rimanere arroccato nella difesa del suo querulo passato fatto di una singolare mistura di aggressività e acquiescenza, non si è impadronito del ruolo di fattore di spinta verso la «nuova economia di domani». Anche per questo è cresciuto il numero dei giuristi pentiti: pentiti di non aver previsto che un diritto del lavoro che concede tutto alla fine non concede nulla”. È opportuno segnalare, tuttavia, come, rispetto alla posizione di una certa intransigenza espressa dalla dottrina maggioritaria, la giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana abbia assunto posizione assai più “progressista”. Fin dalla prima sentenza (n. 1/1956) la Corte ha infatti chiarito che anche le disposizione a contenuto più propriamente programmatico costituiscono parametri di costituzionalità.

Si spiega così in gran parte perché fu solo con lo Statuto dei Lavoratori del 1970 che il riconoscimento costituzionale dei diritti della persona del lavoratore incominciò a diventare effettivo e perché la legislazione lavoristica post-costituzionale fu poco o niente ispirata al mutato panorama giuridico e culturale²³⁷. Ma su questo punto si ritornerà in seguito.

Nel contesto del sostanziale astensionismo legislativo che caratterizzò l'Italia degli anni '50, mentre la penetrazione dei nuovi valori costituzionali nella disciplina lavoristica fu presto un compito che

Per un esame di 50 anni di giurisprudenza costituzionale, si rinvia a PERSIANI M., *Conflitto industriale e conflitto generazionale*, disponibile sul sito www.cortecostituzionale.it. Per la posizione della dottrina e della giurisprudenza spagnola si rinvia all'analisi condotta da VALDÉS DAL-RÉ F., *I poteri dell'imprenditore e la persona del lavoratore*, DLRI, 1991, pp. 61 e ss. che tuttavia specifica che, a parte il ruolo centrale che ha svolto il Tribunal Constitucional spagnolo nella protezione dei diritti fondamentali anche nel contesto del rapporto di lavoro, la giurisprudenza ordinaria non si è posta il problema dell'efficacia di tali diritti nei rapporti interprivati, offrendo soluzioni non sempre univoche circa la rilevanza degli stessi. In particolare, secondo questo A., "i giudici del lavoro sono stati più sensibili alla configurazione dei diritti fondamentali come limite all'esercizio del potere disciplinare che come limite all'esercizio del potere direttivo" (p. 64). Si veda pure, dello stesso Autore, *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, RL, 2003, n. 22, pp. 1 e ss. nel quale si mette in evidenza come, paradossalmente, invece che ad una *costituzionalizzazione del contratto di lavoro*, si sia assistito spesso ad una *contrattualizzazione dei diritti fondamentali* intesa nel senso di una "«interiorización» de los derechos fundamentales dentro de los esquemas contractuales, de modo que son éstos los que conforman y limitan el ejercicio de aquéllos en el ámbito de la relación laboral" (p. 7). Nello stesso senso, anche GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo ...*, op. cit., pp. 45 e ss. si veda pure, CASAS BAAMONDE M. E., *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o del proporcionalidad?) y principio de buena fe*, RL, 2004, n. 12, pp. 1 e ss. Si vedano anche le sentenze TC 20 dicembre 1982, n. 78; 19 giugno 1985, n. 88; 17 giugno 1987, n. 104; 21 gennaio 1988, n. 6; 10 ottobre 1988, n. 177 che, tra le altre, riconoscono l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, nonché la sentenza 10 maggio 1989, n. 84 che sancì l'efficacia diretta delle norme costituzionali anche in mancanza di attuazione legislativa. Occorre infine menzionare l'art. 53, comma 1 il quale espressamente assegna "solo" alla legge il compito di regolare l'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute nel Capítulo Segundo, pur nel necessario rispetto del loro contenuto essenziale.

²³⁶ LO FARO A., ANDRONICO A., *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, DLRI, 2005, pp. 514 e ss. Per una critica articolata alle impostazioni che tendono a assegnare ai diritti sociali una rilevanza o un'esigibilità condizionata, si veda l'interessante opera di PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

²³⁷ In tal senso, MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro ...*, op. cit., pp. 31 e ss. che sottolinea come solo gli artt. 36 (in materia di retribuzione proporzionata e sufficiente grazie al quale si è resa possibile l'interpretazione che estende i minimi di trattamento retributivo sanciti nel contratto collettivo di diritto comune a tutti i lavoratori) e 37 (in materia di tutela del lavoro delle donne che servì per impedire l'inserimento di clausole contrattuali che prevedessero regimi retributivi diversificati tra lavoratori e lavoratrici).

si assunse una magistratura creativa e combattiva²³⁸, la realizzazione di quell'uguaglianza non meramente formale promessa dalla Costituzione fu compito svolto in gran misura dalle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori attraverso la costruzione di meccanismi di contro-potere collettivo volti a compensare quella disparità di potere operante sul piano individuale²³⁹.

V. 2. – “Finalizzazione” della libertà di impresa a scopi sociali *versus* modello europeo: accenni.

L'altra questione fondamentale che chiedeva pronta soluzione onde poter inquadrare il fenomeno del lavoro subordinato nell'ambito dei principi espressi dal testo costituzionale consisteva nel verificare in che misura i valori sociali e di solidarietà economica in esso espressi dovessero condizionare il riconoscimento e la garanzia dell'autonomia privata.

La mancata adesione dell'Assemblea Costituente alla concezione liberale di un mercato autoregolato e *naturalmente* orientato all'allocazione ottimale delle risorse (con conseguente necessità dell'assunzione da parte del diritto - e con esso dello Stato - del compito di assicurare quelle condizioni che consentano la compiuta realizzazione dello Stato di diritto in senso sostanziale) ed il riconoscimento di situazioni di uguaglianza minacciate quando non anche compromesse dall'organizzazione in senso capitalistico dell'economia, spinsero a sancire costituzionalmente la necessità di un equo temperamento tra

²³⁸ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di rapporto di lavoro, DE LUCA TAMAJO R., *Tecniche e politiche della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto di lavoro*, ADL, 2007, n. 4-5, pp. 857 e ss. Per un esame invece della giurisprudenza di legittimità, BALLETTI B., *Lineamenti della giurisprudenza di legittimità sul rapporto di lavoro*, RGL, 2006, n. 3, pp. 337 e ss. Sulla svolta sperimentata nel corso degli anni '60, anche, BARCELLONA P., *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1973, 2 vol.

²³⁹ In tal senso, DE MARINIS N., *Né privato, né pubblico. Il modello costituzionale del “pluralismo istituzionale*, in GAETA L., (a cura di), *Costantino Mortati*, op. cit., pp. 201 e ss. ma anche LOFFREDO A., *La Costituzione, il cittadino, il lavoratore: un modello da (ri)progettare*, in GAETA L., (a cura di), *Costantino Mortati*, op. cit., pp. 207 e ss. Sulla scarsa incidenza della contrattazione collettiva spagnola negli anni immediatamente successivi alla proclamazione della Costituzione del 1978 nella costruzione di nuovi ed ulteriori limiti ai poteri imprenditoriali funzionali alla tutela di quei diritti fondamentali pur riconosciuti a livello costituzionale, VALDÉS DAL-RÉ F., *I poteri dell'imprenditore e*, op. cit., pp. 57 e ss. che rintraccia le cause della stessa da un lato, nelle prassi concertative di quegli stessi anni (“La concertazione sociale – positiva, a mio giudizio, per molte ragioni – ha però creato negli agenti sindacali una prassi negoziale poco creativa, monotona e ripetitiva che continua ancor'oggi”) e dall'altro, alla debolezza contrattuale delle organizzazioni sindacali stesse.

valori e meccanismi mercantilistici ed egoistico-utilitaristici che presiedono al governo dell'impresa e della proprietà privata, con quelli solidaristici e personalistici posti a fondamento dell'intero sistema costituzionale. Da qui lo stretto collegamento esistente tra artt. 2 e 3 e art. 41 Cost.

Coerentemente al mantenimento di una visione sostanzialmente dirigistica dell'intervento dello Stato in economia, non solo l'autonomia privata non ricevette specifica attenzione nella Costituzione - con la conseguenza di ritenere che la stessa "fruisce soltanto una tutela costituzionale indiretta, in quanto strumento della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà"²⁴⁰ -, ma queste ultime furono riconosciute entro i limiti in cui il loro esercizio e il loro godimento non si svolgesse "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno" a quei diritti fondamentali sintetizzati nella formula della "sicurezza", "libertà" e "dignità umana" (art. 41, comma 2) ed anche e soprattutto subordinatamente all'attribuzione agli organi pubblici di un potere di controllo e programmazione funzionale al loro coordinamento ed indirizzo "a fini sociali" (art. 41, comma 3 e 42, comma 2)²⁴¹.

²⁴⁰ In tal senso, MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in Banca-Borsa, tit. cred., 1997, I, pp. 2 e ss. Esclude la possibilità di ricondurre la tutela della libertà contrattuale all'art. 2 Cost. ALPA G., *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, RCDP, 1995, p. 45. Si rinvia, sul punto, al dibattito raccolto nel volume AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi della dogmatica e riforme legislative*. Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1989, Cedam, Padova, 1991.

²⁴¹ Il riconoscimento della libertà d'impresa nella Costituzione spagnola (art. 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación") sembra molto meno influenzato dall'esigenza, fortemente avvertita invece dal Costituente italiano, di una sua programmazione e finalizzazione/funzionalizzazione a fini sociali. Il carattere sociale dell'economia che questa deve rispettare si deduce invece dal complesso di disposizioni in tal senso disperse nel testo costituzionale (art. 1, 9, 33, 40, 47, 128). Ricompresa nella Sección Segunda del Capítulo Segundo intitolata "De los derechos y deberes de los ciudadanos", la sua qualificazione come diritto fondamentale non è pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza spagnola (anche in ragione del fatto che non partecipa di quella garanzia qualificata che l'art. 53, comma 2 CE riserva ai soli diritti della Sección Primera - e al principio di uguaglianza e non discriminazione dell'art. 14 - consistente essenzialmente nella possibilità di un ricorso individuale direttamente alla Corte Costituzionale in tutti i casi di loro violazione da parte dei poteri pubblici). Sul punto si rinvia alla ricostruzione del dibattito in materia condotta da, SANTOS FERNÁNDEZ M. D., *El contrato como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 136 e ss. Sul sistema (spagnolo) di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali, VALDÉS DAL-RÈ F., *La protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional laboral*, RL, 1987, n. 4, pp. 24 e ss. Per un'appassionata difesa della libertà di impresa come diritto fondamentale e strumento di espressione della personalità umana, PÁZ ARES C., ALFARO ÁGUILA-REAL J., *El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación*, in MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M. N. (dir), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 357 e ss.

L'enfasi posta sulla finalizzazione a scopi d'utilità sociale tanto dell'iniziativa economica, quanto della proprietà privata aveva condotto una parte della dottrina – poi rimasta sostanzialmente minoritaria – a ritenere che la Costituzione ne avesse subordinato il riconoscimento ad una loro sostanziale *funzionalizzazione*, pur nel rinnovato contesto democratico; l'obiettivo dell'utilità sociale insomma veniva interpretato come il parametro di valutazione giuridica della libertà di impresa (e della proprietà) non solo nel senso che da esso sarebbero scaturiti quei limiti (tanto negativi, quanto anche positivi) al di là dei quali la stessa “cessa cioè di essere legittima o, più esattamente, giuridicamente possibile”, ma anche quale criterio di funzionalizzazione interna della stessa²⁴². In altre parole, la “finalizzazione della disciplina dell'economia al progetto di trasformazione delineato nell'art. 3, comma 2” se da un lato, escludeva la possibilità di riconoscere “l'efficienza economia (come) un valore in sé”²⁴³ e dunque ribadiva la necessità di una subordinazione dell'economica alla politica, dall'altro sembrava autorizzare ad una corrispondente e parallela elevazione del criterio dell'utilità sociale a fondamento dell'iniziativa economica privata con la conseguenza di ritenere che solamente entro il limite della sua realizzazione gli strumenti dell'iniziativa stessa (i beni, l'attività e il contratto) potessero essere tutelati. In quanto criterio di rilevanza giuridica della stessa, l'utile sociale avrebbe autorizzato insomma ad un controllo di merito o causale (essenzialmente giudiziario) della conformità di ogni atto di esercizio dell'iniziativa e della proprietà privata ai fini predeterminati dalla Costituzione.

Si trattò tuttavia di un'interpretazione che fu sostanzialmente respinta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, preoccupata che il contemperamento tra libertà d'iniziativa economica e fini sociali avvenisse ora nella sua sede ideale – il Parlamento – e non fosse rimessa direttamente né al potere esecutivo, né tanto meno all'attuazione giudiziaria²⁴⁴. Anche in considerazione dell'estrema genericità del

²⁴² In tal senso, ancora, NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia ...*, op. cit., pp. 106 e ss.; MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione ...*, op. cit., pp. 28 e ss. Ma anche, recentemente, SMURAGLIA C., *Il lavoro nella Costituzione*, RGL, 2007, n. 2, spec. pp. 431 e ss.

²⁴³ SCARPELLI F., *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, LD, 1996, p. 18.

²⁴⁴ L'applicabilità del principio della riserva di legge anche al secondo comma dell'art. 41 Cost. si deduce “dai principi generali informativi dell'ordinamento democratico, secondo i quali ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini abbisogna del consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura, quanto dall'esigenza che la valutazione relativa alla convenienza dell'imposizione di uno o di altro limite sia effettuata avendo presente il quadro complessivo degli interventi statali nell'economia inserendolo armonicamente in esso, e, pertanto, debba competere al Parlamento, quale organo da cui emana l'indirizzo politico generale dello Stato”. Corte Cost. 14 febbraio 1962, n. 4, in Foro It., 1962, I, p. 408. Analogamente, Corte Cost. 12 luglio 1967, n. 11, in Giur. Cost., 1967, p. 1220; 19 novembre 1990, n. 548; 30 giugno

riferimento all'utilità sociale²⁴⁵ ovvero della necessità di una chiara assunzione da parte del Legislatore del compito di dare compiuta attuazione alla stessa, si ritenne più coerente (e meno pericoloso) interpretare l'art. 41 Cost. come norma che assegnava unicamente al legislatore (con una riserva di legge) il compito di operare in concreto tale finalizzazione, anche attraverso l'imposizione di limiti determinati all'autonomia privata; limiti tuttavia che potendo atteggiarsi come limiti negativi (rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana) e positivi (coordinamento a fini sociali), dovevano necessariamente essere configurati come limiti *esterni* alla stessa²⁴⁶ e non invece anche come limiti di funzione (o *interni*)²⁴⁷.

Se la dizione dell'art. 41 (ma anche del 42, comma 2) è servita ad escludere la configurabilità di una funzionalizzazione dell'impresa (e della proprietà) a fini predeterminati dallo Stato²⁴⁸, a conclusione analoga

1994, n. 268, in ADL, 1995, p. 249. "Dall'art. 41, comma 2 non discende un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare quella tutela astratta". Cass. S.U., 29 maggio 1993, n. 6031, in Foro It., 1993, I, p. 1812. Il principio dell'autonomia privata non consente di sovrapporre un diverso piano di valori a quello che i titolari degli interessi in gioco hanno scelto in vista dei loro progetti personali e dei calcoli di utilità di volta in volta ipotizzati". MARINI S., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, RCDP, 1986, p. 288.

²⁴⁵ MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, RDL, 1958, I, p. 623.

²⁴⁶ "Di limiti cioè non connessi a fini trascendenti o al fine proprio del potere, bensì posti a tutela di interessi diversi da quelli per i quali il potere è attribuito ... Di conseguenza i poteri dell'imprenditore non appaiono vincolati al perseguimento di un certo risultato, ma incontrano i limiti rappresentati dalla ricorrenza dei presupposti che ne legittimano l'esercizio, oltre che naturalmente quelli posti a garanzia di interessi configgenti dei lavoratori". ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, LD, 1997, p. 242.

²⁴⁷ Nello stesso senso, la dottrina e la giurisprudenza spagnola. Per una critica a tal impostazione, SANTOS FERNÁNDEZ M. D., *El contrato de trabajo como límite ...*, op cit., pp. 145 e ss. che da un lato, sottolinea come il modello di economia proposto dalla Costituzione non è quello dell'economia di mercato, bensì più propriamente quello di un'*economia sociale di mercato* (il che implica "la integración de lo social en el sistema económico como componente básico del modelo constitucional"), mentre dall'altro, che "la apuntada trascendencia social de cada una de las decisiones adoptadas en virtud de la libertad de empresa" – specialmente in materia di occupazione – sembrerebbe fornire ragioni sufficienti, secondo l'A., "para sostener la funcionalización de la libertad de empresa a los fines sociales señalados".

²⁴⁸ In tal senso, ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 258-59. Si veda anche, MENGONI L., *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, Cedam, Padova, 1963, III, pp. 1075 e ss., ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 165 e pp. 175-76; LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983, pp. 161-62.; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, pp. 68 e ss. il quale ultimo sottolinea tra l'altro come la concezione funzionale dell'impresa finiva per assegnare all'impresa una funzione di rilevanza pubblica (realizzazione dell'utile

si è pervenuti per quanto riguarda l'esercizio di quei poteri che derivano all'imprenditore nella sua qualità di datore di lavoro, con la conseguenza di escludere la possibilità di un controllo giudiziario di merito sugli stessi²⁴⁹.

A partire dagli anni '80, tuttavia, anche come conseguenza dell'impulso in tal senso derivante dall'appartenenza alle Comunità Europee, la prospettiva è andata complessivamente modificandosi. L'affermazione di principi *latu sensu* costituzionali diversi e sostanzialmente coincidenti con la realizzazione di un mercato unico senza frontiere interne, ispirato al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, ha profondamente trasformato la legittimazione ed i contenuti dell'intervento pubblico in economia; questo è stato interpretato come sempre meno funzionale al coordinamento del sistema economico con i preminenti valori solidaristici e personalistici cui si ispira il modello di Stato e di società delineato nella Costituzione e sempre più come orientato alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento ottimale del mercato (nonché, eventualmente, al riequilibrio delle posizioni di disparità di potere contrattuali pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali). Il principio (politico) dell'utilità sociale ordinante i rapporti sociali ed economici nelle Costituzioni nazionali è diventato, con l'Unione, un obiettivo da conseguirsi (soprattutto) attraverso la garanzia della concorrenzialità e dell'apertura del mercato e, in definitiva, quale "effetto naturale" della garanzia dello sviluppo economico e produttivo conseguente all'instaurazione di un mercato *comune* (poi *unico* con l'Atto Unico Europeo del 1986)²⁵⁰.

sociale) e dunque per erigere l'imprenditore ad una posizione di pericoloso privilegio nei confronti dei lavoratori.

²⁴⁹ Per un riepilogo del dibattito in materia di configurabilità di limiti interni al potere datoriale nel rapporto di lavoro, in generale, SANTUCCI R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e ...*, op. cit., pp. 68 e ss. Favorevole alla stessa, FERGOLA P., *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, LD, 1990, pp. 463 e ss. Contrario ad una funzionalizzazione (nel senso di un controllo causale) dei poteri datoriali, tra gli altri, PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, n. 1, spec. pp. 32 e ss. il quale esclude anche che "l'abilitazione del giudice a controllare nel merito l'esercizio dei poteri del datore di lavoro possa derivare dell'incerto riferimento alle clausole generali di buona fede e correttezza". Analogamente, MAZZOTTA O., *Variazioni sui poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, DLRI, 1989, pp. 588 e ss.; FERRARO G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 161 e ss.

²⁵⁰ Parla a tal proposito di un "cambio de orientación y extensión de los derechos sociales" e di loro depoliticizzazione, BAYLOS GRAU A., *Los derechos sociales*, Intervento, Seminario dal titolo "Trabajo y desempleo en los comienzos del siglo XXI, Oñati, luglio 1997, ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 18-19, che scrive "la protección social no se otorga a un sujeto político, el ciudadano, que tiene derecho a la prestación social de que se trate, sino que el beneficiario de la misma se presenta como un usuario o consumidor de un servicio que tiene interés en que le sea prestado en las mejores

Anche quando, entrato in crisi il modello delle origini, l'Unione Europea si è dimostrata via, via sempre più sensibile alle esigenze di contemperamento del sistema delle libertà economiche con il riconoscimento anche di una dimensione sociale sopranazionale (soprattutto a partire dal Trattato di Amsterdam del 1997), "il linguaggio dei diritti fondamentali, gradualmente evolutosi e articolatosi nella giurisprudenza della Corte di giustizia in un dialogo sempre più intenso con le corti nazionali, non ha, infatti, toccato che marginalmente i diritti sociali"²⁵¹.

In definitiva, il modello europeo continua ad essere prevalentemente improntato alla difesa delle libertà economiche fondamentali, pur ora temperate con i nuovi valori sociali (sostegno e promozione dell'occupazione, adeguata protezione sociale, miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e lotta contro l'esclusione sociale) e, più in generale, all'idea (liberale) per cui la difesa e la promozione di questi obiettivi e di questi valori è conseguibile essenzialmente attraverso il mantenimento e la promozione della competizione economica nel mercato²⁵².

condiciones" (p. 25). Sul punto anche OLIVAS E., *Desórdenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO J., OLIVAS E., ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE A. (coord.), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dilex, Madrid, pp. 477 e ss.

²⁵¹ GIUBBONI S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, DLRI Quad., 2004, n. 27, p. 12. a cui si rinvia per un esame dell'evoluzione normativa sul punto (ma si questo aspetto anche, ALES E., *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, W.P. C.S.D.L.E. n. 51/2007, disponibile sul sito internet: www.unicit.it; APARICIO TOVAR J., *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005; SEMPERE NAVARRO A. V., CANO GALÁN Y., *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)*, in MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M. N. (dir), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 6 e ss.). Sugli obiettivi europei di lotta all'esclusione sociale e sugli strumenti predisposti per attuarla, ALES E., *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, sempre in DLRI Quad., 2004, n. 27, pp. 37 e ss. sulle interrelazioni tra sistema nazionale e Costituzione Europea, RUSCIANO, M., *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, RGL, 2006, n. 4, pp. 891 e ss.

²⁵² Il difficile equilibrio tra l'obiettivo della promozione dei diritti sociali, il riconoscimento del loro carattere di diritti fondamentali e la definizione del loro rapporto con le libertà economiche fondamentali dell'Unione si è recentemente manifestato in tutta la sua complessità nelle soluzioni offerte dalla Corte di Giustizia nei casi *Viking* e *Laval*. Sul punto BAYLOS GRAU A., *El derecho de huelga en Europa puesto en cuestión: la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso "Viking"*, disponibile nel Blog del autore: <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-derecho-de-huelga-en-europa-puesto.html>. Sul punto, prima della pubblicazione delle sentenze, anche BALLESTRERO M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti ...*, op. cit., pp. 14 e ss.

In tale contesto, ferma restando l'impossibilità logica, prima che giuridica di concepire, la possibilità di limiti di funzione all'impresa e con essa all'autonomia privata, l'interiorizzazione dei principi del modello economico europeo anche all'interno dei sistemi nazionali ha comportato quale effetto anche quello di una sostanziale "messa tra parentesi" di buona parte del progetto di Costituzione economica contenuto nelle Costituzioni socialdemocratiche post-belliche²⁵³.

Conclusa, questa breve riflessione sui contenuti e le sfide di rinnovamento lanciate dalla costituzionalizzazione del diritto del lavoro, si riprende a continuazione l'analisi del dibattito sul ruolo del contratto e dell'autonomia individuale nel contesto post-costituzionale.

VI. - Il dibattito sulla contrattualità del rapporto di lavoro nel periodo post-costituzionale.

VI. 1. – Recupero della tradizione civilistica e marginalizzazione delle teorie c.d. a-contrattualiste.

La reazione della cultura giuridica dominante al mutato contesto giuridico e culturale inaugurato con l'entrata in vigore del testo costituzionale fu, in primo luogo, una reazione di sostanziale radicale rigetto rispetto al sistema giuridico e culturale precedente²⁵⁴; una reazione tuttavia che, più che ispirarsi ai nuovi valori espressi nella Costituzione, si sostanziò fundamentalmente nel (spesso aprioristico) recupero della tradizione liberale pre-corporativa.

²⁵³ In tal senso, IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato ...*, op. cit., pp. 22 e ss. e pp. 99 e ss. che parla di "antitesi tra decisione di sistema (europeo) e costituzione economica" nazionale; la prima ispirata appunto ai valori della libera concorrenza e del libero mercato, la seconda ad un "dirigismo totalitario dell'economia". Più ottimisti, anche in considerazione della importanza che sta acquisendo la dimensione sociale nell'ambito comunitario, DEL GUAYO CASTIELLA I., MELLADO RUIZ L., *Derecho económico de la Unión Europea (constitución Económica Europea)*, in MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M. N. (dir), *Comentario a la Constitución socio-económica ...*, op. cit., pp. 57 e ss.

²⁵⁴ Padre del nuovo diritto del lavoro post-corporativo viene considerato FRANCESCO SANTORO PASSARELLI che nel 1945 pubblica la prima di una innumerevole serie di edizioni del suo: *Nozioni di diritto del lavoro*. In tale opera, l'A. ripropone con forza la natura contrattuale del rapporto e chiarisce che la specialità del diritto del lavoro consiste essenzialmente nella sua destinazione alla tutela della libertà e della personalità umana del lavoratore necessariamente implicata nella prestazione di lavoro a causa della "subordinazione del lavoratore all'imprenditore e della sua immissione nell'impresa", così come a causa della "dipendenza della vita del lavoratore e della sua famiglia dalla retribuzione, che è il suo solo mezzo di sostentamento". SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 35ª ed., Jovene, Napoli, 1987, p. 17.

Il “ritorno” alle categorie civilistiche ed al contratto quale forma privilegiata di espressione della contrapposizione di interessi propria del rapporto di lavoro subordinato, furono, nelle intenzioni della dottrina giuslavoristica che usciva dal periodo corporativo, gli strumenti da usare per la ricostruzione di un sistema legale democratico e liberale, capace per ciò stesso di scongiurare la riproposizione di concezioni pubblicistiche proprie del passato regime. Il recupero della matrice propriamente privatistico-civilistica esprimeva l’aspirazione della cultura giuridica ad un parallelo recupero della considerazione del lavoro come frutto della scelta volontaria e cosciente del lavoratore; all’apprezzamento di questi non più solo quale mero *oggetto* di regolazione, ma quale *soggetto* attivo di un rapporto liberamente e volontariamente instaurato; alla considerazione dell’autonomia individuale come espressione di “attività libera in sé”, non più costretta dentro gli angusti spazi della norma autoritativamente (im)posta, come espressione del potere dei soggetti di determinare non solo un determinato comportamento materiale, ma di porre vere e proprie regole dirette alla produzione di effetti giuridici²⁵⁵.

Sul lato dell’impresa, la sua ri-considerazione in termini meramente privatistici consentiva di depurarla dalle connotazioni pubblicistiche e organicistiche e dunque autoritarie e dispotiche che gli aveva impresso l’ideologia corporativa²⁵⁶. La ri-privatizzazione dell’impresa e del rapporto di lavoro, più che costruirsi sulla base del mutato assetto di valori introdotto dalla Costituzione, si esprimeva unicamente in chiara frontale polemica con il sistema giuridico precedente²⁵⁷.

²⁵⁵ FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 19. Per la parzialità quando non anche la fallacità di tale presunzione di neutralità del diritto civile rispetto al diritto (ideologizzato) del fascismo, SOMMA A., *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, RCDP, 2004, pp. 61 e ss.

²⁵⁶ MINERVINI G., *Contro la “funzionalizzazione” ...*, op. cit., pp. 618 e ss.

²⁵⁷ Si è parlato in proposito di «privatizzazione del diritto del lavoro». Vedi, CESSARI A., *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, RIDL, I, 1967, pp. 24 e ss., il quale tuttavia avverte del “pericolo proprio delle reazioni ideali” ovvero quello “di concepire la «privatizzazione» del diritto del lavoro negli angusti limiti di una funzione di riscatto dall’errore corporativo e di redenzione dal correlativo peccato pubblicistico”. Si veda anche, CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización del las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), p. 128. A proposito dei tentativi di rimozione dell’esperienza giuridica del fascismo anche nel campo del diritto civile, SOMMA A., *Parallele convergenti. La comune matrice...*, op. cit., pp. 61 e ss. Si veda inoltre, NAPOLI M., TREU T., *Dalle ragioni del diritto ad un Diritto del Lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni*, LD, 1995, pp. 589 e ss. che attribuiscono a Mengoni il merito di aver stemperato l’asperità delle regole civilistiche attraverso la valorizzazione dell’implicazione della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro (p. 590).

La laconicità del dato normativo, da depurare dalle incrostazioni corporative²⁵⁸, lasciava d'altra parte alla dottrina un ampio margine di manovra nella ricostruzione delle categorie del lavoro post-costituzionale. In tale contesto, numerose furono le posizioni dottrinali che, pur in modi e per scopi diversi, continuavano a contestare l'adeguatezza del contratto quale strumento giuridico capace di dar conto delle particolarità strutturali nonché del regime giuridico del rapporto tra debitore e creditore di lavoro, sia pure da prospettive diverse da quelle che avevano caratterizzato la critica degli anni '30 e '40.

Rapidamente superate le impostazioni che tendevano a ricondurre il contratto, e con esso il rapporto di lavoro, all'interno della struttura associativa²⁵⁹, ovvero quelle che appoggiandosi su dati testuali del Codice negavano addirittura la natura contrattuale del rapporto²⁶⁰ (in quanto troppo vicine alla visione corporativistica del passato regime), i poli del dibattito si concentrarono rispettivamente intorno all'interazione ed alla autonoma rilevanza di *contratto* e *rapporto* di lavoro - ossia intorno alla valorizzazione ora del momento contrattuale, ora di quello effettuale della relazione tra datore e prestatore di lavoro -, a cui si ricollegava il dibattito relativo alla riconduzione dei poteri imprenditoriali, e dunque della subordinazione del lavoratore, all'una o all'altra fonte. Non si trattava di impostazioni *strictu sensu* a-contrattuali,

²⁵⁸ Si veda a tal proposito la reinterpretazione del vincolo della collaborazione contenuto nella definizione codicistica di lavoratore subordinato (art. 2094 c.c.) operata da GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 58 e ss.

²⁵⁹ ROBERTI G., *Il rapporto di lavoro a struttura associativa*, DL, 1946, pp. 186 e ss.; PUGLIATTI S., *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, p. 149; RABAGLIETTI M. F., *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1959, pp. 71 e ss.; ID., *Contratti con comunione di scopo*, DL, 1961, pp. 149 e ss.; CESSARI A., *In tema di struttura del contratto di lavoro*, RTDPC, 1958, pp. 1257 e ss.; ID., *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969, spec. pp. 89 e ss. Per una critica a tali impostazioni vedi, MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro ...*, op. cit., p. 681; PERSIANI M., *Contratto di lavoro ...*, op. cit., pp. 58 e ss. LISO F., *La mobilità del lavoratore ...*, op. cit. pp. 45 e ss. In Spagna, per le impostazioni associativistiche, GAY MONTELLA R., *Reformas en el Código civil español en orden al proletariado*, RJC, 1910, pp. 197 e ss. il quale scrive "A nuestro entender el contrato de trabajo que para mayor claridad de comprensión puede desglosarse en aquellos dos contratos que precisa el Código alemán, se asemeja más que ningún otro contrato, al de sociedad. Porque uno de los caracteres que mas distinguen a este último contrato, es la cooperación voluntaria de dos o más personas para la obtención de un resultado común...". Analogamente, HINOJOSA FERRER C., *El contrato de trabajo*, Reus, Madrid, 1932, p. 7 e VALVERDE C., *Tratado de Derecho civil español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1937, III, 4° ed., p. 671, il quale segnala che "la naturaleza jurídica del contrato del trabajo encaja en el de sociedad (...) por el cual se da participación debida al capitalista y al obrero". Anche nel contesto culturale di questo Paese, si tratta di impostazioni presto abbandonate dalla dottrina maggioritaria. Si veda, PÉREZ BOTIJA E., *El contrato de trabajo*, Reus, Madrid, 1945, p. 156 che segnala che "unas de las notas diferenciales del contrato de sociedad y el contrato de trabajo es la de que en este último no existe comunidad de riesgos".

²⁶⁰ TORRENTE A., *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Milano, 1966, pp. 89 e ss.

nel senso appunto di negare l'origine contrattuale del rapporto, quanto di posizioni che, in ragione della pluralità e della complessità di situazioni di cui si compone il rapporto di lavoro, non ritenevano sostenibile una loro integrale riconduzione allo schema contrattuale²⁶¹.

VI. 1. 1. - Contratto *versus* rapporto: le ricostruzioni di Mancini e Scognamiglio.

Significativa a tal proposito è la posizione sostenuta da Federico Mancini. Esaltando l'elemento dell'organizzazione del lavoro come fonte di situazioni giuridiche soggettive sostanzialmente autonome dal contratto - pur sempre all'interno di una prospettiva strettamente civilistica -, questo Autore circoscrive la funzione dell'atto negoziale a quella di titolo dal quale nasce l'obbligo, gravante sul prestatore di lavoro, di lavorare dietro retribuzione. Dal contratto, in altre parole, nascerebbe unicamente l'obbligo retribuito del prestatore di mettere a disposizione dell'altra parte una determinata quantità di energie - scambio identificabile con la causa stessa del contratto -. Il resto delle posizioni giuridiche soggettive in cui si sostanzia tale scambio ed "in particolare, la destinazione ulteriore di tali energie e perciò il governo che il creditore ne faccia" vengono invece fatte derivare quali effetti non del contratto (al quale rimarrebbe estraneo l'interesse datoriale alla destinazione dell'attività promessa), bensì del rapporto, definibile come "il concreto complesso dei poteri e dei doveri intercedenti tra le parti" gravanti intorno alle obbligazioni principali di lavorare e di retribuire il lavoro. Subordinazione ed eterodirezione, in quanto relazionate con l'interesse datoriale finale - non ricompreso nel contratto, bensì rivelatesi solo sul diverso piano del rapporto -, non troverebbero pertanto

²⁶¹ Ciò sarebbe una conseguenza dell'ambiguità del Codice sul punto, derivante dalla compresenza negli artt. 2094 e ss. c.c. di due anime distinte e per certi versi contrapposte, "l'una, di ispirazione fondamentalmente civilistica, che prescinde dalla posizione imprenditoriale del datore di lavoro e induce, conseguentemente, ad identificare il dovere di prestazione del lavoratore subordinato col semplice dovere di esecuzione dell'attività lavorativa o anche con un dovere di collaborazione ad un «risultato organizzativo», la cui rilevanza contrattuale è necessariamente circoscritta all'apporto della specifica prestazione lavorativa; l'altra di ispirazione commercialistica, che tende a far coincidere il lavoro subordinato col lavoro prestato nell'impresa ed induce, perciò, a dilatare l'area debitoria del prestatore di lavoro, fino a farla coincidere con un dovere di collaborazione ad un «risultato organizzativo», inteso in senso ampio e coincidente con la stessa organizzazione aziendale". L'intenzionale elusività del Codice sul punto, che si limita a giustapporre le due anime menzionate determina la possibilità di ricostruzioni e interpretazioni tutte più o meno sostenibili sulla base dei riferimenti testuali, nessuna delle quali assurge a livello di interpretazione privilegiata. VARDARO G., *Il potere disciplinare giuridificato*, DLRI, 1986, pp. 12 e ss.

giustificazione “nella logica elementare dello scambio” soprattutto nel caso di lavoro prestato nell’impresa²⁶².

Se la separazione proposta da Mancini tra piano del contratto e piano del rapporto era funzionale all’obiettivo di delimitare la responsabilità contrattuale del prestatore rispetto alla responsabilità disciplinare, la sua ricostruzione teorica fu sostanzialmente marginalizzata soprattutto in conseguenza del fatto che lo stretto ancoraggio dei poteri imprenditoriali alla fonte contrattuale veniva percepita dalla dottrina maggioritaria quale passaggio obbligato per il consolidamento di una sistematizzazione più equilibrata della posizione delle parti nel rapporto; rappresentava, nell’ancora fragile contesto democratico, la tensione ideale verso la possibilità di una loro stretta funzionalizzazione agli interessi tecnico-produttivi ed organizzativi di un’impresa non più intesa in termini oggettivi, di una loro limitazione allo scambio oggetto del contratto.

Altro Autore significativo in questa prospettiva è Renato Scognamiglio²⁶³. Egli si fa interprete di un’opzione ricostruttiva che, al di là di semplicistiche assimilazioni con opzioni di taglio più propriamente a-contrattualista, non nega né l’origine contrattuale del rapporto di lavoro e neppure l’ammissibilità di una sia pur limitata capacità dispositiva delle parti contrattuali nella determinazione (nel senso del miglioramento) delle condizioni economiche e normative dello scambio ovvero nelle vicende modificative ed estintive del rapporto.

Scognamiglio, piuttosto, contesta che la struttura e la funzione del rapporto possa realisticamente essere ricondotta ed appiattiva dentro lo schema concettuale e normativo del contratto²⁶⁴. Egli ritiene che l’oggetto del diritto del lavoro debba identificarsi non già con il contratto, quanto piuttosto con il “rapporto fondamentale”, consistente nella messa a disposizione dell’altrui organizzazione aziendale delle energie psicofisiche del lavoratore²⁶⁵; mentre la subordinazione, intesa quale assoggettamento ai poteri datoriali, deve essere ricondotta al distinto piano degli effetti della fattispecie e non sul piano della causa del

²⁶² MANCINI F., *La responsabilità contrattuale del ...*, op. cit. pp. 112 e ss.

²⁶³ SCOGNAMIGLIO R., *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Bari, 1963, spec. pp. 12 e ss. e più recentemente, *Id.*, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi ...*, op. cit. pp.745 e ss.

²⁶⁴ Sul punto si veda anche SCOGNAMIGLIO R., *Negozi giuridico e autonomia privata*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforma legislativa*. Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1989, Cedam, Padova, 1991, p 302.

²⁶⁵ “Il disegno di ricondurre il diritto del lavoro all’ambito del rapporto, piuttosto che del contratto, di lavoro subordinato non vuole significare, giova appena precisarlo, l’adesione alle teorie acontrattualistiche e in special modo a quella istituzionalistica (...)”. SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, RIDL, 2001, I, pp. 112.

contratto. Essa consiste nella situazione soggettiva del prestatore di lavoro che si trova costretto a (e dunque sceglie solo in senso meramente relativo di) prestare la propria opera per la realizzazione di obiettivi ed interessi alieni ed a conformare la propria prestazione alle esigenze ed alle modalità imposte dall'azienda. Che la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro non sia il contratto, bensì il rapporto si deduce facilmente, secondo questo Autore, dall'analisi della disciplina lavoristica tutta rivolta alla regolamentazione dello svolgimento di quest'ultimo²⁶⁶.

Queste opzioni ricostruttive se da un lato hanno avuto (ed hanno tuttora) il merito di chiarire che, (almeno) nel contesto del lavoro subordinato, parlare di contratto nel senso di strumento di autoregolamentazione di contrapposti interessi per mezzo dell'incontro di libere volontà individuali è quantomeno superficiale e fuorviante e, dunque, hanno contribuito a spingere la dottrina più propriamente contrattualista ad approfondire la discussione giuridica sulla rilevanza del contratto individuale²⁶⁷, dall'altro sono state sostanzialmente emarginate, e ciò nonostante, per alcuni versi, molte delle argomentazioni che ne stanno alla base siano state riprese da altra parte della dottrina²⁶⁸. Al di là della fondatezza e per certi versi l'irrefutabilità delle critiche che sono state mosse loro dalla dottrina²⁶⁹, ciò è avvenuto, si crede, in ragione

²⁶⁶ SCOGNAMIGLIO R., *Rapporto di lavoro e contratto ...*, op. cit. pp. 702 e ss.

²⁶⁷ A tal riguardo e nel senso di un necessario contemperamento tra rigoroso metodo civilistico e conseguenze derivanti dalla particolarità del rapporto di lavoro (che vede il lavoratore implicato personalmente nella prestazione lavorativa), MENGONI L., *Diritto civile*, in *L'influenza del Diritto del Lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, 1990, p. 10, il quale, come è noto, pur ammettendo la separazione del diritto del lavoro dal diritto civile, avverte che si tratta di un ramo dell'ordinamento giuridico di per sé non autosufficiente, che abbisogna cioè di "infrastrutture e snodi che gli sono pur sempre forniti dal diritto civile".

²⁶⁸ Si veda a tal proposito la posizione di SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1958, II, pp. 54 e ss. per il quale il contratto sarebbe elemento necessario ma non sufficiente alla costituzione di un rapporto di lavoro, essendo necessaria anche l'esercizio dinamico del potere direttivo e di specificazione dell'obbligazione lavorativa – identificata nel contratto in modo meramente generico. Sul presupposto che la subordinazione costituirebbe in realtà un effetto del contratto, anche MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto ...*, op. cit.; MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977.

²⁶⁹ È sembrata criticabile, in particolare, la pretesa, comune ad entrambe le impostazioni accennate, di ricostruire il contratto tipico di lavoro subordinato espungendo dalla causa dello stesso proprio l'elemento tipizzante, ovvero la subordinazione. È questa l'obiezione sollevata da MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella ...*, op. cit., pp. 686 e ss.; ID, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, pp. 31 e ss. che in altra sede (*Diritto Civile*, in MENGONI, PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del Diritto del Lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, 1990, p. 6) ha scritto, "Il problema del Diritto del Lavoro è di correggere la logica tradizionale del contratto, non di rifiutarla". Vedi pure PERSIANI M., *Contratto di*

anche del fatto che, nel tentativo di liberarsi dai condizionamenti culturali ed ideologici del passato regime corporativo - dai quali non ci si sentiva ancora sufficientemente immuni -, la soluzione strettamente civilistica, e dunque contrattuale, riscopriva la propria funzione “catartica”²⁷⁰.

Rispetto ad un sistema giuridico e politico che aveva soffocato e mascherato il conflitto, esaltato le ragioni economiche e produttive dell’impresa - ad essa subordinando ogni interesse del lavoratore - e attribuito all’imprenditore, in fatto e in diritto, illimitati poteri di organizzazione e gestione della forza lavoro al suo servizio, il contratto “si presta[va], invece, ad esprimere in maniera paradigmatica, attraverso lo schema dello scambio, l’antagonismo degli interessi in gioco, la contestazione della supremazia *originaria* dell’imprenditore, il carattere limitato e funzionale della subordinazione”²⁷¹.

La “dissoluzione nell’ambito privatistico del diritto del lavoro” rappresentava insomma “l’operazione di politica del diritto più efficace per respingere il tentativo di riproporre la cattura del diritto del lavoro nell’orbita del diritto pubblico”²⁷², al tempo giudicato con forte disvalore; essa serviva per “segnare lo spostamento dell’asse delle relazioni di lavoro dalla funzionalizzazione all’interesse pubblico all’autonomia negoziale”²⁷³, dall’autorità alla libertà²⁷⁴. Lo schema contrattuale, in

lavoro ..., op. cit. *passim*, spec. pp. 43 e ss e 142 e ss. SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto* ..., op. cit., pp. 32 e ss. Si è sostenuto anche che la compressione dell’autonomia privata individuale generata dal sistema di diritto del lavoro, per quanto forte, non possa implicare il superamento del momento contrattuale, dal momento che la costituzione del rapporto non può che dipendere dalla concorde volontà in tale senso dei contraenti. SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto*..., op. cit., pp. 131 e ss, spec. p. 136.

²⁷⁰ Significativo della funzione catartica assegnata alla ricostruzione in termini contrattuali del rapporto è anche l’affermazione secondo la quale “Il principio della contrattualità del rapporto significa anzitutto che la nostra civiltà non può e non deve conoscere se non il lavoro liberamente accettato” in SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti attuali del Diritto del Lavoro in Italia*, DL, 1953, I, p. 6. in cui trae le conclusioni del dibattito avvenuto in seno al I° Congresso internazionale di diritto del lavoro.

²⁷¹ LISO F., *La mobilità del lavoratore* ..., op. cit., pp. 36 e ss. ARANGUREN A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in Enc. Giur. Lav., diretta da MAZZONI G., VII, Padova, 1981, p. 2. DE MARINIS N., *La concezione contrattualista del diritto del lavoro tra deregolazione e giuridificazione*, DL, 1991, I, p. 329.

²⁷² ROMAGNOLI U., *Costantino Mortati*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Atti della giornata di studio. Siena 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 110 e ss. il quale continua, dicendo: “Il diritto privato aveva ripreso ad evocare – più di prima, se possibile – l’idea di un ordine naturale delle cose, più mitizzato che storicamente realizzato, da contrapporre all’ordine artificiale imposto dal diritto corporativo”.

²⁷³ DE MARINIS N., *Né privato né pubblico. Il modello costituzionale del “pluralismo istituzionale”*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e ...*, op. cit., p. 202.

²⁷⁴ TREU T., *Diritto del Lavoro (voce per il Digesto 2000)*, DLRI, 1987, p. 702.

particolare, e gli strumenti della civilistica, in generale, ancora una volta venivano percepiti e perseguiti quali strumenti coesenziali al processo di emancipazione e di liberazione dei lavoratori. Attraverso il recupero dell'opzione strettamente contrattuale, se da un lato si scongiurava il pericolo di riproposizione degli eccessi pubblicistici del sistema corporativo fascista, dall'altro si poteva aspirare a circoscrivere l'ambito di implicazione personale del lavoratore nell'adempimento della prestazione lavorativa. La riconduzione della situazione di subordinazione del lavoratore dipendente all'interno di una nozione tecnica e giuridica ne permetteva una sorta di razionalizzazione e di astrazione, la rendeva economicamente valutabile e giuridicamente circoscrivibile, ne consentiva una più razionale funzionalizzazione agli interessi dell'impresa, alle caratteristiche tecniche del processo produttivo, senza per questo sfociare in uno *status* personale²⁷⁵.

VI. 1. 2. – Contratto e organizzazione: l'impostazione di Mattia Persiani.

Per questi stessi motivi, sostanziale insoddisfazione è stata espressa dalla dottrina dominante anche per quelle ricostruzioni teoriche impegnate a valorizzare l'elemento dell'organizzazione imprenditoriale quale elemento preesistente al contratto e fonte reale dei poteri del datore di lavoro. Questi ultimi, più che promanare dal contratto, venivano interpretati quale espressione della più generale libertà di iniziativa economica²⁷⁶, ovvero pertinenti all'interesse organizzativo finale del datore di lavoro-imprenditore²⁷⁷, ovvero anche conseguenza della proprietà dei mezzi di produzione e del risultato finale dell'attività aziendale²⁷⁸.

²⁷⁵ “Il ricondurre la situazione di dipendenza al momento contrattuale significa: stemperare il dato sociologico nella genesi storica del rapporto di lavoro subordinato, rendendo il relativo schema negoziale sostanzialmente neutrale rispetto alle fattispecie concrete di utilizzazione dello stesso; esaltare le capacità negoziali delle parti, lasciando intendere che lo stato di subordinazione è pur sempre riconducibile ad un momento volitivo ed è quindi frutto di una libera scelta contrattuale; mantenere una sostanziale scissione concettuale tra il momento costitutivo del vincolo obbligatorio e la realtà sociale dell'organizzazione produttiva, con la congerie di relazioni di gerarchia e di potere che vi è implicita; collocare su piani differenziati l'attività contrattuale interindividuale e l'azione collettiva”. FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, p. 240.

²⁷⁶ MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, pp. 78 e ss.

²⁷⁷ MANCINI F., *La responsabilità contrattuale del ...*, op. cit.

²⁷⁸ ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1987, p. 194.

Tali impostazioni se per certi versi prospettavano una ricostruzione del rapporto di lavoro certamente più fedele alla realtà dei rapporti di produzione (in un contesto giuridico ancora caratterizzato dalla centralità delle norme codicistiche nella regolazione del lavoro salariato e dalla libera recedibilità dal contratto), finivano paradossalmente per “far godere di una certa impenetrabilità i poteri dell’imprenditore”²⁷⁹. Pur partendo dalla contrattualità del rapporto, esse, in definitiva, costringono il ruolo del contratto alla funzione di strumento per l’inserzione del lavoratore nell’impresa, relegando l’elemento della subordinazione alla qualità di effetto dell’esercizio dei poteri imprenditoriali. La conseguenza inevitabile, anche quando non voluta, è quella di difuminarne i contorni (in evidente e pericolosa analogia con quanto professato dall’ideologica corporativa)²⁸⁰.

Queste sono almeno alcune delle ragioni (ideologiche?) che hanno determinato la netta prevalenza delle soluzioni più propriamente civilistiche nella ricostruzione della relazione giuridica tra datore e prestatore di lavoro²⁸¹ e forse è sempre per questo che, nell’intenso dibattito che si è sviluppato successivamente - pur nell’ambito della concezione privatistica e contrattualistica del rapporto di lavoro -, grande seguito ha ottenuto l’intervento di chi, ribaltando le impostazioni sopra richiamate, ha fornito una sistemazione della struttura complessiva del rapporto di lavoro in termini strettamente contrattuali, senza per altro trascurare il rilievo del profilo organizzativo dell’impresa, che anzi finisce per essere ricondotto alla causa stessa del contratto di lavoro subordinato²⁸².

²⁷⁹ LISO F., *La mobilità del lavoratore...*, op. cit., pp. 43 e ss.

²⁸⁰ Si vedano pure le considerazioni critiche di BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, pp. 204 e ss. che a tal proposito scrive: “la correlazione fra subordinazione e poteri del datore di lavoro come elementi, strutturali del «tipo», consente di individuare non solo la fonte – il contratto, appunto – delle posizioni di supremazia, ma anche la «misura» e la «disciplina» di esse”.

²⁸¹ Sul punto anche CAZZETTA G., *Una storia spezzata...*, op. cit., pp. 187 e ss.

²⁸² PERSIANI M., *Contratto di lavoro e ...*, op. cit. Per una critica alla ricostruzione di Persiani si rinvia a: LISO F., *La mobilità del lavoratore ...*, op. cit. pp. 56 e ss. Più in generale, per una critica alle teorie “collaborative” – tese cioè ad imporre in capo al lavoratore un obbligo positivo di conformazione della propria prestazione alle esigenze organizzative dell’impresa, CARABELLI U., *Lavoro subordinato e organizzazione: qualche riflessione sullo stato del dibattito alle soglie del nuovo secolo*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi ...*, op. cit., pp. 601 e ss. Secondo l’A. queste sono state il frutto di un momento storico determinato, caratterizzato dal progressivo riequilibrio dei poteri in azienda e dalla progressiva affermazione di comportamenti individuali e collettivi meno conflittuali e più collaborativi; come contropartita ad una sorta di compromesso produttivo ed occupazionale incentrato su politiche pubbliche redistributive dei redditi e tendenziale stabilità dei rapporti di lavoro.

Nonostante la critica di una certa commistione tra il piano dell'organizzazione interindividuale di lavoro e quello distinto della complessiva organizzazione aziendale e dell'incerta delimitazione della rilevanza dell'interesse organizzativo dell'imprenditore ai fini della determinazione del contenuto dell'obbligazione di lavoro operata da Persiani²⁸³, tale tesi supera, forse definitivamente, il dualismo caratteristico delle teorie che tendevano a valorizzare il momento del rapporto su quello del contratto e per questo trova ampio seguito in ambito dottrinale²⁸⁴.

Se dunque, la scelta contrattualista per l'inquadramento giuridico della relazione tra datore e prestatore di lavoro, fu senz'altro influenzata da ragioni culturali ed ideologiche storicamente determinate, è altrettanto vero che essa rispondeva efficacemente alle esigenze di razionalità e efficienza dell'organizzazione produttiva e al tempo stesso alla necessità di una efficace circoscrizione dell'area del debito del lavoratore. La subordinazione, intesa come tratto caratterizzante la fattispecie da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico, nel momento in cui viene

²⁸³ Si veda in proposito la critica di LISO F., *La mobilità del lavoratore ...*, op. cit., pp. 50 e ss. il quale puntualizza come l'interesse organizzativo soddisfatto dal contratto di lavoro non può non essere quello corrispondente all'apporto di utilità realizzato dalla singola prestazione a beneficio della organizzazione produttiva e non certo quello al risultato finale del processo produttivo. "L'utilità che la singola prestazione deve arrecare (e quindi, l'interesse tipico che deve soddisfare) non si commisura al risultato produttivo globale, bensì consiste in quel risultato (parziale) che sommato o sommabile ad altri risultati (parziali), secondo il disegno organizzativo predeterminato dal detentore dell'iniziativa economica, dà luogo ... ad altri risultati parziali o a quello finale della organizzazione produttiva ...". In questo senso, si afferma più avanti, "il coordinamento ... il datore di lavoro non lo attende, ma lo esercita (ed è appunto il contratto di lavoro l'istituto attraverso il quale l'imprenditore acquisisce giuridicamente tale facoltà) e conseguentemente i rischi connessi a tale attività di coordinamento non possono essere riversati sulla controparte". Si veda anche NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 1111 e ss.

²⁸⁴ Scrive a tal proposito, PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., p. 96: "Il diritto del lavoro individuale celebra così il suo apogeo, in nome di un contratto sempre più coerentemente plasmato ad immagine e somiglianza del fatto organizzativo, inteso come realizzazione dell'interesse del datore di lavoro al coordinamento del lavoro altrui in funzione del suo programma produttivo". Avverte tuttavia PERULLI A., *Potere direttivo, organizzazione, impresa*, LD, 1989, p. 240 che: "Proprio la valorizzazione dell'elemento collaborativo nel *corpus* dell'obbligazione, infatti, se da un lato conferma l'influenza esercitata dall'organizzazione sul contenuto e sull'intensità della singola prestazione ..., dall'altro lato visualizza ancora una volta l'esistenza di un'area posta tra comportamento dovuto e risultato complessivo dell'organizzazione produttiva ove è difficile distinguere (e qualificare) il risultato direttamente correlato al comportamento dovuto dal lavoratore da quello ulteriore (ed estraneo all'area del vincolo obbligatorio) riferibile ad una valutazione dell'interesse aziendale *latu sensu*. Con la conseguenza quindi di lasciare imprecisata la sfera debitoria del prestatore sotto il profilo della concreta aderenza della prestazione, via via specificata per mezzo del potere direttivo, alla realtà organizzativa necessariamente parziale dell'interesse datoriale al risultato atteso".

intesa come “modo di essere della prestazione di lavoro”, e dunque diviene elemento calcolabile e giuridicamente delimitabile, evita di tradursi in “uno *status* personale del lavoratore”²⁸⁵.

In ogni caso, la contrapposizione tra teorie contrattualiste e teorie *latu sensu* a-contrattualiste nella definizione dogmatica del rapporto di lavoro, lungi dall’implicare la necessità di una scelta tra le une e le altre, ha rappresentato, com’è stato giustamente osservato²⁸⁶, un utile momento di integrazione della complessa realtà del lavoro subordinato. Sottolineando aspetti e momenti diversi dello stesso, da un lato è servita ad una rappresentazione da punti di vista distinti ed a tutto tondo delle caratteristiche complesse del lavoro subordinato nelle moderne società capitalistiche, dall’altro tale contrapposizione di vedute è stata anche la conseguenza dell’ambivalenza del ruolo assunto dal contratto nella storia degli ordinamenti giuridici moderni e della stessa normativa lavoristica che si compone di una strumentazione che a volte rimane strettamente legata alla matrice civilistica, mentre altre volte se ne distanzia elaborando principi e meccanismi propri. L’ambivalenza di uno schema, quello del contratto, che per sopravvivere quale schema giuridico di riferimento per l’inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato, è stato costretto a convivere e ad incorporare con la nozione di *status*²⁸⁷.

Il problema semmai è stato quello di aver voluto operare una ri-privatizzazione non avulsa da impostazioni spesso altrettanto ideologizzate ed ideologizzanti quanto quelle da cui si cercava di sfuggire; è stato quello di “assolutizzare un assunto di sapore giusrazionalista: quello concernente la necessaria valenza antifascista della disciplina del contratto che pretenda di essere costruita attorno ai principi ricavati dal diritto romano”²⁸⁸, che ha portato a sottovalutare le

²⁸⁵ MENGONI L., *Diritto civile ...*, op. cit., pp. 6 e ss.

²⁸⁶ DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile ...*, op. cit., pp. 107 e ss.

²⁸⁷ SUPIOT A., *Crítica del derecho del trabajo...*, op. cit., *passim*.

²⁸⁸ SOMMA A, *Il diritto fascista dei contratti ...*, op. cit., p. 641. Pungente è a tal proposito la critica di ROMAGNOLI U., *Un’arca di Noè per il diritto del lavoro*, Lezione inaugurale al corso italo-latino-americano per esperti di problemi del lavoro patrocinato dall’Oil, disponibile sul sito internet www.eguaglianzaeliberta.it, (ma anche ID., *Una coppia insidiata da luoghi comuni*, Intervento al convegno organizzato per i 20 anni dalla fondazione della Rivista *Lavoro e Diritto*, dal titolo *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro*, Bologna, 23-25 settembre 2006) che scrive: “Indispettisce infatti che la dislocazione scientifico-culturale del diritto del lavoro dipenda fondamentalmente dalla vischiosità di un’organizzazione accademica del sapere che innalza steccati dove dovrebbero erigersi ponti di collegamento, nonché dall’opportunismo carrieristico che consiglia a quanti desiderano entrare nei ruoli universitari di desistere dall’opporli alla monocultura di una giusprivatistica affamata di cattedre. Spiace, del pari, dire che il fascismo giuridico è stato il solo momento in cui si sia tentato di cambiare il corso delle cose. Non c’è riuscito, e anzi ha peggiorato la situazione. Sta di fatto però che ha comunque incentivato il diritto del lavoro a scavalcare la collinetta che precludeva la visibilità di cosa ci fosse al di là di un contratto a prestazioni corrispettive che comporta la cessione di un tempo di vita,

possibili derive altrettanto autoritarie dell'esaltazione incondizionata dalla contrattualità del rapporto di lavoro.

VI. 2. – Accenni all'analogo sviluppo dottrinale in materia di diritto civile: il dibattito sulla rilevanza della volontà privata nella costruzione dogmatica della figura del negozio giuridico.

Questo d'altronde è il percorso seguito, non solo dalla (ri)costruzione dogmatica e giuridica del fenomeno sindacale²⁸⁹, ma anche dalla civilistica italiana nell'inteso dibattito dottrinale svoltosi - tra l'altro - intorno alla nozione di *negozio giuridico* ed alla rilevanza in esso assunta dalla volontà privata individuale che caratterizzò gli anni '50. Anche nell'ambito del diritto civile, infatti, il passaggio al sistema democratico fu segnato dall'esigenza del recupero della tradizione liberale pre-corporativa e, con essa, di quella nozione di negozio giuridico quale *manifestazione di volontà diretta ad uno scopo pratico tutelato dall'ordinamento*, espressione della libertà del volere, della capacità di autodeterminazione del singolo e sostanzialmente coincidente con una visione totalizzante di autonomia privata di derivazione pandettistica; in contrapposizione ad un sistema che aveva asservito l'autonomia privata a fini autoritativamente imposti da uno Stato dispotico ed autoritario.

Com'è noto, la scelta operata dai compilatori del Codice civile del '42 era stata nel senso di ignorare la categoria dogmatica del negozio giuridico - prevista invece nel Codice tedesco del 1900 -, in quanto ritenuta astrazione priva di riscontro nella realtà. L'adesione del

predisponendolo così ad intercettare, in un *habitat* più favorevole, l'evoluzione del costituzionalismo moderno, interagire con essa ed esercitare una pressione determinante in direzione della rifondazione democratica dello Stato nell'Occidente capitalistico”.

²⁸⁹ Si rinvia nuovamente all'opera di VARDARO G., *Contratti collettivi e ...*, op. cit. E più recentemente, BARBERA M., *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, WP C.S.D.L.E., n. 58/2007 disponibile sul sito internet: www.unict.it, la quale ultima a questo proposito scrive: “Il diritto privato, nella specifica idea-giuda dell'*immunità-libertà* del sindacato da regole e controlli eteroimposti, fornisce al diritto del lavoro l'antidoto contro la tentazione di ripubblicizzare le relazioni sindacali (tentazione forte in un sistema politico ed in un ambiente culturale che non avevano chiuso i conti con l'esperienza del corporativismo totalitario del ventennio), ma anche contro le tracce di organicismo presenti nel pluralismo di ispirazione cattolica (...). queste esigenze erano così forti che ad esse venne sacrificata quella di dar soluzione a un problema centrale per il diritto del lavoro, vale a dire come attribuire efficacia generale all'accordo collettivo, problema che il diritto comune non è in grado di risolvere”. Per l'inquadramento dei contratti collettivi nell'ambito dell'esercizio dell'autonomia privata l'importante sentenza, 12 febbraio 1963, n. 1 della Corte Costituzionale italiana.

corporativismo al “metodo dell’economia” propugnava, infatti, la necessaria aderenza delle forme giuridiche alla sostanza economica regolata dal diritto²⁹⁰ con conseguente ripudio per concetti giuridici astratti, svincolati in quanto tali da riferimenti economici²⁹¹. La necessaria corrispondenza tra gli uni e gli altri era d’altra parte funzionale alla realizzazione dell’obiettivo dell’asservimento del diritto (ed in primo luogo del diritto commerciale) ai canoni dell’economia controllata²⁹². La mancanza di qualunque riferimento esplicito alla categoria del negozio giuridico nel corpo del Codice “fascista”, aveva portato ad assurgere il contratto – al posto del negozio giuridico - a categoria ordinante del sistema²⁹³.

Il recupero, ad opera della dottrina civilistica italiana post-corporativa, della categoria del negozio giuridico²⁹⁴ secondo i postulati soggettivistici²⁹⁵, è stata interpretata dunque in primo luogo come una reazione di una parte cospicua della stessa all’impostazione del Codice del ‘42; come il tentativo di arginare l’autoritaria intromissione del Legislatore nei rapporti interprivati attraverso il recupero di una nozione di autonomia privata intesa come forza creatrice dell’individuo in quanto singolo²⁹⁶. E così, l’acceso e polemico dibattito scatenatosi sulla struttura

²⁹⁰ Sul punto vedi, SANTORO PASSARELLI F., *L’impresa nel sistema del diritto civile*, RDCom, 1942, I, p. 377

²⁹¹ ASQUINI A., *Profili dell’impresa*, RDCom, 1943, I, p. 2.

²⁹² L’autonomia privata veniva tutela giuridicamente nella misura in cui conseguiva l’obiettivo di realizzare una funzione socialmente utile secondo i fini superiori della Nazione. BIANCA M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2000, III, p. 26.

²⁹³ Ciò si dedurrebbe facilmente dallo stesso art. 1324 c.c. che dispone espressamente che le norme relative al contratto si osservano, in quanto compatibili, anche per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale ovvero dall’art. 1323 c.c. che sottopone alla disciplina generale del contratto anche ai contratti che “non appartengono ai tipi che hanno una disciplina particolare”. GALGANO F., *Il negozio giuridico ...*, op. cit. p. 25 e ss. *Contra*, SCOGNAMIGLIO R., *Negozio giuridico*, Enc. Giur. Trec., 1990, ora in ID., *Scritti giuridici. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, I, pp. 91 e ss. che attribuisce il mancato riferimento alla categoria dogmatica nel codice all’adesione dello stesso alla tradizione del *Code Napoléon*.

²⁹⁴ Altra dottrina invece era impegnata nel difendere la sostanziale inutilità della categoria dogmatica del negozio giuridico. Per tutti, GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa*, RDComm., 1956, I, pp. 18 e ss. ora in RODOTÀ S., *Il diritto privato nella ...*, op. cit., pp. 291 e ss.

²⁹⁵ STOLFI G., *Introduzione*, in ID., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. XVI e ss. che lo qualifica addirittura come strumento di garanzia della libertà del cittadino (p. XXVIII).

²⁹⁶ GALGANO F., *Il negozio giuridico ...*, op. cit. p. 27. Il recupero della tradizione più propriamente liberale, portò inoltre a respingere, come corpi estranei (rispetto alle norme più facilmente inquadrabili dentro della categoria del negozio giuridico quale dichiarazione di volontà), tutti quegli elementi, pur presenti nel Codice e nelle leggi collegate (obblighi legali a contrarre, sostituzione automatica delle clausole difformi, etc.), che costituivano ipotesi di ingerenza pubblica nei rapporti interprivati. Confinati

dogmatica del negozio giuridico non uscì dalle già sperimentate strettoie della configurazione dello stesso quale espressione e manifestazione della libertà del volere (teoria soggettiva di tradizione liberale)²⁹⁷, ovvero come fenomeno della vita di relazione (teoria oggettiva)²⁹⁸; dalle strettoie della salta tra il prevalere del momento psicologico - la volontà - su quello sociale - la dichiarazione -.

Da un lato, infatti, i sostenitori della teoria o dogma della volontà ritenevano che l'essenza del fenomeno negoziale vada ricercata unicamente nella volontà creatrice dell'individuo, con la conseguenza di ridurre a mero veicolo di esternazione di questa la forma della sua manifestazione; dall'altro i c.d. "dichiarazionisti", affermavano che ciò che rileva per il diritto non è la volontà psichica, interiore del soggetto, bensì solo la dichiarazione, con la conseguenza di dover dare prevalenza, in caso di divergenza tra l'una e l'altra, a ciò che risulta dalla dichiarazione.

Il dibattito non perverrà a risultati univoci e soddisfacenti neppure a seguito dell'elaborazione della teoria oggettiva c.d. precettiva ad opera, com'è noto, di Emilio Betti, che pur ponendo l'accento sul significato obiettivo e socialmente valutabile dell'accordo²⁹⁹, non rinnegherà il ruolo centrale attribuito alla volontà³⁰⁰. Questa, "pur mediata e fatta affiorare all'esterno della dichiarazione, resta pur sempre quell'elemento portante del negozio giuridico, tendenzialmente destinato a prevalere in caso di divergenza con la dichiarazione"³⁰¹.

dentro della categoria della specialità e dell'eccezionalità, e dunque insuscettibili di espansione, tali norme venivano ritenute deviazioni indotte dall'ideologia dirigista e statalista del fascismo, e perciò interpretate restrittivamente.

²⁹⁷ STOLFI G., *Introduzione*, in ID, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XVI.

²⁹⁸ BETTI E., *Una teoria del negozio giuridico*, Giur. It. 1947, IV, pp. 137 e ss. ora in RODOTÀ S., *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 263 e ss. che sferza una critica severa all'opera e all'impostazione di Stolfi. Si veda anche la controplica di STOLFI G., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, Giur. It., IV, 1948, pp. 41 e ss., ora in RODOTÀ S., *Il diritto privato nella ...*, op. cit., pp. 275 e ss. Sul punto, ancora, BETTI E., *Una teoria del negozio ...*, op. cit.; ID, *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1950, pp. 45 e ss. SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 72 e ss. FERRI L., *La autonomia privata ...*, op. cit., pp. 27 e ss.

²⁹⁹ BIANCA M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000, III, p. 207.

³⁰⁰ Secondo la teoria precettiva, ripresa e rielaborata in Italia da Emilio Betti, il fondamento della figura del negozio giuridico va rintracciato nell'autonomia che la legge riconosce ai privati per la regolamentazione dei propri interessi. Il negozio giuridico diventa così una regola o un precetto posto dall'autonomia privata al quale l'ordinamento attribuisce valore di comando giuridico, sia pure dentro limiti e previo rispetto di condizioni predeterminate. Per una ricostruzione della vicenda, SCOGNAMIGLIO R., *Negozio giuridico...*, op. cit., pp. 73 e ss.

³⁰¹ FERRI L., voce *Negozio giuridico*, Dig. Disc. Priv., sez. civ., Torino, 1995, p. 161.

Al di là delle matrici storico-economiche di tale dibattito³⁰², ciò che si intende sottolineare è che si tratta di una contrapposizione indicativa di una particolare tensione verso il recupero di concezioni ed impostazioni dottrinali elaborate durante il periodo liberale in funzione del superamento dell'impostazione autoritaria e dispotica che il fascismo aveva cercato di imprimere al diritto³⁰³. Ancora una volta la preservazione della purezza del sistema civilistico (tradizionale) assolveva alla funzione dell'affermazione di un'istanza di libertà calpestata dal sistema giuridico e politico precedente. Anche nell'ambito

³⁰² BARCELLONA P., *Diritto privato e ...*, op. cit. pp. 421 e ss. interpreta la contrapposizione tra le posizioni menzionate nel testo come il risultato dell'obiettivo espansione della logica della produzione e del consolidamento del regime del mercato. L'affermazione della logica economica produttivistica imponeva infatti la necessità di sganciare il principale strumento dell'agire sociale – il negozio giuridico – da una considerazione alla stregua di fatto psicologico individuale imperniato sulla potenza creatrice della volontà, per renderlo elemento attinente alla vita di relazione, atto di autoregolamentazione dei propri interessi socialmente sancito, cui la legge riconosce rilevanza in termini di precetto produttivo di effetti corrispondenti. Se l'esaltazione del principio consensualistico (teoria della volontà) era servita a temperare le pretese della classe mercantile - di appropriazione delle risorse del suolo - con quelle della classe fondiaria - di difesa della proprietà -, l'esaltazione del principio dell'affidamento (teoria della dichiarazione – prevalenza della dichiarazione sulla divergente volontà del dichiarante -), attraverso un processo di oggettivazione dello scambio, era funzionale all'esaltazione delle pretese della classe imprenditoriale alla sicurezza nella circolazione dei beni. È questa la fase in cui l'unitarietà dell'ordinamento giuridico incomincia a cedere a fronte della prepotente emersione dell'esigenza di un trattamento privilegiato della classe imprenditoriale e si realizza quella duplicazione dei sistemi di diritto privato (materializzata dalla duplicazione dei codici – civile e commerciale -) che finisce per rompere l'unitarietà del soggetto giuridico. GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 21 e ss. Critica la contrapposizione tra teorie soggettive e teorie oggettive, FERRI L., *La autonomía privada ...*, op. cit., p. 4 e ss., il quale sostiene che si tratta di una contrapposizione inutile che non aiuta a risolvere il vero problema connesso all'autonomia privata ovvero quello del fondamento del potere riconosciuto ai privati di creare norme giuridiche. In questo senso, l'A. cit. distingue tra autonomia privata e autonomia della volontà (intesa come libertà naturale o morale del volere ovvero come libertà di autodeterminarsi in un modo piuttosto che in un altro, che in quanto tale costituisce un mero antecedente della fenomenologia giuridica e può essere identificata con l'autonomia individuale). Ripercorre i termini fondamentali del dibattito in materia di negozio giuridico e autonomia privata, SCOGNAMIGLIO R., *Negozio giuridico e autonomia privata ...*, op. cit., pp. 289 e ss.

³⁰³ Si veda, a proposito delle tensioni tra autonomia privata individuale ed ordinamento giuridico generale, anche la ricostruzione critica dell'elaborazione della nozione di causa del contratto in FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria ...*, op. cit., spec. pp. 105 e ss. Come segnala questo A., infatti, l'elaborazione e la sistemazione dogmatica della nozione di causa del negozio giuridico subì vicende analoghe a quelle vissute dall'elaborazione del ruolo e della funzione dell'autonomia privata. Alla contrapposizione tra volontaristi e dichiarazionisti in riferimento alla teoria della volontà come fondamento dell'autonomia privata, corrispose, a proposito della nozione di causa, la contrapposizione tra sostenitori della teoria soggettiva (che intendevano la causa del negozio come il motivo determinante, motivo ultimo e normale de) e sostenitori della teoria oggettiva (che consideravano la causa da una prospettiva meramente oggettiva di funzione economico sociale).

del diritto privato, gli strumenti civilistici, continuavano a manifestare la loro speciale capacità di razionalizzazione, attraverso l'astrazione della realtà sociale ed economica sottostante³⁰⁴. Parallelamente a quanto avveniva nel seno del diritto del lavoro, il recupero della tradizione più propriamente liberale veniva aprioristicamente concepito come un sorta di *rimedio naturale* contro le involuzioni autoritarie e totalitarie del passato regime³⁰⁵.

VII. - La sostanziale inattuazione dei principi costituzionali e la svolta garantista degli anni '60 e '70.

All'appassionato impegno della dottrina giuslavoristica nell'opera di depurazione teorica della regolazione codicistica dalle incrostazioni dell'ideologia corporativa fa da contraltare, tuttavia, il sostanziale disinteresse della cultura giuridica dominante nei confronti del reale assetto di interessi sottostante ai rapporti di lavoro che, in un contesto di sostanziale astensionismo legislativo, continuavano a reggersi principalmente sulla normativa risultante dal Codice.

L'inattuazione dei principi costituzionali ed il confinamento dell'intervento legislativo solo nei confronti delle fasce marginali del lavoro³⁰⁶, uniti alla debolezza di un sistema sindacale ancora reduce dalle

³⁰⁴ "L'autonomia dell'individuo è materialmente/praticamente garantita dall'autonomia dell'economico e dall'eguaglianza del diritto". BARCELLONA P., *La parabola del soggetto ...*, op. cit., p. 96. Tuttavia, la trasformazione della concezione e della costruzione dogmatica del negozio giuridico che da atto di volontà diventa strumento di auto-regolamentazione di interessi (atto di autonomia privata) lascia intravedere la penetrazione nella stessa di una visione degli istituti giuridici più aderente alla realtà sociale ed economica nella quale sono destinati ad operare. Sottende la critica alla *costruzione scientifica* pandettistica, accusata di eccessivo formalismo e astrattezza. Sul punto, FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria ...*, op. cit., pp. 19 e ss.

³⁰⁵ Sottolinea le convergenze più che le dissonanze tra liberalismo e fascismo, SOMMA A., *Parallele convergenti. La comune matrice ...*, op. cit., pp. 61 e ss.

³⁰⁶ Nel corso degli anni '50, in particolare, si mise mano ad una serie di interventi legislativi volti ad assicurare forme minime di protezione alle fasce marginali della forza lavoro - tutela del lavoro femminile (l. 26 agosto 1950, n. 860, l. 12 dicembre 1950, n. 986; l. 9 gennaio 1963, n. 7), disciplina dell'apprendistato (l. 19 gennaio 1955, n. 25), del lavoro a domicilio (l. 13 marzo 1958, n. 264), del lavoro a termine (l. 18 aprile 1962, n. 230) -; interventi che si aggiungono alla già esistente disciplina del collocamento pubblico volta ad assicurare una parità di trattamento tra i lavoratori nell'avviamento al lavoro (l. 29 aprile 1949, n. 264) e alla legge Vigorelli (l. 14 luglio 1959, n. 741), che consentì di fatto l'applicazione generalizzata dei contratti collettivi. Si trattò, in realtà, di una serie di interventi che nel contesto di sostanziale inattuazione dei principi costituzionali e di regolazione dei rapporti di lavoro, anche per le aree centrali del mercato del lavoro, ancora incentrata sulla disciplina codicistica, si rivelò inadeguata rispetto agli obiettivi e sostanzialmente inefficace a condizionare la dinamica reale dei rapporti di lavoro. MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro...*, op.

ferite infertegli dal regime corporativo fascista nonché sostanzialmente sfavorito da un sistema politico che impediva l'alternanza nel potere di partiti politici diversi³⁰⁷, avevano lasciato praticamente inalterate le posizioni di forza all'interno delle imprese, riproponendo un modello di rapporto individuale caratterizzato dall'assoluta prevalenza degli interessi imprenditoriali nella gestione della forza lavoro nel contesto organizzativo dell'impresa³⁰⁸. La ferma riproposizione dell'opzione contrattuale come unica forma di opposizione possibile al carattere autoritario conferito al rapporto di lavoro dal Codice civile appariva dunque quanto meno insufficiente, finendo per intrecciarsi con una sostanziale conferma della intangibilità delle prerogative manageriali nell'ambito del rapporto individuale³⁰⁹. D'altra parte, la penetrazione dei nuovi valori costituzionali nel concreto sistema sociale ed economico nonché nell'attuazione dei pubblici poteri fu, come accennato, lenta, faticosa e complessa. In sostanza, occorrerà aspettare più di venti anni dall'emanazione della Costituzione affinché la "rivoluzione promessa"³¹⁰, cominciasse a tradursi in realtà.

È questa la fase in cui si mette mano all'elaborazione e alla promulgazione di una serie importante di interventi normativi

cit., p. 35. Essa, inoltre, continua ad intervenire sulla posizione del lavoratore nel mercato, in quanto contraente debole, attraverso l'imposizione di serie di condizionamenti esterni alle scelte imprenditoriali, in sostanziale continuità con la legislazione del periodo corporativo. LISO F., *La mobilità del lavoratore* ..., op. cit., pp. 23 e ss. E' stato sottolineato poi che si trattò di una legislazione che prende come proprio referente lavoratori - appartenenti a gruppi socialmente deboli - in quanto singoli e non in quanto gruppo organizzato. GIUGNI G., *Prospettive del Diritto del Lavoro per gli anni '80*, Relazione VII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Bari, 23-25 aprile 1982, Giuffrè, Milano, 1983, p. 10, pubblicato anche in DLRI, 1982, p. 373

³⁰⁷ "El retraso de la reforma del *welfare state*, con la relación a los años de crecimiento rápido, y la permanencia hasta el 1969 de un sistema de relaciones industriales poco institucionalizadas y desfavorable a los trabajadores, en la relaciones laborales y en la distribución de la renta, explican la existencia de un potencial reivindicativo muy elevado que estalló entre 1969 y 1979, pero cuyas consecuencias pervivieron hasta finales de los años setenta". WOLLEB E., *De la institucionalización tardía a la desvirtualización: Italia*, in BOYER R. (Dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 186-87.

³⁰⁸ "Come dire che il faro della costituzione formale tarda ad accendersi sui luoghi di lavoro e, poiché il cono d'ombra d'una normativa elaborata per soli produttori - e, per giunta, produttori plasmati da una società senza democrazia - non si è rimpicciolito d'un centimetro, lì continuano a manifestarsi gli effetti postumi di stagioni giuridico-politiche meno lontane di quanto i capovolgimenti di regime non permettano di supporre". ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia*op. cit., p. 133.

³⁰⁹ Fortemente critico rispetto all'incapacità del diritto del lavoro del dopo-costituzione, che "preferendo rimanere arroccato nella difesa del suo querulo passato fatto di una singolare mistura di aggressività e acquiescenza, non si è impadronito del ruolo di fattore di spinta verso una nuova «economia di domani», ROMAGNOLI U., *L'amarcord del diritto del lavoro* ..., op. cit. p. 421.

³¹⁰ Si tratta della celebre affermazione di Calamandrei ripresa da MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del lavoro*..., op. cit., p. 31.

(legislazione antifraudolenta e promozionale³¹¹) volti a dotare i lavoratori di una tutela - in quanto singoli ed in quanto gruppo sociale organizzato - che, pur garantita a livello formale nel testo costituzionale, era rimasta nei fatti sostanzialmente ineffettiva³¹². Fondamentale fu, in questo senso, il contributo dato dall'emanazione dello Statuto dei Lavoratori del 1970, non a caso identificato come lo strumento attraverso il quale si consente alla Costituzione stessa di varcare i cancelli delle fabbriche. Il presupposto su cui si fonda lo Statuto è quello secondo il quale il riconoscimento della legittimità dell'esistenza di un potere privato (dei privati sui privati)³¹³ implica la necessità di introdurre nell'impresa quello stesso principio democratico che regge e conforma i rapporti sociali in generale; implica la necessità della penetrazione di quegli stessi diritti fondamentali costituzionalmente garantiti al lavoratore (in quanto persona) sul piano individuale e collettivo finalmente anche nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale. Garanzia da attuarsi *in primis* e direttamente attraverso il riconoscimento della capacità d'incidenza di tali diritti anche all'interno dell'organizzazione economica e produttiva nella quale si svolge la prestazione di lavoro³¹⁴ (con conseguente

³¹¹ A titolo esemplificativo si ricorda la l. n. 1369 del 1960 sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, la l. n. 230 del 1962 sul contratto a tempo determinato, la l. n. 604 del 1966 sull'obbligo di motivazione nei licenziamenti individuali - poi integrata dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori del 1970 -. Tutte insieme queste disposizioni vincolano il lavoro subordinato ad un unico schema di contratto: quello a tempo pieno e indeterminato, munito, nelle imprese medio-grandi, di forti garanzie di stabilità, analogamente a quanto avviene nel settore pubblico.

³¹² “La concezione secondo cui i poteri del datore di lavoro sono intangibili è stata scalfita a partire dalla l. n. 604 del 1966 che ha introdotto un regime tassativo di ragioni giustificative dei licenziamenti, le quali rendono per la prima volta certamente sindacabile la decisione imprenditoriale”. Ma è soprattutto a seguito della promulgazione dello Statuto dei Lavoratori del 1970 che la distribuzione e l'assetto dei poteri all'interno delle imprese muta sostanzialmente. ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore* ..., op. cit., p. 243; analogamente, LOY G., *El dominio ejercido sobre el trabajador*, RL, 2005, n. 19-20, pp. 62 e ss.

³¹³ Potere privato che pur originandosi sul piano sociale (proprietà dei mezzi di produzione) e legittimandosi sul piano costituzionale attraverso il riconoscimento della libertà di iniziativa economica, deriva come conseguenza del contratto di lavoro, connotato appunto dall'elemento della subordinazione. APARICIO J., BAYLOS A., *Autoridad y democracia en la empresa*, in ID (Coord.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 10 e ss.

³¹⁴ Libertà di espressione (art. 1 Statuto dei Lavoratori), tutela della dignità e della riservatezza nei confronti dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro (artt. 2, 3, 4, 5, 6, 8), diritto alla salute (art. 9), alla libertà sindacale (artt. 14, 15, 16). In questo senso, lo Statuto dei Lavoratori del 1970, concretizzando garanzie già riconosciute nella Costituzione, permette la configurazione di una serie cospicua di ulteriori limiti (esterni) ai poteri imprenditoriali; limiti improntati alla necessità del rispetto di quei diritti che la norma fondamentale attribuisce al singolo (anche nelle formazioni sociali) in quanto persona ed in quanto lavoratore. Sulla più modesta incidenza dell'Estatuto de los Trabajadores spagnolo in tal senso, VALDÉS DAL-RÉ F., *I poteri dell'imprenditore e ...*, op. cit., pp. 53 e ss. che attribuisce la responsabilità della

necessario adattamento dell'esercizio dei poteri datoriali al rispetto di tali diritti³¹⁵), ma anche, indirettamente, attraverso il rafforzamento della presenza sindacale in azienda (artt. 19 e ss. e soprattutto art. 28).

È questa la fase in cui il diritto del lavoro appare come complesso normativo oramai completamente proteso ad emanciparsi dalla sudditanza con le strutture ed i principi del diritto civile. Il chiaro orientamento protettivo, la speciale composizione e strutturazione delle fonti di regolamentazione, l'elaborazione e l'affermazione di un complesso di strutture dogmatiche, di principi ispiratori e di tecniche di regolamentazione specifiche, sanziona la sostanziale "decodificazione" della disciplina giuslavoristica e la sua emancipazione del sistema del diritto comune dei contratti³¹⁶. L'elevato grado d'autonomia ed autosufficienza sistemica a cui è oramai pervenuto il diritto del lavoro permette di ritenere superata la concezione che assegnava a quest'ultimo una posizione di "eccezionalità"/"specialità" rispetto ad un diritto (considerato) comune – il diritto privato - inteso come diritto funzionale alla regolamentazione delle relazioni tra privati. Il diritto del lavoro diviene, insomma, il *diritto comune* della realtà sociale sottoposta alla sua regolamentazione³¹⁷, con la conseguenza di rendere possibile un'interpretazione estensiva o analogica dei propri principi e delle proprie regole anche a parcelle della realtà sociale considerate attigue. Si spiega anche in questi termini quella che è stata definita la *tendenza espansiva della frontiere del diritto del lavoro* che porta tanto il

mancata trasformazione della delega contenuta nell'art. 35, comma 2 CE ("La legge regolerà uno Statuto dei Lavoratori") in un'opportunità per la realizzazione di una garanzia effettiva anche nel contesto del rapporto di lavoro dei diritti fondamentali, alla convergenza tra impostazioni ideologicamente distinte (ideologia pluralista e pancontrattualista), ma pur sempre orientate ad un sostanziale contenimento dell'intervento statale ed alla grave crisi occupazionale che soffriva il Paese tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80. Sul punto anche, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo ...*, op. cit., pp. 37 e ss.

³¹⁵ In tal senso, le modifiche introdotte dallo Statuto (artt. 7, 13, 18) agli artt. 2106, 2103, 2118 c.c. che regolano il potere disciplinare, lo *ius variandi* e il potere di licenziamento. MENGONI L., *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 387 e ss.; SUPPIEJ G., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori*, SPAGNUOLO VIGORITA L., *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dalla Statuto dei Lavoratori*, entrambi costituenti le Relazioni presentate dagli autori al Congresso Aidlass, 3-6 giugno 1971, "I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dalla Statuto dei Lavoratori"; VARDARO G., *Il potere disciplinare giuridificato*, DLRI, 1986, pp. 1 e ss. a cui si rinvia anche per una ricostruzione in chiave storico critica della normativa in materia.

³¹⁶ Sul punto, IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979 e ora D., *«L'età della decodificazione» venti anni dopo*, Giuffrè, Milano, 1999. Sul dibattito in materia di rinnovamento del metodo anche nel diritto civile in funzione di una maggiore aderenza e coerenza dello stesso al contesto sociale storicamente determinato nel quale si inserisce, le appassionate considerazioni di, LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, RDC, 1968, I, pp. 297 e ss.

³¹⁷ MONEREO PÉREZ J. L., *Algunas reflexiones sobre la ...*, op. cit., p. 36.

Legislatore, quanto la giurisprudenza ad estendere al massimo le tutele assicurate al lavoro subordinato, a volte, anche al di là di rigorose operazioni di qualificazione del rapporto.

Si è trattato tuttavia di una tendenza non priva di moti contrari, avallati dalla perseveranza della cultura giuridica dominante nel perpetrare quella spaccatura, generatasi con il passaggio ad un sistema democratico, tra giuspubblicistica e giusprivatistica³¹⁸ che permarrà come il simbolo della reazione – dal sapore oramai un po' *retrò* e un po' reazionario – al sistema corporativo, continuando ad influenzare non poco gli sviluppi successivi del diritto del lavoro.

Considerazioni riepilogative.

Si è cercato nel corso di questo Capitolo di ripercorrere criticamente alcune delle ragioni d'ordine economico, politico e tecnico-giuridico che hanno contribuito a determinare il definitivo e pressoché unanime riconoscimento della natura contrattuale del rapporto di lavoro. Si è cercato di capire in particolare il perché della “fortuna” del contratto quale schema giuridico astratto al quale ricondurre il rapporto tra prestatore e datore di lavoro subordinato rispetto alle diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina nel corso della formazione prima, e del consolidamento poi, dell'ordinamento giuridico del lavoro.

Utilizzata quale strumento d'espressione privilegiato dei principi liberali che vedevano nell'autonomia privata il valore fondante della modernità, la ricostruzione in termini contrattuali del rapporto di lavoro è servita inizialmente a consentire l'affermazione ed il consolidamento della trasformazione in senso capitalistico dell'economia e della società. Allo stesso tempo, l'idea del contratto ha svolto la funzione di rappresentare giuridicamente il mutato clima culturale generato dalle rivoluzioni borghesi del XVIII secolo; un clima impregnato dei principi del liberalismo che rivendicava la nuova centralità assegnata all'uomo, soggetto libero e uguale indipendentemente dall'appartenenza a *status* sociali ed economici; individuo isolato, artefice dell'ordine sociale ed economico, in quanto tale capace di individuare e perseguire le proprie aspirazioni ed i propri interessi e dunque di assumersi la responsabilità delle proprie azioni. Le ricostruzioni in termini contrattuali assecondavano l'affermazione giuridica di un principio di libertà, di emancipazione e di progresso che si riteneva essere fatale conseguenza della realizzazione dell'ordine sociale, economico e giuridico liberale.

³¹⁸ Parla di “scontro radicale ed inestinguibile”, CAZZETTA G., *Una storia spezzata ...*, op. cit., p. 191.

Il fascismo attribuisce all'autonomia privata una funzione ed un ruolo sostanzialmente diversi e, in ogni modo, rigidamente subordinati ad un progetto di società autoritario e dispotico. La sostanziale subordinazione del principio d'autonomia a quello di statualità del diritto aveva portato da un lato, alla configurazione di un diritto del rapporto individuale paternalista quando non anche ipocrita e dall'altro, ad un sostanziale asservimento della contrattazione collettiva agli obbiettivi di politica economica e sociale predeterminati autoritativamente dallo Stato etico fascista, con conseguente svalutazione del momento contrattuale. Il tutto, in un altrettanto sostanziale esaltazione della funzione etico-sociale dell'impresa, legittimata a costituirsi, al pari dello Stato, quale organizzazione gerarchica e dispotica.

Si spiega così, essenzialmente, anche perché - a seguito del ripristino del sistema democratico improntato ai valori del pluralismo e della solidarietà sociale ed economica -, l'opzione contrattuale ha continuato a svolgere, tanto in Italia come in Spagna, una funzione "catartica", di affrancamento dall'ideologia autoritaria ed antidemocratica del regime fascista, di riaffermazione di una libertà radicalmente negata dal sistema corporativo; perché l'esaltazione delle matrici propriamente civilistiche della disciplina è servita a riaffermare l'esistenza di una strutturale contrapposizione di interessi tra capitale e lavoro, a scongiurare un'involuzione verso considerazioni del rapporto di lavoro come relazione di soggezione personale del lavoratore e dunque ad "arginare l'elemento «irrazionale» della subordinazione"³¹⁹, a rappresentare la tensione ideale insita nell'idea stessa di contratto verso valori quali la libertà, l'uguaglianza, la responsabilità.

Rispetto ad altre impostazioni (teorie associative, istituzionaliste e comunitariste) che negavano la rilevanza del contratto quale fonte del vincolo giuridico e delle reciproche obbligazioni delle parti, ovvero ne riducevano la rilevanza a titolo per l'inserimento del lavoratore nella comunità di lavoro o nell'impresa istituzione, le teorie più propriamente contrattualistiche presentavano l'indubbio vantaggio della razionalizzazione delle rispettive posizioni delle parti, consentendo allo stesso tempo la circoscrizione sia dell'area del debito del lavoratore, sia dei poteri imprenditoriali - anch'essi contrattualizzati - alle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'impresa e della produzione³²⁰.

³¹⁹ Cfr. LUNARDON F., *Specialità e flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 550.

³²⁰ TREU T., *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, DLRI, 1987, p. 702. Scrive a tal proposito, SUPPIOT A., *Crítica al derecho del trabajo ...*, op. cit., p. 185: "Cuando la relación de trabajo se concibe como un vínculo personal, la dependencia que engendra no puede situarse en el tiempo y en el espacio, sino que marca la propia persona del trabajador, que está sometido siempre y en todo lugar a un deber de lealtad y de fidelidad con respecto a su empresario (...). Por el contrario, en una concepción puramente contractual, la distribución de la subordinación y de la libertad se identifica

La costituzionalizzazione del diritto e del contratto di lavoro è servita al rafforzamento della prospettiva della penetrazione, nella ricostruzione della posizione soggettiva del lavoratore nel contratto che lo lega al datore di lavoro, di un complesso di diritti fondamentali che servano da argine e da limiti ai poteri imprenditoriali ed alla cui sostanziale protezione si è indirizzata la disciplina giuridica del lavoro. In quest'ottica, il riconoscimento al più alto livello della struttura giuridica di tali diritti è servita a consolidare la prospettiva dell'esistenza di un articolato di valori da contrapporre e compenetrare a quelli propri di un'economia di mercato³²¹.

Si è visto, tuttavia, che la soluzione contrattualistica non per questo cessava di presentare una serie di contraddizioni e di antinomie che hanno determinato la necessità di una elaborazione dogmatica e di una riflessione giuridica sempre più approfondita sul contratto di lavoro come contratto tipico per l'inquadramento del fenomeno sociale del lavoro subordinato, in quanto tale distinto ed autonomo rispetto a quelli afferenti all'area del diritto civile, a cui originariamente veniva ascritto. Antinomie e contraddizioni che derivavano principalmente quale conseguenza del problema indotto dalla subordinazione - pur intesa in senso tecnico-giuridico come sottoposizione del lavoratore al potere di specificazione e di conformazione della prestazione lavorativa - e dall'inevitabile implicazione personale del lavoratore nell'ambito di un contratto che, in quanto tale, presuppone e si fonda sull'uguaglianza e la libertà delle parti negoziali e sulla patrimonialità degli interessi oggetto di scambio. Implicazione personale che genera quale effetto dal contratto, ma si distingue da questa; che dà ragione fondamentale della progressiva "emancipazione" - mai definitivamente prodottasi - delle tecniche, dei principi e della costruzione dogmatica del diritto del lavoro dal diritto civile e del peculiare regime giuridico che gli è proprio, improntato alle esigenze di protezione dei valori (individuali e collettivi) coinvolti nel rapporto di lavoro³²². Implicazione, infine, che è servita a giustificare la

con las puertas de la empresa, sobre las cuales podría escribirse, apenas modificado, el verso de Dante: «lasciate ogni libertà, voi ch'intrate»".

³²¹ La prospettiva della valorizzazione dei diritti fondamentali dei quali è titolare il lavoratore in quanto persona ed in quanto cittadino quale contrappeso e compensazione sistemica della cessione al mercato di ampie aree della disciplina è senz'altro una prospettiva in forte rivalutazione nella letteratura giuridica (non solo giuslavoristica) più recente. Sul punto, anche in prospettiva europea, DEL PUNTA R., *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 2001, pp. 335 e ss.

³²² A tal proposito, D'ANTONA M., *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, n. 1, ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 200 e ss. distingue tra un piano classificatorio della subordinazione, intesa come "complesso di elementi che debbono ricorrere nel caso concreto perché sia applicabile il diritto del lavoro", ed un piano assiologico della subordinazione che "fissa la posizione dei soggetti del rapporto di lavoro nella rete di relazioni economiche, e giustifica - nella nostra Costituzione come nelle altre in cui i diritti sociali sono riconosciuti come diritti fondamentali - una protezione giuridica specifica del lavoratore".

progressiva e sempre più penetrante svalutazione e marginalizzazione del ruolo e della funzione dell'autonomia individuale e del contratto nella determinazione delle condizioni dello scambio negoziale.

Subordinazione pertanto come criterio di qualificazione del contratto e, dunque, quale elemento tipico della causa dello stesso; subordinazione al tempo stesso quale situazione personale del lavoratore e dunque *ratio* dell'intervento protettivo del diritto del lavoro³²³ che si è andato consolidando e rafforzando in coincidenza con l'intensa fase di espansione economica che (pur non beneficiando in egual modo tutte le categorie economiche e sociali) caratterizzò in modo particolare gli anni '60; sviluppo della normativa che sembrava d'altra parte destinato a produrre un costante e progressivo processo di miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della maggioranza della popolazione, nonché un altrettanto salutare processo di progressiva democratizzazione dei rapporti di lavoro.

Questo modello di regolazione del lavoro nelle società industriali è invece inesorabilmente entrato in crisi nel corso degli anni '80 e '90, in coincidenza con una fase di profonda recessione economica e produttiva di portata internazionale. È in tale contesto che, anche nell'ambito di un processo di revisione storico-critica dei fondamenti, dei presupposti sui quali si era andato costruendo il diritto del lavoro e della sua stessa legittimazione come disciplina autonoma, si andranno sviluppando quelle impostazioni volte al recupero della centralità del contratto quale strumento di manifestazione privilegiato della libertà e della soggettività del lavoratore.

Nel Capitolo che segue si cercherà in particolare di mettere in evidenza gli ambiti più significativi di progressiva rivalutazione giuridica del momento contrattuale e, allo stesso tempo, di ricostruire l'evoluzione subita dal dibattito sul punto.

³²³ Scrive a tal proposito MAGRINI S., voce *Lavoro* (contratto individuale di) ..., op. cit., p. 388 "La persona del lavoratore, esclusa dalla struttura del contratto di lavoro mediante la sintesi formale dello scambio ed il ripudio della prospettiva comunitaria, emerge come punto di riferimento essenziale per la determinazione degli effetti legali della fattispecie, che si inquadrano in una logica di protezione unilaterale certamente anomala rispetto al diritto comune dei contratti. Esiste dunque una scissione tra *ratio* dell'individuazione del tipo negoziale del contratto di lavoro come contratto di scambio, e la *ratio* degli interventi legislativi di protezione del lavoratore che...non contraddice la nozione moderna di contratto, secondo la quale la fonte privata e la fonte legale convergono nella costruzione del regolamento contrattuale ispirandosi ciascuna a proprie valutazioni".

**CAPITOLO SECONDO: IL DIBATTITO SUL RUOLO
DELL'AUTONOMIA INDIVIDUALE NELLA "CRISI" DEL DIRITTO
DEL LAVORO.**

I. – Trasformazioni socio-economiche ed emersione del dibattito sulla flessibilità. Le linee generali.

I. 1. – Crisi economica e *obsolescenza* del diritto del lavoro.

Nel contesto della grave crisi economica e sociale che colpì l'Italia (e non solo)³²⁴ tra la seconda metà degli anni '70 e gli anni '80 e della necessità di porre rimedio alle conseguenze sociali più laceranti da essa prodotte, si aprì un dibattito in seno alla comunità giuslavoristica nel quale, pur con impostazioni diverse, si diffuse la consapevolezza della necessità di provvedere ad un serio ripensamento dei paradigmi scientifici sui quali si era fondato e costruito il diritto del lavoro³²⁵. In un quadro di alti tassi di inflazione, di recessione economica, di perdita di competitività delle imprese - solo in parte compensate da politiche di svalutazione monetaria - e di tassi di disoccupazione in forte crescita, si riteneva che il modello di diritto del lavoro consolidatosi nel corso degli anni '60 avesse subito una sorta di *obsolescenza* precoce; *obsolescenza* (della strumentazione giuridica, dei contenuti e delle stesse categorie concettuali) pericolosa nella misura in cui non solo veniva percepita come un ostacolo all'elaborazione di efficaci risposte alle nuove sfide lanciate dalla *modernità*, ma anche e soprattutto perché ritenuta all'origine di diseconomie e distorsioni oramai intollerabili.

Queste si sarebbero prodotte certamente quale conseguenza della formazione del diritto del lavoro per "stratificazione alluvionale" di materiali giuridici diversi e non coordinati gli uni con gli altri, che aveva dato luogo a contraddizioni ed antinomie interne al sistema ora esaltate dalla difficile congiuntura economica³²⁶. Ma, all'origine di quella che sembrava destinata a trasformarsi in una vera e propria crisi sistemica e di legittimazione del diritto del lavoro³²⁷, si riteneva vi fosse il fatto che, nel definire e specialmente nel regolare il tipo legale di lavoro subordinato, il Legislatore aveva preso a riferimento un (proto)tipo di

³²⁴ In Spagna, come è noto, la crisi economica coincise con il periodo della transizione politica dal franchismo alla democrazia. La necessità di un ammodernamento del sistema di diritto del lavoro come conseguenza della crisi economica della seconda metà degli anni '70 - che colpì duramente anche questo Paese - si intrecciò dunque con la necessaria opera di depurazione del sistema giuslavoristico dalle incrostazioni del regime franchista - *infra*, nel testo -.

³²⁵ Indicativo, in tal senso, AA.VV., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Atti del VII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Bari, 23-25 aprile 1982, Giuffrè, Milano, 1983.

³²⁶ GIUGNI G., *Il diritto del lavoro degli anni '80*, DLRI, 1982, pp. 373 e ss.

³²⁷ Sul punto, per il diritto francese degli anni '80, JEAMMAUD A., *El derecho del trabajo en 1988: un cambio de orientación más que una crisis*, TL., 1989, n. 14, pp. 28 e ss. Per il diritto spagnolo, in una panoramica generale, DE SOTO RIOJA S., *El derecho del trabajo: entre la unidad y la fragmentación*, TL, 2001, n. 60, pp. 33 e ss. Parla della necessità di una "renovación teórica", MARTÍN VALVERDE A., *Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo» del profesor Alonso Olea*, REDT, 1996, n. 77, p. 410.

lavoratore e di lavoro – quello massa della grande impresa industriale – e di organizzazione produttiva – quella di tipo fordista-taylorista – la cui prevalenza e tipicità sociale erano andate rapidamente scemando a seguito delle profonde trasformazioni economiche e produttive generate dalla crisi prima e dalla rivoluzione tecnologica poi³²⁸.

Seppur con una certa dose di “gioco d’anticipo”³²⁹, era pur vero che, se il fenomeno della terziarizzazione dell’economia stava revocando in dubbio la centralità del settore industriale nel sistema economico, le necessità di (riduzione dei costi e di) diversificazione delle forme di organizzazione della produzione e di utilizzazione del fattore lavoro da parte delle imprese dettate da una concorrenza che si estendeva a livello planetario, stavano comportando anche una sostanziale scomposizione dei centri di potere all’interno ed all’esterno dell’impresa, adesso interessata da vasti processi di decentramento, delocalizzazione ed esternalizzazione e strutturata in una rete di articolazioni nazionali ed internazionali spesso ricomposte nelle forme flessibili della impresa rete o dell’impresa di gruppo (o gruppi di imprese)³³⁰. D’altra parte,

³²⁸ GAETA L., *Normale ed “altro” nel diritto del lavoro. Primi appunti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L’omaggio dell’accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 155 e ss. In realtà, appaiono decisive le considerazioni espresse da più parti della dottrina che dubitano che, nel delineare l’art. 2094 c.c., il Legislatore del ’42 avesse in mente il paradigma fordista della produzione. Semmai si sarebbe trattato di un paradigma sulla base del quale si è andata costruendo la legislazione speciale ed, in particolare, lo Statuto dei Lavoratori. In tal senso, MARIUCCI L., *Subordinazione ed itinerari della dottrina*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 70-71; D’ANTONA M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), Massimo D’Antona. Opere, I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 225 e ss.; CASAS BAAMONDE M. E., *Las nuevas formas de empleo en el derecho del trabajo español: evolución y tendencia*, in AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1991, pp. 41 e ss. Per un’analisi generale delle trasformazioni subite dalla struttura economica e dal prototipo di lavoratore preso a modello dalla legislazione lavoristica, recentemente, SELMA PENALVA A., *Los Límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, spec. pp. 25-52. TOSI P., *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, QDLRI, 1998, pp. 33 e ss.

³²⁹ Sulle caratteristiche del fordismo italiano, WOLLEB E., *De la institucionalización tardía a la desvirtualización: Italia*, in BOYER R. (Dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 185 e ss. Per la Spagna, TOHARIA L., *Un fordismo inacabado, entre la transición política y la crisis económica: España*, *ivi*, pp. 161 e ss.; ALONSO BENITO, L. E., *El trabajo y su futuro en España a la luz del Estatuto de los Trabajadores*, in RUESGA BENITO S. M., VALDÉS DAL-RÉ F., ZUFIAUR NARVAIZA J. M. (coord.), *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 53 e ss.

³³⁰ ALCALÁ DÍAZ M. A., *Aspectos económico e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)*, RDS, 2003, n. 23, p. 61. Sulle implicazioni lavoristiche della concentrazione del capitale, BAYLOS A., COLLADO L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Trotta, Madrid, 1994. Sui riflessi sul diritto del lavoro delle trasformazioni della figura del datore di lavoro, TULLINI P., *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, ADL, 2005, pp. 85 e ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *El empresario*

decentramento produttivo e frammentazione dei centri decisionali e di potere all'interno delle imprese costituivano fattori che spingevano verso una materiale diversificazione sia delle forme in cui le prestazioni lavorative venivano rese a favore dell'impresa, sia dei contenuti delle stesse³³¹.

La pluriformità delle modalità e dei contenuti del lavoro post-industriale sembrava cozzare, quindi, con una disciplina lavoristica incentrata su un unico modello legale per l'acquisizione del fattore lavoro, quello del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, assistito da forti garanzie di stabilità. La "rigidità" di tale modello, nel senso dell'uniformità di disciplina che ne derivava, attuata quasi esclusivamente attraverso l'imposizione di norme (tanto legali, quanto collettive) inderogabili e, dunque, attraverso tecniche regolative fortemente incentrate sul contenimento degli spazi di espressione dell'autonomia privata (individuale), perseguita fino a quel momento in quanto ritenuta espressione privilegiata dell'ideale costituzionale dell'uguaglianza (sostanziale), si presentava ora come fattore deformante nella misura in cui non solo finiva per disconoscere la complessità sottostante del sistema sociale ed economico, ma anche perchè si riteneva che contribuisse ad acuire le conseguenze negative sui livelli occupazionali. Il diritto del lavoro uniformizzante ed (iper)garantista, veniva cioè "colpevolizzato" di aver contribuito, direttamente o indirettamente, alla creazione di quelle condizioni economiche e sociali che avevano favorito la crisi economica (e dunque la disoccupazione)³³².

All'ipertrofia ed alla rigidità di un diritto eccessivamente disattento alle reali necessità di un mercato e di un'economia in profonda trasformazione veniva attribuita anche la *responsabilità* del fenomeno della c.d. "fuga dal diritto del lavoro", ovvero di quel progressivo e lento processo di espansione del ricorso – non sempre legittimo – delle imprese a forme contrattuali di acquisizione del lavoro alternative a quella propria

como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar, in FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., (coord.) *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 21 e ss.; VARDARO G., *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, DLRI, 1988, pp. 203 e ss.; MAZZOTTA O., *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, LD, 1988, pp. 359 e ss.; ICHINO P., *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, pp. 203 e ss.

³³¹ FERRARO G., *Prospettive di riforma del Libro V del Codice Civile*, DLRI, 1982, pp. 1 e ss.; MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD, 1993, pp. 21 e ss.; PESSI R., *Tecniche normative e lavoro "atipico"*, LD, 2006, n. 12, pp. 7 e ss.

³³² MARAZZA M., *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca postindustriale*, ADL, 2007, p. 932, il quale addirittura sembra imputare alla tendenza all'egualitarismo ed al pansidacalismo di matrice sessantottina la responsabilità della crisi economica degli anni '80.

del lavoro subordinato³³³. Si fa riferimento, in primo luogo, all'utilizzo di modelli contrattuali di matrice civilistica e commerciale (prestazioni di lavoro in regime di parasubordinazione, contratto d'opera, contratti di appalto e subappalto, di fornitura e subfornitura, etc.), quando non direttamente del lavoro nero³³⁴. L'ampio fenomeno del decentramento produttivo e della conseguente specializzazione imprenditoriale veniva (e viene), infatti, in gran parte ottenuto attraverso il ricorso delle imprese a forme di acquisizione della forza lavoro alternative alla diretta assunzione di lavoratori subordinati da incorporare all'organico aziendale, nonché attraverso una sostanziale riscoperta delle potenzialità del lavoro (genuinamente ovvero fittiziamente) autonomo³³⁵. In altri

³³³ In realtà, per fuga dal diritto del lavoro si intende più in generale quel processo di matrice legislativa, giurisprudenziale o derivante dall'esercizio dell'autonomia privata (tanto individuale, quanto collettiva) tendente a escludere dal campo di applicazione del diritto del lavoro determinate figure e rapporti di lavoro. La tesi della fuga dal diritto del lavoro è stata sostenuta tra i primi da ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 231 e ss. Si veda anche, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *La huida del derecho del trabajo*, RL, 1992, pp. 85 e ss.; DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO M., *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, Doc. Lab., 2001, n. 66, pp. 49 e ss.; BOLOGNA S., REYNERI E., *E' in atto una fuga dal lavoro subordinato?*, LD, 2007, pp. 557 e ss. Sui limiti costituzionali di tale operazione, quando portata avanti dallo stesso Legislatore, D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, n. 1, pp. 63 ss., ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 189 e ss., scritto nel quale l'A. commenta la famosa sentenza della Corte Costituzionale 23-31 marzo 1994, n. 115. Per il sistema spagnolo, analogamente, BAYLOS A., *La "huida del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaborización*, in ALARCÓN CARACUEL M. R. (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 35 e ss.

³³⁴ Scrive CONDE MARTÍN DE HUAS V., *Autonomía individual: alternativa al desarrollo*, RL, 1991, n. 20-21, p. 92: "El fenómeno de la economía sumergida constituye sin duda un elemento de contraste para ponderar la adecuación social de un ordenamiento jurídico que en parte la provoca". Sulle interrelazioni tra tendenza espansiva del diritto del lavoro anche oltre i confini della subordinazione tecnico-giuridica e espansione del mercato del lavoro clandestino, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Economía sumergida y empleo irregular*, RL, 1985, I, p. 43. Sulla complessità del fenomeno del lavoro sommerso e sul ruolo del diritto del lavoro, PERONE G., *Economía informale, lavoro sommerso e diritto del lavoro*, RDSS, 2003, pp. 1 e ss.

³³⁵ A partire da questo momento, quest'ultimo incomincia insomma a ricevere un'attenzione crescente sia da parte delle imprese, che lo percepiscono come utile strumento di decentramento produttivo e organizzativo e di sostanziale contenimento del costo del lavoro, sia da parte delle politiche pubbliche che lo promuovono (o quanto meno non lo disincentivano) nella misura in cui lo ritengono valida alternativa alla distruzione di posti di lavoro che si sta verificando sul lato della subordinazione. Sul punto si rinvia a, MARTÍN VALVERDE A., *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, in *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, 1994, pp. 211 e ss. ROMAGNOLI U., *Arriva un bastimento carico di «A»*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 30 e ss. Anche il Legislatore sembra esserne consapevole nel momento in cui provvede alla predisposizione di una serie di provvedimenti volti ad incentivare "l'autoimprenditorialità" ovvero la costituzione e lo sviluppo di

termini, l'inidoneità del sistema di diritto del lavoro ad offrire soluzioni conformi alle nuove necessità di un mercato sempre più aperto e competitivo avrebbe spinto le imprese (ma anche i lavoratori) a ricorrere a strumenti di regolazione alternativi e sostanzialmente affidati al libero accordo delle parti contrattuali.

I. 1. 1. - Rigidità *versus* flessibilità.

Nonostante le denunce di una certa parzialità di tale diagnosi della crisi del diritto del lavoro - intesa quasi esclusivamente quale crisi dell'uniformità da esso imposta³³⁶ -, è indubbio che si trattava di una

organizzazioni cooperative di lavoratori. Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, le leggi 27 febbraio 1985, n. 49 - Provvedimenti per il credito alla cooperazione e misure urgenti a salvaguardia dei livelli di occupazione - e 28 febbraio 1986, n. 44 - Concernente misure straordinarie per la promozione e lo sviluppo della imprenditorialità giovanile nel Mezzogiorno-). Sul punto SANTONI F., *Modelli associativi e trasferimenti di aziende alle cooperative nella legislazione di sostegno all'occupazione*, RIDL, 1987, I, pp. 489 e ss. Per il sistema francese, GARCÍA RUBIO M. A., *Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa*, RL, 1995, n. 18, pp. 1 e ss. Che si tratti di una tendenza, quella all'incremento dell'utilizzo del lavoro autonomo, che, per un verso caratterizza il panorama mondiale e, per l'altro è tipica degli ultimi decenni, è evidenziato dai numerosi studi elaborati sia a livello nazionale, sia a livello comunitario. Tra questi ultimi si veda il Report, *Economically dependent work/parasubordination: legal, social and economic aspects*, Ottobre 2002, disponibile sul sito internet: www.ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_it.pdf.

³³⁶ L'uniformità attribuita al diritto del lavoro è stata fin da sempre più tendenziale che reale. Anche prima dell'esplosione della legislazione della flessibilità - su cui *infra* nel testo -, infatti, il diritto del lavoro si era evoluto attraverso un processo costante di elaborazione di discipline differenziate in ragione delle diverse caratteristiche del contesto sul quale era destinato ad intervenire. MONEREO PÉREZ J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 64 e ss. Oltre all'elaborazione di normative specifiche per tutta una serie di rapporti di lavoro variamente connotati da alcun elemento di specialità (per il sistema spagnolo si tratta dei rapporti regolati all'art. 2 ET; per il sistema italiano, si pensi alla disciplina in materia di lavoro a domicilio - l. 18 dicembre 1973, n. 877 -, di lavoro sportivo - l. 23 marzo 1981, n. 91-, di lavoro alle dipendenze delle P.A., del lavoro nelle piccole/grandi imprese, lavoro dirigenziale, etc.), la drammaticità dell'alternativa tra subordinazione ed autonomia era già stata stemperata, almeno in Italia, dall'introduzione - art. 409, n. 3 c.p.c. come riformato dalla l. 11 agosto 1973, n. 533 - della categoria (dottrinale) della parasubordinazione. In particolare, l'istituto della parasubordinazione è stato utilizzato fin da sempre come via di fuga - insieme ed in alternativa al lavoro nero - alle rigidità ed alle tutele proprie del lavoro subordinato. L'"invenzione" della categoria della parasubordinazione può essere dunque letta nella duplice prospettiva, fisiologica, di assicurare forme di tutela modellate sul lavoro subordinato a lavoratori, che pur prestando la propria attività in regime di autonomia,

percezione assolutamente dominante nel mondo imprenditoriale ed in vasti settori della comunità scientifica. In tale contesto ed al di là dei singoli interventi, per lo più settoriali ed occasionali, cui si dette luogo soprattutto in materia di contenimento del costo del lavoro e di sostegno alla riconversione, ristrutturazione, riorganizzazione industriale (CIG, fiscalizzazione degli oneri sociali, incentivi all'occupazione giovanile, strutture per la mobilità della manodopera, etc.)³³⁷, l'aspirazione era insomma quella di mettere mano ad una profonda opera di *razionalizzazione* - nelle forme, nelle tecniche, nei contenuti di regolazione - dei rapporti di lavoro, al fine precipuo di pervenire ad un più funzionale e coerente contemperamento tra esigenze di socialità e di protezione dei lavoratori e necessità di maggiore efficienza complessiva del sistema giuridico e socio-economico³³⁸. La complessivizzazione del panorama economico e produttivo (ma anche sociale e culturale), l'emersione di nuovi problemi ovvero la necessità di adattare le strutture giuridiche e normative esistenti al mutato contesto economico e produttivo, reclamavano dunque la pronta elaborazione di risposte efficaci e differenziate; risposte sostanzialmente improntate

hanno bisogno di un certo grado di protezione eteronoma in ragione essenzialmente dell'elevato grado di dipendenza tecnico-funzionale (ed economica) della propria prestazione dal contesto organizzativo nel quale si inseriscono funzionalmente. Ovvero, può essere interpretata come uno degli strumenti utilizzati per circoscrivere il campo di applicazione del diritto del lavoro e, dunque, sottrarre alle tutele lavoristiche gruppi determinati di prestatori di lavoro pur strutturalmente ad esse riconducibili. Sul punto, SANTORO PASSARELLI F., *Il lavoro parasubordinato*, F. Angeli, Milano, 1979; RUIZ CASTILLO M. M., *Delimitación subjetiva del derecho del trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado"*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp. 135 e ss.; CRUZ VILLALÓN J., *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, RTSS, 1994, n. 13. ICHINO P., *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fittispecie di riferimento del diritto del lavoro*, Relazione presentata al Convegno "Nuovi lavori e tutele" Centro Nazionale di Studi "Domenico Napoletano", Napoli, 28-29 gennaio 2005. Più in generale, sull'elevato grado di frammentazione che ha caratterizzato fin da sempre la legislazione in materia di lavoro, GAETA L., *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, spec. pp. 126 e ss.; ID., *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993, il quale attribuisce alle aspirazioni totalizzanti di completezza del sistema la "colpa" di una unitarietà di fatto inesistente. Analogamente, RUSCIANO M., *Universalità v. specialità degli statuti giuridici del lavoro dipendente*, LD, 1992, pp. 417 e ss. Con ciò non si intende negare la nuova dimensione qualitativa della frammentazione sociale e giuridica della forme del lavoro, bensì più semplicemente mettere sull'avviso contro semplificazioni pericolose.

³³⁷ Si rinvia sul punto a DE LUCA TAMAJO R., VENTURA L., *Il diritto del lavoro nell'emergenza, (la legislazione degli anni 1977-1978)*, Jovene, Napoli, 1079; AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988.

³³⁸ Si veda, in particolare, a tal proposito, la relazione di Gino Giugni al *Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro* citato, pubblicata anche nella rivista DLRI, 1982, pp. 373 e ss.

all'introduzione di forme e di strumenti di regolazione del lavoro più elastici e flessibili.

Senza entrare nel merito del dibattito sull'origine della crisi economica³³⁹ - obiettivo che esula chiaramente dalle possibilità e dalle finalità di questo lavoro - ciò che qui si intende sottolineare è che il generale consenso sociale circa l'eccessiva rigidità/uniformità del sistema di diritto del lavoro (determinata anche e soprattutto in conseguenza dello sviluppo di un complesso - disorganico - di norme modellate a riferimento di un modello di economia e di lavoro in via di generale e definitivo superamento), portò ad individuare nella "flessibilità" la principale via di soluzione ai problemi sociali e giuridici generati o più probabilmente acuiti dalla difficile situazione economica³⁴⁰. Intesa in termini fatalmente restrittivi come contrazione del sistema delle garanzie derivanti dal diritto del lavoro, la flessibilità diventa insomma, a partire da questo momento, una sorta di "formula magica"³⁴¹ attraverso la quale pervenire ad una regolazione giuridica del lavoro più moderna, razionale ed efficiente.

Nel momento stesso in cui si consolida questa acquisizione, si finisce tuttavia ed inevitabilmente per operare una sorta di inversione logica del discorso. La flessibilità viene viepiù percepita non solo e non tanto quale "male necessario"³⁴², funzionale alla risoluzione dei problemi derivanti dalla crisi di legittimazione del diritto del lavoro; sorta di contropartita indispensabile ad invertire gli effetti sociali ed economici negativi derivanti dalla crisi economica e, dunque, evoluzione necessaria al recupero dell'efficienza del sistema. La *colpevolizzazione* del diritto del lavoro finisce per presentare il contenimento dell'effetto espansivo delle garanzie sul piano individuale (ma anche su quello collettivo) non solo e non tanto quale condizione di *necessità*, quanto piuttosto quale condizione di *giustizia*³⁴³. La prospettiva viene dunque in un certo senso rovesciata e si incomincia a presentare la contrazione delle tutele

³³⁹ Per un'interessante interpretazione delle cause della crisi economica mondiale si veda, ANISI D., *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 67 e ss.

³⁴⁰ DEL REY GUANTER S., *Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo*, RL, 1989, n. 10, pp. 7 e ss.

³⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?*, RL, 1987, n. 3, pp. 1 e ss.

³⁴² CARUSO B., *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, p. 509.

³⁴³ In tal senso, GONZÁLEZ ORTEGA S., *La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo*, RL, 1987, n. 8, pp. 22 e ss. "La disminución del garantismo pasa así de la concesión a la exigencia, de lo posible a lo insoslayable y (...) de lo transitorio a lo permanente".

lavoristiche non solo come una *necessità* imprenditoriale, ma anche come un'aspirazione del mondo del lavoro³⁴⁴.

Si avrà modo di approfondire la riflessione sul punto durante tutto il corso di questo Capitolo. Per il momento si è inteso unicamente anticipare come, inizialmente giustificata come “dolorosa necessità” imposta dalla congiuntura economica, la contrazione delle tutele del lavoro ha avuto bisogno in seguito di trovare una propria autosufficiente legittimazione.

I. 2. – Alcune questioni maggiormente all’attenzione.

I. 2. 1. – Subordinazione/autonomia ed imputazione selettiva delle tutele.

Tralasciando per il momento quest’ultimo aspetto, è indubbio che la flessibilità costituì, almeno all’inizio, risposta alle esigenze emergenti unicamente sul fronte imprenditoriale. Il problema posto al diritto del lavoro ed avvertito come principale era, infatti e come già accennato, quello di offrire risposte (giuridiche) alla diversificazione dei modelli organizzativi e produttivi imposta dai nuovi paradigmi della produzione flessibile; diversificazione che, nella misura in cui comportava una

³⁴⁴ Appaiono significative di questo nuovo orientamento le parole di PERSIANI M., *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant’anni di giurisprudenza costituzionale)*, ADL, 2006 (disponibile anche sul sito internet: www.cortecostituzionale.it) “I diritti, sociali e di libertà, hanno un costo e questo costo qualcuno lo deve sostenere. Molti nonni non vogliono rinunciare ai livelli di pensione acquisiti, che spesso vanno ben al di là dei «mezzi adeguati di alle esigenze di vita» garantiti dal secondo comma dell’art. 38 Cost. Allo stesso modo, i padri combattono per difendere la tutela reale del posto di lavoro. Senonché, il mantenimento di queste conquiste, o concessioni che siano, non è più giustificato perché grava, senza ritorni, sul debito pubblico. Grava, quindi, sulle generazioni più giovani ma rischia di compromettere il futuro di tutti perché indebolisce il sistema produttivo proprio nel momento in cui, globalizzato il mercato, quel sistema è chiamato a fronteggiare la concorrenza, dura ed inevitabile, dei paesi in via di sviluppo”. Si avrà modo di tornare in seguito su questo tipo di considerazioni. Non si può fare a meno di notare fin d’ora come risulti quantomeno preoccupante il tentativo di accentuare, alimentandola, la conflittualità all’interno del sistema, contrapponendo *insiders* e *outsiders*, lavoratori in pensione e giovani che si inseriscono nel mercato del lavoro, protezione sociale ed esigenze del sistema economico, sistema occidentale e “paesi in via di sviluppo”. Sul punto anche MARAZZA M., *La crisi dell’egualitarismo sessantottino ...*, op. cit., pp. 933 e ss.; ICHINO P., *Il diritto del lavoro e il valore dell’uguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, II, pp. 911 e ss.; MORENO DE TORO C., *Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad*, RL, 1996, n. 12, pp. 20 e ss. Scrive a proposito della “moda dilagante di colpevolizzare il diritto del lavoro italiano”, ROMAGNOLI U., *L’amarcord del diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1982, n. 3, . 405, “viene il sospetto che la perentorietà della denuncia di cui il diritto del lavoro è diventato oggetto valga soprattutto a nascondere il carattere strumentale a fini extra-scientifici”.

conseguente differenziazione delle forme e dei contenuti delle prestazioni lavorative, doveva tradursi in una declinazione altrettanto flessibile e plurale della subordinazione e, soprattutto, dell'apparato di tutele ad essa collegate³⁴⁵. Conseguentemente, l'ineludibile operazione di *revisione/aggiornamento* della disciplina lavoristica, funzionale non solo al recupero di una razionalità interna della materia, ma anche e soprattutto ad una sua rilegittimazione, doveva essere condotta contemporaneamente nel senso di una più equa e razionale individuazione del proprio campo applicativo e nel senso di una più equa e razionale modulazione/redistribuzione delle tutele.

Non stupisce dunque che al centro della critica (giuridica) si ponesse in primo luogo la subordinazione di barassiana memoria, nella sua duplice valenza di *discrimen* tra lavoro autonomo e lavoro subordinato e di criterio di imputazione selettiva delle tutele³⁴⁶. Ed infatti, se da un lato lo sviluppo di tecniche più "collaborative" di gestione dei rapporti di lavoro dentro e fuori dell'impresa e l'emersione di nuove professionalità (i c.d. *knowledge works*) come conseguenza dell'introduzione delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione tendevano a sfumare i contorni della subordinazione, revocando in dubbio la persistente vitalità di una nozione rigidamente incentrata su una concezione monolitica di eterodirezione³⁴⁷, il contemporaneo sviluppo di ampie aree di lavoro dipendente, pur formalmente autonomo epperò sprovvisto di qualsiasi tipo di tutela, rendeva manifesta l'irrazionalità di un sistema costruito sull'automatica applicazione dell'intero apparato di tutele come conseguenza della qualificazione del rapporto come subordinato. A fronte di situazioni di debolezza (economica e contrattuale) sconosciute, ovvero di forza

³⁴⁵ Tra gli altri, DE LUCA TAMAJO R., *Il lavoro e i lavori*, LD, 1989, pp. 417 e ss. Per un riepilogo del dibattito anche nella prospettiva spagnola, MONTROYA MELGAR A., *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, e CRUZ VILLALÓN J., *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado*, entrambi in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 57 e ss. e pp. 169 e ss.

³⁴⁶ Già per altro sottoposta a revisione storico-critica da SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967 e PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985. Si veda anche sul punto, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Contratación temporal y nuevas formas de empleo*, RL, 1989, I, pp. 52 e ss. Si veda sul punto, GHERA E., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1988, pp. 621 e ss.

³⁴⁷ PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, LD, 1997, pp. 173 e ss.; ID, *Postfordismo, forma dello stato e Diritto del Lavoro: spunti di riflessione*, LD, 1998, p. 253. VOZA R., *Crisi della subordinazione, lavori atipici e prospettive di regolazione*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 499 e ss.; MONEREO PÉREZ J. L., *Subordinación y trabajo autónomo*, RL, 2004, n. 4, pp. 11 e ss.

ingiustamente tutelate³⁴⁸, si insinuava il dubbio di un “tradimento” dello spirito e delle finalità originarie del diritto del lavoro.

Il problema dunque era (ed è) complesso. In una prospettiva interna al campo tradizionale di applicazione del diritto del lavoro, si dibatteva la necessità di una differenziazione/modulazione delle tutele in ragione della diversa incidenza ed intensità del vincolo di subordinazione. In una prospettiva esterna, che travalica i confini della subordinazione in senso stretto, interessava invece le cosiddette c.d. “zone grigie”, intendendo per tali non tanto quelle occupate da lavori che, pur formalmente autonomi, nascondano in realtà uno stato di effettiva subordinazione (c.d. “falsi autonomi”), ma anche e soprattutto quelle che, in ragione della contemporanea presenza di elementi riconducibili al lavoro autonomo ed a quello subordinato, sono difficilmente inquadrabili nella logica binaria subordinazione/autonomia³⁴⁹.

³⁴⁸ MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, 2000, pp. 182 e ss.; PROIA G., *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, DLRI, 2002, pp. 411 e ss. Ma già, GIUGNI G., *Il diritto del lavoro ...*, op. cit., pp. 373 e ss.; SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e ...*, op. cit.

³⁴⁹ Più in particolare, in tutta Europa si registra un crescente interesse per la diffusione del lavoro autonomo di nuova generazione, quello cioè legato ai processi di decentramento produttivo e *outsourcing* che interessano il mondo imprenditoriale. Per quanto riguarda l'Italia, il primo tentativo di dare compiuta e organica regolamentazione al fenomeno del lavoro parasubordinato – le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c. – risale al 2003 quando con il d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 61 -69), che ne ha imposto la riconduzione “ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore” (art. 61, comma 1), almeno nel settore privato. A parte la grave indeterminazione nella definizione della nozione di “lavoro a progetto”, la cui scarsa attitudine discrezionale e qualificatoria genera non pochi problemi di inquadramento e definizione della fattispecie, occorre segnalare che la disciplina applicabile si caratterizza per una scarsa attitudine protettiva (le tutele predisposte, quando non già presenti nell'ordinamento, risultano deboli ed inadeguate anche in considerazione del riconoscimento della possibilità di una derogabilità individuale), anche in conseguenza del fatto che non si prevede alcun limite alla reiterazione potenzialmente indefinita di contratti di questo tipo. Oltre a ciò, l'appiattimento della stessa *ratio* in chiave meramente antifraudolenta sembra ignorare la complessità del fenomeno (che non può essere ricondotto unicamente al fenomeno dei falsi autonomi); sembra ignorare cioè tutta la problematica connessa allo sfumare dei contorni tra autonomia e subordinazione e, con esso, la prospettiva sempre più diffusa nel mondo scientifico e non solo volta ad un sostanziale superamento della rigida dicotomia tra autonomia e subordinazione (invece pedissequamente riprodotta). Sul punto la bibliografia è piuttosto estesa. Si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, a: BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 35/2004; DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003; GARGIULO U., *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contraenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 48/2004; MAGNANI M., SPATARO S., *Il lavoro a progetto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 27/2004, tutti disponibili sul sito internet: www.unict.it; e ancora, NOVELLA M., *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, LD, 2004, 1, pp. 117 e ss.; PROIA G., *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, ADL, 2003, n. 3, pp. 665 e ss.; SANTORO PASSARELLI G.,

Se nella prima ipotesi la questione era sostanzialmente quella di pervenire ad un più rigido ed effettivo controllo (in primo luogo, giurisprudenziale) nell'uso da parte dei privati delle forme contrattuali, onde sanzionare più efficacemente l'uso fraudolento delle categorie dell'autonomia e rivedere (nel senso di aggiornare) i criteri normativi e giurisprudenziali utilizzati per la qualificazione del rapporto di lavoro in senso più funzionale ad una corretta delimitazione delle stesse³⁵⁰; nella seconda si poneva invece una questione di ridefinizione non solo quantitativa, ma anche qualitativa della subordinazione³⁵¹. Si trattava

Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto, RIDL, 2004, I, pp. 543 e ss. Sembra opportuno segnalare anche l'emergere di problemi rilevanti nell'utilizzo molto spesso fraudolento del lavoro a progetto nei c.d. *call center*. Speciale polemica, in particolare ha suscitato l'emanazione di una circolare ministeriale (14 giugno 2006, n. 17), relativa all'attività ispettiva in materia di lavoro a progetto nei *call center*. Con essa, da un lato si è inteso ricondurre il lavoro a progetto ad una più rigorosa definizione – anche facendo tesoro della rara giurisprudenza in materia –, mentre dall'altro, si è operata una discutibile e formalistica distinzione tra attività c.d. *out bound* - quelle cioè in uscita dal *call center* verso l'utente – per le quali sarebbe configurabile il ricorso al lavoro a progetto - e attività *in bound*, in cui la riconducibilità ad un progetto determinato sarebbe impossibilitata, secondo le indicazioni del Ministero del lavoro, dal fatto che il contenuto concreto della prestazione dipende in questo caso dal tipo di utenza e dalla imprevedibilità delle esigenze da questa rappresentate, e dunque inevitabilmente variabile e non prefigurabile dall'operatore. Si veda sul punto, PERULLI A., *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, RGL, 2006, n. 4, pp. 743 e ss.; MARAZZA M., *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesia. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, ADL, 2007, n. 2.; VALLEBONA A., *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, ADL, 2004, pp. 293 e ss. Conferma la natura non precettiva della menzionata circolare ministeriale in ordine alla qualificazione del rapporto del lavoratore, la sentenza del Trib. di Milano 18 gennaio 2007, DPL, 2007, p. 1265. Per quanto riguarda la Spagna, è nota la recente emanazione della l. 11 luglio 2007, n. 20 "del Estatuto del Trabajo Autónomo". Per un commento, RIVAS VALLEJO M. P., *Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del trabajador autónomo*, REDT, 2007, n. 136, pp. 763 e ss.

³⁵⁰ Sul punto, per il sistema spagnolo, diffusamente, SELMA PENALVA A., *Los límites del contrato de trabajo en la ...*, op. cit., spec. pp. 98 e ss. e pp. 159 e ss. che indica quali nuovi criteri indiziari per infierire l'elemento della subordinazione, quello del contenuto dell'attività lavorativa (coincidenza più o meno completa tra oggetto della prestazione di lavoro e oggetto dell'attività di impresa, precedente espletamento di attività in regime di subordinazione con la stessa impresa, esistenza di un potere di controllo sul risultato della stessa, la disponibilità di un indirizzo di posta elettronica nell'ambito del server dell'impresa, etc.).

³⁵¹ È in questa prospettiva che sono andati moltiplicandosi ricostruzioni in chiave storico-critica della formazione dell'ordinamento giuslavoristico e, più in particolare, della categoria concettuale della subordinazione. E' questa la fase in cui si cerca di dimostrare come la costruzione (dottrinale) di un concetto di subordinazione che, pur chiaramente modellato sulla base di un prototipo sociale di lavoratore (l'operaio delle grandi concentrazioni industriali del Nord), è stato elaborato in chiave unitaria e totalizzante (con la conseguenza di venir esteso a tipi di lavoratori e di lavoro anche profondamente diversi) ha contribuito a quelle sfasature che spingono adesso alla sua stessa revisione (si vedano gli autori e le opere citate alla nota n. 23 di questo Capitolo). Sul punto anche la pungente ricostruzione di GAETA L., *In tema di frammentazione della subordinazione ...*, op. cit., pp. 121 e ss. Per la Spagna, RODRÍGUEZ-PIÑERO M.,

Contratación temporal y nuevas ..., op. cit., p. 52.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *El trabajo subordinado como tipo contractual*, Doc. Lab., 1993, I, pp. 44 e ss. In Italia, molteplici sono state nel tempo le proposte dottrinali e parlamentari volte ad una revisione sistematica della disciplina. Si tratta di proposte che oscillano tra la sostanziale conferma della valenza qualificatoria della subordinazione ex art. 2094 c.c. (GHERA E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 194 e ss.) e/o dell'unitarietà del tipo lavoro subordinato (SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, in *Subordinazione ed autonomia: vecchi e nuovi modelli*, 1998, Utet, Torino, p. 68; NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, spec. pp. 1098 e ss.; FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, DLRI, 1998, pp. 485 e ss.) e la necessità di un suo superamento come categoria unitaria (ICHINO P., *Subordinazione e autonomia ...*, op. cit., ID, *Lavoro subordinato definizione ed inquadramento*, Giuffrè, Milano, 1992; ; ID., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, I, cap. I, che propone di individuare tanti tipi legali quanti sono le singole regolamentazioni dei rapporti di lavoro). Da quest'ultimo punto di vista, le proposte variano tra la *necessità di attribuire nuova centralità ed egemonia al lavoro subordinato*, nel senso di estenderne ulteriormente le tutele per esso previste alle zone limitrofe [a tal proposito, il Progetto di legge dal titolo "Nuove norme per il superamento del precariato e per la dignità del lavoro", erede della proposta presentata dalla CGIL relativa all'estensione dei diritti dei lavoratori del marzo 2003, disponibile sul sito internet: www.uniciz.it – pubblicato in RGL, 2006, I, pp. 962 e ora nuovamente presentato in Parlamento – 29 gennaio 2007 -, unitamente alla relazione illustrativa di Pier Giovanni Alleva - in D&L, 2007, n. 1, ma già d.d.l. Smuraglia, "Norme a tutela del lavoro atipico" ed altri, sui quali, VOZA R., *Crisi della subordinazione, lavori atipici e ...*, op. cit., pp. 506 e ss.; -. In tale Progetto di legge si propone innanzitutto un superamento della distinzione tipologica tra lavoro subordinato *tout court* e lavoro parasubordinato, nel senso di un'assimilazione di quest'ultimo al primo (anche se si ammette la possibilità di un'articolazione interna della tutele – art. 1 -) e, dunque, una riformulazione dell'art. 2094 c.c. (art. 2). Si procede poi ad una nuova definizione dell'associazione in partecipazione che tenti di prevenire fenomeni elusivi (art. 4) e ad una profonda revisione della disciplina del lavoro a termine (così come disciplinato dal d. lgs. n. 368/2001 – art. 5 -) che recuperi, oltre la positivizzazione della preferenza dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato e l'espressa previsione di un diritto di precedenza per le nuove assunzioni non a termine, la necessità di uno stretto nesso di interdipendenza tra temporaneità dell'occasione di lavoro e durata determinata del vincolo contrattuale, anche attraverso un potenziamento dell'azione sul fronte collettivo. Si prevede anche la trasformazione automatica in un rapporto a tempo indeterminato nel caso in cui lo stesso lavoratore sia occupato presso lo stesso datore per più di 18 mesi negli ultimi cinque anni. Il progetto di legge si occupa infine di procedere ad un sostanziale revisione degli istituti di *outsourcing* (somministrazione, appalto e trasferimento di ramo d'azienda – artt. 6 e ss.)] e *la necessità di procedere ad una più articolata modulazione delle tutele*. Questa sembra la prospettiva che maggiori consensi ha suscitato pur nella varietà delle formulazioni con cui è stata presentata. In particolare, le proposte anche qui oscillano tra la creazione di un *tertium genus* tra subordinazione e autonomia: il c.d. "lavoro coordinato" al quale ricondurre tra l'altro i rapporti di parasubordinazione e le ipotesi di lavoro con subordinazione attenuata [(DE LUCA TAMAJO R., FLAMMIA R., PERSIANI M., *La crisi della nozione di subordinazione della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, Lav. Inf., 1996, pp. 75 e ss, ma anche, DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, ADL, 1997, n. 5, pp. 41 e ss.; FLAMMIA R., *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, MGL; 1997, pp. 161 e ss.)], e l'elaborazione di una nozione di

concretamente di definire giuridicamente tali categorie di lavoratori e/o comunque di stabilire se e quanta tutela lavoristica accordare loro³⁵².

Come è evidente da quanto fin qui detto, è chiaro che la categoria dogmatica della subordinazione è stata investita da una grave crisi

lavoro senza aggettivi a cui attribuire il riconoscimento di un minimo comune di tutele che si andrebbero specificando e potenziando con l'entrare nell'ambito tradizionale del lavoro subordinato *tout court* [sul punto, PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, DLRI Quad., 1998, n. 21, pp. 9 e ss.; ID., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Studi in onore di Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, I, pp. 397 e ss. ma già ID., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., - in cui proponeva di considerare il lavoro nell'impresa, ritenuto punto di riferimento del "normale" rapporto di lavoro, anch'esso come un sotto-tipo di una fattispecie più ampia di lavoro subordinato che trascenda le singole fattispecie "discrete" [sulla cui posizione, MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, 1986, I, pp. 5 e ss. e ASSANTI C., *La subordinazione. riflessioni da tre libri e da una relazione recenti*, in MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di), *Cecilia Assanti. Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 65 e ss. -, ma anche, D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità ...*, op. cit., pp. 209 e ss. che parla di una categoria più ampia connotata dalla continuità e dal coordinamento in cui includere lavoro subordinato e lavoro autonomo; ALLEVA P., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto*, LG, 1994, pp. 777 e ss.]. In una prospettiva diversa, GAETA L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993 e la sua teoria della "subordinazione indifferente". Diametralmente opposta, nel senso dell'elaborazione di una fattispecie di subordinazione "minima", è invece la proposta di PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavori subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989. Per un panorama generale sulle proposte concrete di ridefinizione dello statuto giuridico del lavoro anche, SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro*, DLRI, 1997, pp. 609 e ss.; MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, 2000, pp. 196 e ss.; D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1203 e ss.; ID., *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del convegno del Centro Studi Domenico Napoletano, Roma, 27 maggio 1996, Caucci, Roma-Bari, 1997, pp. 145 e ss.; PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, LD, 1997, pp. 173 e ss.; ID., *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, RGL, 2006, n. 4, spec. pp. 738 e ss.; SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, DLRI, 1997, pp. 609 e ss.; LUNARDON F., *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, DLRI. Quad., 1998, n. 21, pp. 265 e ss. Sempre nell'ottica di una revisione sistematica del diritto del lavoro, nella scorsa Legislatura venne istituita dal Ministro del Lavoro in carica (con DM 4 marzo 2004) una Commissione di Studio incaricata di verificare la possibilità di predisporre, entro il 31 dicembre 2004, "una o più ipotesi di articolato normativo per la realizzazione di uno «Statuto dei lavori» così come delineato dal Libro Bianco del Governo sul mercato del lavoro e confermato nel Patto per l'Italia". Il progetto tuttavia naufragò. Si veda la Relazione conclusiva a cura del Presidente Michele Tiraboschi disponibile sul sito internet: www.csmb.unimo.it. Si segnala infine, ma su questo si tornerà più approfonditamente nel corso del Terzo Capitolo di questo lavoro, la recente approvazione in Senato del d.d.l. n. 1903 che recepisce il "Protocollo su previdenza, lavoro e competitività. Per l'equità e la crescita sostenibili", firmato il 23 luglio scorso da Governo e parti sociali e approvato nel referendum indetto da Cgil, Cisl, Uil da oltre l'81% dei lavoratori. Entrambi disponibili sul sito: www.lavoro.gov.it. ora diventata legge 24 dicembre 2007, n. 247.

³⁵² CRUZ VILLALÓN J., *El proceso evolutivo de delimitación ...*, op. cit., pp. 179 e ss.

funzionale che ne ha messo in dubbio la sua stessa utilità e legittimazione. Se all'epoca barassiana la sua elaborazione era stata funzionale alla emersione di una nuova fattispecie contrattuale e, in generale, alla creazione della categoria del lavoro tecnicamente subordinato nell'ambito della tradizione e degli insegnamenti della dottrina civilistica e, dunque, aveva assolto ad importanti funzioni qualificatorie, la crisi della propria attitudine e potenzialità discretiva nonché l'attribuzione alla stessa di un eccesso di funzioni e di significati giuridici - ma anche politici ed ideologici - ne stava determinando quel sovraccarico e quella disfunzionalità dalla quale tutt'ora stenta ad uscire³⁵³.

A fronte di una sostanziale "confusione" dei confini tra autonomia e subordinazione, in gran parte determinata dalle trasformazioni nella struttura socio-produttiva, la nozione formale e deduttiva di subordinazione tecnico-funzionale ha cessato di essere criterio universalmente utile alla coerente delimitazione del campo di applicazione del diritto del lavoro e, allo stesso tempo, svincolata com'è dalla matrice socio-economica, si è rivelata incapace di operare una efficiente graduazione delle tutele lavoristiche. Il problema dunque si è riversato interamente sulla giurisprudenza chiamata a offrire soluzioni, caso per caso, spesso modellate su considerazioni non sempre interamente giustificabili dalla prospettiva tecnico-giuridica, con evidenti ripercussioni anche in termini di razionalità e di certezza del diritto. Si avrà modo di ritornare sul punto.

I. 2. 2. – Opacizzazione dei “contorni” ed intensificazione della subordinazione: il lavoro come bene scarso.

Anche nell'ambito dei nuovi lavori poi – intendendo per tali quelli creati dalla rivoluzione tecnologica -, all'arricchimento qualitativo delle prestazioni di lavoro e ad una certa valorizzazione della dimensione dell'auto-organizzazione del lavoratore, faceva (e fa) riscontro un'accentuazione dell'assoggettamento del lavoratore all'esercizio del potere di controllo (non più tanto sul modo, quanto sul risultato) e del potere *latu sensu* direttivo, a cui si accompagnavano spesso nuovi turbamenti della libertà e della dignità della persona³⁵⁴. In altre parole, se

³⁵³ Sul punto, PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, ADL, 2002, n. 2, pp. 263 e ss.

³⁵⁴ VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1986, spec. pp. 107 e ss. In tale articolo, si sottolinea come se per un verso, l'introduzione delle nuove tecnologie importa un ulteriore "spossessionamento da parte del lavoratore della tecnica e, dunque, una maggiore strumentalità dello stesso rispetto alle esigenze del processo produttivo, con conseguente accentuazione della subordinazione

da un lato, i nuovi sistemi di organizzazione e di gestione della produzione e del lavoro determinano nuove ed inedite possibilità di autogestione/autorganizzazione del lavoratore (ma spesso solo di quello dotato di un'elevata qualificazione professionale) pur nell'ambito di un rapporto di lavoro comunque inserito in una struttura eterodiretta e eterorganizzata a fini produttivi, l'incremento più che proporzionale delle responsabilità, l'opacizzazione dei confini tra tempo di lavoro (retribuito) e altri tempi socialmente utili (di disponibilità, di vita, di riposo, etc.), l'introduzione delle nuove tecnologie, rafforzano ovvero costituiscono vecchi e nuovi fattori di "rischio" professionale, tanto in termini di protezione della salute e della sicurezza del lavoratore³⁵⁵, quanto anche sotto l'aspetto della protezione della intimità, riservatezza ed, in generale, della sfera privata³⁵⁶ e della dignità del lavoratore³⁵⁷.

A fronte di un movimento che spinge alla sostituzione di lavoratori stabilmente inseriti nell'organizzazione aziendale con lavoratori temporanei, si registra infatti un processo che tende a vincolare ancora più strettamente il nucleo essenziale di prestatori di lavoro all'impresa attraverso quelle che vengono denominate tecniche di fidelizzazione del personale. L'obiettivo è duplice: da un lato, attraverso una sostanziale rivalutazione del lavoratore in quanto singolo (valorizzazione delle proprie capacità creative, di autogestione, di risoluzione dei problemi, etc.) si cerca di stimolare una sua maggiore implicazione con gli obiettivi imprenditoriali e, dunque, di incrementare il livello di produttività individuale e dall'altro, attraverso il riconoscimento individuale di tutta una serie di *benefit* e di vantaggi (non solo economici)³⁵⁸, si persegue l'obiettivo di assicurarne la

tecnica, nel caso di *knowledge worker*, il dominio da parte di quest'ultimo della tecnica riduce sì la subordinazione tecnica, ma accentua quella esistenziale nella misura in cui "lo stesso modo di ragionare del lavoratore deve piegarsi alla logica della macchina, che solo così egli potrà dominare" (p. 122). Si veda pure AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986; PÉREZ DE LOS COBOS ORIUHEL F., *La «subordinazione tecnologica» nella giurisprudenza spagnola*, LD, 2005, pp. 537 e ss.

³⁵⁵ PINILLA GARCÍA F. J., *Intensificación del esfuerzo de trabajo en España*, CRL, 2004, n. 2, pp. 117 e ss.

³⁵⁶ "Ne consegue che la subordinazione del lavoratore non viene meno, ma al contrario solleva nuove e pressanti esigenze di tutela sia a garanzia dei diritti fondamentali della persona sia di fronte all'affermarsi prorompente delle esigenze dell'impresa (singola o di gruppo). ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, LD, 1997, p. 255.

³⁵⁷ GAETA L., *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, LD, n. 2, 1990, p. 203. Nello stesso senso, VALDÉS DAL-RÉ F., *I poteri dell'imprenditore e la persona del lavoratore*, DLRI, 1991, p. 49; LOY G., *El dominio ejercido sobre el trabajador*, RL, 2005, n. 19-20, pp. 61 e ss.

³⁵⁸ Si veda a tal proposito e a titolo meramente esemplificativo, ZOLI C., *Clauseole si fidelizzazione e rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno organizzato dal Centro Nazionale di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano, Milano, 26 maggio 1993, dal titolo "La concorrenza delle imprese nel mercato del lavoro e le tecniche di fidelizzazione del lavoratore".

permanenza nell'impresa. All'esaltazione dell'individualismo e della competitività individuale e al sostanziale isolamento del lavoratore che ne deriva, si aggiunge dunque una non infrequente interiorizzazione di responsabilità tradizionalmente a carico esclusivo dell'impresa. Le forme e gli strumenti per assicurare gestione e controllo imprenditoriale sull'attività lavorativa subiscono, dunque, una trasformazione importante, ma non per questo si attenua la loro intensità³⁵⁹.

L'insorgere del problema della disoccupazione strutturale di massa poi, oltre ad importare una critica alle rigidità (*alias*, garanzie) lavoristiche, aveva revocato in dubbio la perdurante validità un modello di regolazione incentrata sulla protezione *nel rapporto*, che lasciava sguarnito di tutela il lavoratore *nel mercato*, sospingendo il diritto del lavoro (anche) verso funzioni più incentrate sulla gestione e sul controllo del mercato del lavoro³⁶⁰.

Si manifestava così in tutta la sua evidenza il problema fondamentale del modello di diritto del lavoro garantista così come storicamente affermatosi nel corso degli anni '60: quello di essere stato costruito su presupposti – quello della necessaria espansione (o quanto meno della stabilità) del sistema economico – e di prototipi di lavoro e di lavoratore – quello massa della grande impresa industriale fordista-taylorista - che, pur assunti come categorie di riferimento costanti, erano

³⁵⁹ DEJARDINS B., *La solitudine nel lavoro*, LD, 1995, pp. 51 e ss.; SUPLOT A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, DRI, 2000, n. 2, pp. 217 e ss. il quale ultimo sottolinea come, in realtà, si sia operato “una metamorfosi giuridica del potere”, tanto nel senso di un “arretramento del potere discrezionale a vantaggio del potere funzionale” (aumento del controllo su coloro che esercitano il potere attraverso l'incremento degli obblighi di motivazione e un ampliamento del ruolo del giudice), quanto nel senso di un “arretramento del potere a vantaggio di una distribuzione dei poteri” (diritti di informazione, di consultazione e controllo, che hanno messo in crisi la strutturazione piramidale e gerarchica dell'impresa il cui potere si esercita adesso sotto forme più complesse, più diffuse che il diritto ha sempre più difficoltà a individuare e classificare). “Anche in questo caso il potere non diminuisce ma si esercita sotto nuove forme” (pp. 222 e ss.). Lo stesso autore continua poi affermando “L'impresa moderna non si accontenta più né della semplice obbedienza agli ordini, né dell'indipendenza assoluta. Essa intende piegare ai suoi propri fini la capacità d'iniziativa e di responsabilità degli uomini che lavorano. Si inventano dunque dei nuovi modi di governare gli uomini che evocano il vassallaggio feudale” (p. 230).

³⁶⁰ Si è parlato, a tal proposito, di superamento della concezione del diritto del lavoro come diritto della “redistribuzione” e affermazione del diritto del lavoro (anche) come “diritto della produzione e del governo del mercato del lavoro”. TREU T., *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, DLRI, 1987, p. 727. Per un riepilogo delle questioni generate dal fenomeno della disoccupazione, ALONSO OLEA M., *El trabajo como bien escaso*, Relazione presentata dall'A. al “Círculo de empresarios” il 15 luglio 1982, ora contenuta in RMTAS, 2001, n. 33, pp. 17 e ss. Sul punto, in una diversa prospettiva, BAYLOS A., *Diritto del lavoro e politica dell'occupazione in Spagna*, DML, 1999, n. 1, pp. 7 e ss. (La versione originale, in spagnolo, dell'articolo in Revista jurídica de Castilla-La Mancha, 1999, ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 169 e ss.).

invece prodotto di mere contingenze storico-economiche³⁶¹, mere variabili dipendenti.

II. - Esigenze di flessibilità del sistema e risposte del diritto del lavoro. Articolazione del tipo contrattuale di lavoro subordinato e mediazione sindacale.

Molteplici erano dunque i problemi sul tappeto e molteplici furono le risposte elaborate, soprattutto a livello dottrinale, onde farvi fronte³⁶².

Nella contingenza dell'“emergenza” economica e sociale - che diverrà ben presto “crisi” strutturale -, le problematiche di ordine più propriamente sistematico-strutturale non furono tuttavia affrontate frontalmente. Ci si preoccupò, più che altro, di rispondere alle richieste sempre più stringenti di flessibilità nell'utilizzo della forza lavoro provenienti dal mondo imprenditoriale con una serie di provvedimenti, spesso non rispondenti ad un ben definito programma politico generale, che tuttavia conseguirono il risultato di pervenire all'introduzione di una certa dose di flessibilità nel sistema. E così, l'imperativo della flessibilità

³⁶¹ PALOMEQUE LÓPEZ M. C. *Derecho del trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 21 e ss. Si trattava dunque, secondo questa impostazione, di un diritto essenzialmente della “redistribuzione” delle risorse disponibili in senso meno sfavorevole al lavoro, ovvero di un diritto “progressista”, che si è evoluto “a senso unico”, in funzione dell'ampliamento delle garanzie da assicurare ai lavoratori. MARTÍN VALVERDE A., *Lectura y relectura de*, op. cit., pp. 408; DUEÑAS HERRERO L. J., *¿Transgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?*, RL, 1998, n. 2, p. 22, che riprendono la nota affermazione di Camerlick e Lyon-Caen.

³⁶² Le proposte, com'è noto, furono molteplici. Tra le altre, vale la pena menzionare chi propose di individuare tanti tipi legali quanti sono le singole regolamentazioni dei rapporti di lavoro - ICHINO P., *Subordinazione e autonomia ...*, op. cit., ID, *Lavoro subordinato definizione ed inquadramento*, Giuffrè, Milano, 1992; ; ID., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, I, cap. I - e chi propose di considerare il lavoro nell'impresa, ritenuto punto di riferimento del “normale” rapporto di lavoro, anch'esso come un sotto-tipo di una fattispecie più ampia di lavoro subordinato che trascenda le singole fattispecie “discrete” - PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e ...*, op. cit., -(sulla cui posizione, MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, 1986, I, pp. 5 e ss. e ASSANTI C., *La subordinazione. riflessioni da tre libri e da una relazione recenti*, in MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di), *Cecilia Assanti. Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 65 e ss.). SCARPELLI F., *Lavoratore subordinato e autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993; LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. pp. 237 e ss. i quali ultimi invece propongono di integrare nella dinamica interindividuale del contratto la dimensione collettiva. In una prospettiva diversa, GAETA L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993.

fu raccolto quasi unanimemente – sia pure con intensità ed in direzioni distinte – da giurisprudenza, dottrina, e legislazione³⁶³.

Dal punto di vista legislativo, si mise mano ad una serie di interventi volti sia all'attenuazione delle rigidità di alcuni vincoli all'esercizio dei poteri imprenditoriali³⁶⁴, sia soprattutto – per quanto qui maggiormente interessa – ad ampliare lo spettro dei modelli negoziali all'interno dei quali ricondurre la prestazione di lavoro e le possibilità di far ricorso a quelli già esistenti. Il processo di riarticolazione/rimodulazione della tutele venne dunque portato avanti, *in primis* dal Legislatore, attraverso una sostanziale *destandardizzazione* del tipo legale di lavoro subordinato, adesso articolato in una molteplicità di tipi/sotto-tipi contrattuali.

A parte una sostanziale e progressiva permeabilità della disciplina sul contratto di lavoro a termine alle esigenze imprenditoriali – *infra* –, con il d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 (convertito con modificazioni in l. 19 dicembre 1984, n. 863), si provvide sia a dare primo riconoscimento giuridico al lavoro a tempo parziale (art. 5), sia a stabilizzare lo strumento del contratto di formazione e lavoro (art. 3), previsto, fin dal 1977, in via sperimentale e solo per periodi brevi e determinati. Nonostante si trattasse di un complesso – non sempre organico – di provvedimenti pensati essenzialmente in funzione delle esigenze imprenditoriali ad una acquisizione e gestione della manodopera più flessibile e meno costosa³⁶⁵, la loro introduzione nell'ordinamento ben presto dovette essere legittimata anche sulla base della loro pretesa rispondenza, oltre che ad esigenze più propriamente occupazionali, anche

³⁶³ Esprime preoccupazione sulle tendenze del diritto del lavoro flessibile, BALESTRERO M. V., *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?*, LD, 1987, pp. 289 e ss.

³⁶⁴ Vedi ad esempio, in Italia, l'estensione della possibilità di variare *in pejus* le mansioni del lavoratore – art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223 che assegna alla contrattazione collettiva la possibilità di riconoscere al datore di lavoro il potere di assegnare, in deroga al secondo comma dell'art. 2103 c.c., mansioni diverse ai lavoratori delle imprese in crisi, onde evitarne il licenziamento. Significativa a tal proposito è stata anche l'interpretazione giurisprudenziale che oramai riconosce la possibilità di demansionamento, in alternativa al licenziamento, nel caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore. Infine, sempre nell'ambito della flessibilizzazione della disciplina sulle mansioni (e più in generale della c.d. flessibilità interna), un ulteriore elemento è costituito dalla riarticolazione ad opera della contrattazione collettiva dei sistemi di inquadramento professionale che ha ampliato le possibilità di mobilità unilaterale endoazionendale. Per il sistema spagnolo, si veda il contributo di VALDÉS DE LA VEGA B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997.

³⁶⁵ Non solo in termini salariali e di prestazioni alla sicurezza sociale, ma anche e soprattutto in termini di estinzione del contratto di lavoro e, perché no, di capacità di coalizione sindacale dei lavoratori precari.

a quelle di *ri-personalizzazione* del lavoro che si andavano agitando sul fronte dell'offerta di lavoro³⁶⁶.

E così, il contratto di formazione e lavoro, nonostante i pessimi risultati generati in termini di difesa ed incremento dei livelli occupazionali, fu presentato quale vero e proprio strumento di politica attiva del lavoro, ulteriore ipotesi di contratto a termine³⁶⁷ funzionalizzata all'obiettivo di agevolare l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. Allo stesso tempo, il contratto a tempo parziale, pur costituendo risposta alle esigenze di flessibilizzazione dell'organizzazione del lavoro in funzione del recupero della competitività delle imprese³⁶⁸, si legittimò anche quale strumento funzionale alle esigenze di ripersonalizzazione del lavoro (soprattutto femminile).

Per quanto riguarda invece il contratto a termine, questo, inizialmente concepito in chiave chiaramente antifraudolenta dalla l. 18 aprile 1962, n. 230³⁶⁹ e, dunque, circondato da numerose ed incisive restrizioni³⁷⁰, venne progressivamente sottoposto ad un processo di

³⁶⁶ All'affermazione dal forte sapore strumentale secondo la quale la flessibilità costituirebbe la nuova dimensione "scelta" dagli stessi lavoratori che, in tal modo, rinunciando ad una considerazione del lavoro come valore tendenzialmente totalizzante, optano per moduli più elastici che consentano una maggiore conciliazione tra "tempi di vita" e "tempi di lavoro", è facile rispondere con un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, occorre ricordare che la legislazione sulla flessibilità, almeno fino ad ora, ha privilegiato nettamente la tutela dei soli interessi imprenditoriali alla contenzione del costo del lavoro ed all'incremento dei livelli di produttività e di redditività, senza preoccuparsi invece di assicurare anche la possibilità di una flessibilità come scelta personale; in secondo luogo, in questa ottica risulterebbe assolutamente sorprendente che ampi settori di lavoratori (subordinati) altamente qualificati e perciò "forti" sul mercato tendano a voler permanere all'interno dei confini del lavoro subordinato e dunque a beneficiarsi del complesso di garanzie e tutele assicurate dal diritto del lavoro. In quest'ultimo senso, anche, BAYLOS A., *La "huida del derecho del ..."*, op. cit., p. 41. A proposito della necessità di assicurare una flessibilità scelta anche sul lato del lavoro, novità interessanti si riscontrano nella recente approvazione della Ley spagnola de igualdad ????

³⁶⁷ Per un riepilogo delle posizioni della dottrina sul punto si rinvia a: LOY G., *Formazione e rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1988, pp. 191 e ss.

³⁶⁸ In tal senso AMATO F., *Il lavoro a tempo parziale*, in AMATO F., VACCAIO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto ...*, op. cit. p. 60.

³⁶⁹ Legge successivamente abrogata dall'art. 11 del d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

³⁷⁰ A parte la forma scritta *ad substantiam* richiesta per l'apposizione del termine, la possibilità di accedere a questa forma contrattuale veniva limitata alla ricorrenza delle ipotesi tassative previste dalla legge all'art. 1 (attività di carattere stagionale, per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, per l'esecuzione di un'opera o servizio determinati aventi carattere straordinario od occasionale, per far fronte ad esigenze relative a fasi della produzione complementarie o integrative per le quali non siano disponibili maestranze in azienda). Si prevedevano poi tutta una serie di garanzie aggiuntive in materia di proroga o di successioni di più contratti, di onere della prova della ricorrenza in concreto delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine, di trattamento economico e normativo, etc.

allentamento dei vincoli legali, anche in conseguenza del rinnovato interesse imprenditoriale per questa figura contrattuale. Se, infatti, in regime di recesso *ad nutum*, la temporaneità del vincolo contrattuale non rappresentava fattore di particolare interesse per le imprese, comunque abilitate a recedere dal contratto di lavoro con il solo limite del preavviso (art. 2118 c.c.), il progressivo affermarsi del principio della stabilità del posto di lavoro (ottenuto attraverso l'introduzione di limiti via, via sempre più stringenti al potere di licenziamento del datore di lavoro, l. 15 luglio 1966, n. 604 – così come modificata dalla l. 11 maggio 1990, n. 108 - e art. 18 Statuto dei Lavoratori) rendeva questa forma contrattuale particolarmente appetibile in quanto unica alternativa (legale) al contratto *standard* per l'acquisizione della forza lavoro temporanea.

L'ulteriore sviluppo legislativo in materia, caratterizzato dall'alluvionale emanazione di una serie articolata di provvedimenti successivi che ampliavano le ipotesi di legittima apposizione del termine finale al rapporto³⁷¹, unito al carattere di delega "in bianco" alla contrattazione collettiva³⁷², abilitata alla previsione di ipotesi diverse e

³⁷¹ Si fa riferimento tanto alla possibilità di ricorrere al lavoro a termine nel caso di specifici spettacoli e programmi televisivi (l. n. 266/1977); di "punte stagionali" di attività cui non sia possibile sopperire con il normale organico (ipotesi inizialmente contemplata solo per il settore del turismo e del commercio dall'art. 1 D.L. 3 dicembre 1977, n. 876, conv. con modif. in l. 3 febbraio 1978, n. 18, previo accertamento del verificarsi di tali situazioni da parte dell'Ispettorato Provinciale del Lavoro, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative al livello provinciale, e poi estesa a tutti i settori economici dall'art. 8-bis del D.L. 29 gennaio 1983, n. 17, conv., con modif., in l. 25 marzo 1983, n. 79, con l'ulteriore statuizione del diritto di precedenza, nelle assunzioni presso la stessa azienda, in favore dei lavoratori già assunti dalla medesima a tempo determinato); di contratti a termine con lavoratori in mobilità (art. 8, comma 2, l. n. 223/1991); nel settore trasporto aereo e dei servizi aeroportuali (l. n. 84/1986.); ovvero alla possibilità di ricorrere ad altri contratti caratterizzati dalla temporaneità del vincolo quali i contratti a contenuto formativo (contratto di formazione e lavoro e contratto di apprendistato di cui alle leggi 19 dicembre 1984, n. 863; 11 aprile 1986, n. 113; 29 dicembre 1990, n. 407; n. 169/1991; l. 28 febbraio 1987, n. 56); ovvero infine il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo introdotto solo nel 1997, con l'art. 3 della l. 24 giugno 1997, n. 196. Sul punto, D'ANTONA M., *I contratti a termine ...*, op. cit. spec. pp. 1184 e ss.; AMATO F., VACCAIO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Liguori, Napoli, 1991; SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro a tempo determinato e flessibilità del lavoro*, ora in SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996, I, pp. 1103 e ss. il quale ultimo analizza in particolare le ripercussioni, in termini di effetti pratici e di interpretazione dottrinale e giurisprudenziale, della disciplina a seguito dell'introduzione del principio generale della necessaria giustificazione del licenziamento e delle conseguenze, in termini di tutela reale (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori) e tutela obbligatoria (l. n. 604/1966), derivanti dal mancato rispetto di tale principio. Si vedano anche le considerazioni, relative alla disciplina spagnola, di, OJEDA AVILÉS A., *El final de un «principio» (le estabilidad en el empleo)*, in AA.VV., *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pp. 487 e ss.

³⁷² L'art. 23 comma 1, della l. 28 febbraio 1987, n. 56 rimandava infatti alla contrattazione collettiva per l'introduzione di nuove ed ulteriori ipotesi di legittimo ricorso al lavoro a termine anche al di là della tipizzazione legale. Il carattere di "delega in bianco" attribuito al rinvio operato dal citato art. 23, comma è stato recentemente

ulteriori rispetto a quelle predeterminate dal Legislatore, finiva tuttavia per compromettere seriamente la stretta correlazione inizialmente instaurata tra carattere temporaneo ovvero straordinario dell'occasione di lavoro e temporaneità del vincolo contrattuale. Detto in altri termini, se originariamente il ricorso al lavoro a termine veniva autorizzato solo in presenza di esigenze produttive e/o organizzative che presentassero il carattere della transitorietà e della eccezionalità (sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, esecuzione di un'opera o servizio determinati aventi carattere straordinario od occasionale, prestazione di lavoro per sua natura a carattere stagionale, svolgimento di attività saltuarie o periodiche e comunque non attinenti all'attività principale dell'impresa che richiedano l'impiego di professionalità non presenti in azienda, scrittura di personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli), progressivamente l'apposizione del termine finale al rapporto finisce per essere ammessa anche per lo svolgimento di attività connesse con l'attività normale e permanente dell'impresa.

Si è parlato a tal proposito di una trasformazione *della funzione economico-sociale dell'istituto* che, concepito quale strumento "di integrazione straordinaria dell'organico normale o di creazione di un organico straordinario richiesto da un'attività oggettivamente temporanea, diventa "elemento di flessibilizzazione dell'organico normale, al cospetto di incrementi di attività così rilevanti da richiedere unità di personale aggiuntive, ma così concentrati nel tempo da rendere eccessivamente onerosa l'assunzione a tempo indeterminato del personale necessario". La scelta relativa al modello contrattuale al quale ricorrere nel caso concreto viene, in altri termini, sempre più spesso "svincolata dalla ricorrenza di requisiti previsti dal legislatore in via generale e astratta" ed ancorata "a valutazioni meramente discrezionali, apprezzabili unicamente in rapporto a criteri di convenienza aziendale"³⁷³.

confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 2 marzo 2006, n. 4588 in LG, 2006, pp. 781. In tale sentenza, in particolare, si legge che la delega importa che i sindacati "senza essere vincolati alla individuazione di figure di contratti a termine comunque omologhe a quelle previste dalla legge, possono legittimare il ricorso al contratto a termine per causali di carattere "oggettivo" e anche, alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale, per ragioni di tipo meramente "soggettivo", consentendo l'assunzione di speciali categorie di lavoratori, costituendo anche in questo caso l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro garanzia per i suddetti lavoratori e per una efficace salvaguardia dei loro diritti". Conformemente per la dottrina, recentemente, VIDIRI G., *Il contratto di lavoro a termine tra dubbi "antichi" e "nuovi"*, LD, 2006, n. 12, pp. 16 e ss.

³⁷³ ROCCELLA M., *La nuova disciplina del lavoro temporaneo*, in ARRIGO G., ICHINO P., LOY G., ROCCELLA M., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 56 e ss. Analogamente, D'ANTONA M., *I contratti a termine per «punte stagionali» tra delegificazione e rilegificazione*, RGL, 1986, II, p. 102; ID., *I contratti a termine*, in *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, ESI, Napoli, 1988, pp.

Il processo di sempre più intensa destardadizzazione del tipo di lavoro subordinato, ottenuto attraverso l'introduzione di nuovi modelli contrattuali alternativi a quello classico a tempo pieno e durata indeterminata e funzionale ad assicurare un accesso meno rigido, più diversificato e articolato al mercato del lavoro fu condotto tuttavia sull'onda dell'emergenza economica e occupazionale e finì per riaprire antiche e mai sopite dispute concettuali su nozioni complesse quali quelle di normalità e specialità, di tipicità e atipicità, di tipo e sotto-tipo. Senza entrare nel merito del dibattito assai ricco in materia, appare a questo punto necessario spendere qualche parola in materia, al limitato fine di chiarire il senso ad esse attribuito in questo lavoro.

II. 1. – Tipicità, flessibilità, specialità dei rapporti di lavoro. Una questione terminologica.

II. 1. 1. – Tipicità e atipicità tra diritto civile e diritto del lavoro.

L'ampia e copiosa dottrina che si è pronunciata su tali questioni ha elaborato una pluralità di ricostruzioni ed interpretazioni in proposito difficilmente sintetizzabili nel poco spazio di questo paragrafo. Come accennato non si riporrà qui la complessità del dibattito in materia, essendo sufficiente delineare solo qualche punto fermo utile ad evitare possibili fraintendimenti.

Il primo di questi punti fermi è possibile rintracciarlo nella sostanziale inservibilità in ambito giuslavoristico delle nozioni di tipicità/atipicità di matrice civilistica. È noto infatti che nel seno del diritto civile, la nozione di tipicità viene ricollegata all'esistenza di un tipo (normalmente) legale (ma anche social-giurisprudenziale o elaborato ad opera della giurisprudenza o dalla prassi negoziale³⁷⁴), ovvero ad un modello contrattuale previsto e disciplinato dall'ordinamento ed offerto alle parti negoziali per facilitarle nel conseguimento dell'effetto giuridico voluto. In quanto astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di un'operazione economica ricorrente nella pratica commerciale³⁷⁵, il tipo legale, il contratto tipico (o nominato), non si

11-127 ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, p. 1183.

³⁷⁴ In tal senso, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1950, p. 196.

³⁷⁵ “La nozione di modello, e quindi anche quella di tipo, che sotto il profilo etimologico ne è l'esatto equivalente, non è affatto elementare: essa riconduce all'idea di ricorrenza (il modello è tale in quanto è ripetibile) e questa a sua volta non si esaurisce nell'idea di pluralità, ma rinvia alla coesistenza di uguaglianze e differenze”. BEDUSCHI

impone alla autonomia privata delle parti, che, al contrario viene espressamente abilitata dalla legge non solo a modificare ed alterare la disciplina prevista dall'ordinamento (nei limiti in cui non si stravolga la funzione del contratto³⁷⁶), ma anche a creare modelli contrattuali non previsti né disciplinati, pur nel rispetto dei requisiti di legge e ferma restando la valutazione, rimessa all'ordinamento, circa la meritevolezza degli interessi perseguiti (artt. 1322 e 1325 c.c.)³⁷⁷. In questo senso, per il

C., *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, RDC, 1986, I, p. 352.; BIANCA M., *Diritto Civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, III., pp. 473 e ss.

³⁷⁶ BEDUSCHI C., *A proposito di tipicità e ...*, op. cit. p. 371; CATAUDELLA A., *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in SANTORO PASSARELLI G., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 10-11. In questo senso, non è fuorviante parlare di un certa rigidità del tipo anche nell'ambito del diritto comune dei contratti. Anche se poi quasi sempre la giurisprudenza italiana tende a ricondurre il modello elaborato dalle parti negoziali all'interno di un tipo nominato. In tal senso, SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, RTDPC, 1966, pp. 785 e ss.

³⁷⁷ Il criterio generalmente utilizzato per la riconduzione del contratto concreto al tipo legale è quello della *causa*, intesa, secondo l'insegnamento di Betti, come funzione economico-sociale del negozio (*contra*, FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 256 e ss. che parla di funzione economico-individuale; ma anche DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, pp. 111 e ss. che invece propone di fondare la distinzione per tipi non sulla base dell'unico elemento della causa negoziale, ma sulla base di una pluralità di criteri variamente identificati – metodo tipologico -. Per la variante “funzionale” dello stesso, BEDUSCHI C., *A proposito di tipicità e ...*, op. cit. pp. 358 e ss.). In particolare, seguendo l'impostazione dominante all'indomani dell'emanazione del Codice civile italiano del 1942, si ritenne che questo avesse accolto una nozione di causa (del negozio giuridico) intesa quale *obiettiva funzione economico-sociale del contratto*, ovvero quale funzione *tipica ed astratta* del negozio (in aperta contestazione delle teorie soggettivistiche che la intendevano invece come scopo in funzione del quale le parti si obbligano). Seguendo questa impostazione, mentre i contratti tipici avrebbero una loro causa tipica, preconstituita dall'ordinamento (e dunque il problema sarebbe unicamente quello di verificare che gli scopi delle parti coincidano con quelli prefissati del Legislatore), per i contratti atipici si porrebbe un problema di verifica della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, secondo l'ordinamento. La causa allora sarebbe in sostanza la ragione per la quale l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica al contratto; lo strumento utilizzato dall'ordinamento, in sostanziale aderenza alla ideologia dirigitica fascista, funzionale ad assicurare il controllo sostanziale degli atti di autonomia privata. In altre parole, il Codice avrebbe riconosciuto all'autonomia privata il potere di creare tipi contrattuali non previsti sempre e solo quando gli interessi effettivamente perseguiti fossero interessi socialmente apprezzabili. Nello stesso senso, per l'ordinamento spagnolo, DíEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho ...*, op. cit., pp. 389 e ss. L'insufficienza del criterio della causa intesa come funzione economica-sociale del negozio, già denunciata dalla dottrina civilistica maggioritaria e da alcuni filoni giurisprudenziali, è stata recentemente confermata dalla Corte di Cassazione. In particolare, la Suprema Corte, nella sentenza 8 maggio 2006. n. 10490, ha ritenuto oramai superata la concezione della causa come funzione economico-sociale del negozio, sul presupposto dell'obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale in base alla quale si inserisce la causa negoziale stessa in un modello predeterminato ed astrattamente tipico. Si accoglie invece in questa sentenza una nozione di causa intesa come “sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è inteso a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)”. Causa cioè come “sintesi (e dunque ragione

diritto civile, sono tipici tutti quei contratti che sono stati appunto tipizzati (ricondotti ad un modello legale tipico) dall'ordinamento e dotati di una disciplina tipica. La riconduzione al tipo serve principalmente all'identificazione della disciplina predisposta dall'ordinamento per la stesso (ovvero all'integrazione di quella carente predisposta dalle parti negoziali), liberamente modificabile dalla volontà delle parti.

Nel diritto del lavoro la nozione di tipicità assume invece un significato, per così dire, meno tecnico. In quest'ultimo contesto, essa si riconnette al presupposto in base al quale l'ordinamento avrebbe assunto a modello per l'inquadramento giuridico del rapporto di lavoro subordinato il contratto a tempo pieno e durata indeterminata. Questo costituisce lo schema tipico non solo e non tanto in quanto positivamente previsto dal Legislatore, ma soprattutto nella misura in cui su di esso si è concentrata l'attenzione della disciplina giuslavoristica (tanto legale, quanto collettiva) e si è andato costruendo il tradizionale apparato di tutele e garanzie proprie del diritto del lavoro. La tipicità del contratto di lavoro sarebbe dunque intesa principalmente in senso atecnico, come ipotesi socialmente prevalente ("normale") e, dunque, preferibile nella misura in cui ritenuta quella che meglio e più delle altre serve a garantire i valori personali implicati nella prestazione di lavoro³⁷⁸.

Se così è, si capisce come, in questo diverso contesto, sono atipici tutti quei contratti in cui l'acquisizione del fattore lavoro segue schemi che, pur potendo (ed anzi, dovendo) essere stati espressamente previsti e disciplinati, si discostano in maniera più o meno sensibile dal modello contrattuale tipico (o *standard*) a tempo pieno e indeterminato³⁷⁹. Si

concreta) della dinamica contrattuale, si badi, non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo l'*iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa in vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale". Sul punto si rinvia a CATAUDELLA A., *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 9 e ss. che cerca di stemperare il contrasto di vedute sul punto intendendo la causa del contratto come il complessivo assetto di interessi *in concreto* perseguito dalle parti negoziali.

³⁷⁸ DÄUBLER W., *Deregolazione e flessibilizzazione nel diritto del lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 172 e ss.; SANTONI F., *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 9.

³⁷⁹ In tal senso, MAZZIOTTI F., *Flessibilità del lavoro e legge delega*, DML, 2003, n. 1-2, p. 24. Vedi anche BURCHILL B., DEAKIN S., HONEY S., *The employment Status of Individuals in Non-Standard Employment*, Ministero britannico del Commercio e dell'Industria, 1999, richiamato della Commissione Europea nel *Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alla sfida del XXI secolo*, COM (2006) 708 def. Bruxelles, 22 novembre 2006 disponibile sul sito della CE www.europa.eu.int, che qualifica le forme atipiche di occupazione come forme di lavoro che differiscono

spiega in questo modo come, mentre nel diritto civile, il tipo contrattuale rappresenta semplicemente il modello normativo di un'operazione economica ricorrente nella vita di relazione (la tipicità normativa si ricollega dunque alla tipicità sociale dell'operazione economica)³⁸⁰, fermo restando l'ampia possibilità di espressione riconosciuta all'autonomia individuale anche al di là delle previsioni legali, nel diritto del lavoro il tipo contratto di lavoro subordinato non è offerto alle parti, bensì ad esse imposto in via esclusiva³⁸¹. Si parla a tal proposito di *esclusività* del tipo, intesa come radicale preclusione per le parti di creare schemi negoziali alternativi per il conseguimento dell'assetto di interessi tipico del contratto di lavoro subordinato.

Se poi si considera che la disciplina del rapporto è in gran parte predeterminata autoritativamente da fonti eteronome (intese in senso ampio come comprensive anche delle norme disposte dall'autonomia collettiva) e che, dunque, le parti non dispongono in generale del contenuto (*rectius*: degli effetti) del contratto (se non nei limiti della predisposizione di norme di maggior favore per il prestatore – inderogabilità *in pejus* -), se ne deduce facilmente che, a maggior ragione, esse non potranno disporre del tipo negoziale³⁸². Si parla appunto di *tassatività* (o rigidità del tipo), considerata la conseguenza inevitabile di una disciplina normalmente sempre dotata del carattere inderogabilità, nonché assistita dal meccanismo dell'invalidazione e della sostituzione automatica della clausole difformi (artt. 1419, comma 2 e 1339 c.c.)³⁸³. In questo senso, si è affermato che la tipizzazione (ovvero

dal modello del rapporto di lavoro “permanente” o a tempo indeterminato articolato intorno alla settimana di lavoro continua a tempo pieno.

³⁸⁰ GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, RDC, 1978, I, p. 74. “Un modello di disciplina che guida le parti al conseguimento dell'effetto giuridico voluto e consente all'interprete di integrare il programma negoziale laddove è carente, richiamando gli *effetti naturali* dello schema regolato al quale il contratto venga ricondotto”. D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, DLRI, 1990, pp. 533-34.

³⁸¹ “Il tipo è tassativo e inderogabile perchè la disciplina non è al servizio della volontà delle parti, ma ne costituisce la consapevole correzione, ai fini protettivi o dirigistici che sono tipici del diritto del lavoro”. D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), Udine, 10-12 maggio 1991, p. 54, DLRI, 1991, pp. 455 e ss. (ora anche in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 117 e ss.).

³⁸² “Le parti non hanno poteri di scelta di un tipo piuttosto che un altro; esse hanno puramente e semplicemente il potere di dare un assetto ai loro interessi che corrisponda agli scopi che intendono perseguire”. MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, DLRI, 1991, p. 490 (ora anche in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 29 e ss.) p. 495.

³⁸³ MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra ...*, op. cit., pp. 29 e ss. Si parla cioè di *tassatività* (o rigidità) del tipo contratto di lavoro subordinato, nel senso appunto che deve esistere una “necessaria coincidenza tra lo schema del contratto di lavoro e gli

la riconduzione all'interno di schemi giuridici delle diverse modalità di prestazione dell'attività lavorativa) nel diritto del lavoro riflette non la stabilizzazione di regolarità e prassi degli affari, ma i modelli di intervento eteronomo sul contratto, ordinato alla tutela del lavoratore³⁸⁴.

II. 1. 2. – Atipicità e flessibilità: una sostanziale coincidenza di significati?

Rispetto alla nozione di atipicità, quella di *flessibilità* sembrerebbe presupporre una relazione “di genere a specie”. Se infatti possono astrattamente definirsi atipiche tutte quelle forme contrattuali che si discostano, per i più svariati motivi, dal modello *standard* a tempo pieno ed indeterminato, si considerano flessibili solo quei contratti in cui la deviazione dal modello normale si realizza nel senso di una maggior flessibilità della disciplina ad esso relazionata, tanto in riferimento alla durata del rapporto, quanto in riferimento alla gestione elastica dei tempi (di lavoro e di vita). In questo senso, la contrapposizione si realizza tra la flessibilità della disciplina associata ai contratti flessibili e la rigidità di quella associata al modello *standard* (tipico) per l'inquadramento del fenomeno del lavoro subordinato. La flessibilità del contratto è dunque sostanzialmente una flessibilità (nel senso dell'attenuazione) dello statuto protettivo che ad esso viene riconnesso, in alternativa alle rigidità (vere o presunte) dello statuto protettivo tradizionalmente associato al contratto/rapporto a tempo pieno e indeterminato³⁸⁵.

Seppur astrattamente differenziabili, tuttavia, le nozioni di atipicità e di flessibilità finiscono nella pratica per sovrapporsi, in una sostanziale coincidenza di significati. Non è, infatti, possibile rintracciare deviazioni dal modello tipico che non comportino, allo stesso tempo, una più o meno accentuata attenuazione del tradizionale apparato di tutele del lavoro subordinato *standard*³⁸⁶. Per queste ragioni i termini vengono spesso utilizzati come sinonimi³⁸⁷.

interessi pratici perseguiti dalle parti i quali non possono trovare realizzazione se non a traverso tale schema, e nei limiti prefissati dall'ordinamento”. MAGRINI S., voce *Lavoro (contratto individuale)*, in ED, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 388.

³⁸⁴ D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia ...*, op. cit., p. 534.

³⁸⁵ In tal senso, anche NADALET S., *Insegnamenti e incognite di un'indagine su un diritto vivente del lavoro*, in *Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. una riflessione sui lavori flessibili (parte seconda)*, LD, 2005, p. 5.

³⁸⁶ Nota PEDRAZZOLI M., *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele? ...*, op. cit., p. 57, “Con l'espressione flessibilità si allude alla riduzione o attenuazione delle rigidità del codice protettivo previsto per il lavoro subordinato

Una possibile differenziazione tra i due concetti sopra richiamati potrebbe tuttavia essere rintracciata nel diverso grado di elasticità che esse presentano rispetto al proprio campo di applicazione. Mentre la nozione di atipicità, intesa come qualunque significativa diversificazione della disciplina applicabile rispetto al modello a tempo pieno e indeterminato, potrebbe in astratto essere riferita anche a forme di prestazione dell'attività lavorativa non necessariamente connotate dal carattere tipico della subordinazione tecnico-giuridica (forme contrattuali attinte dal diritto civile e commerciale, lavoro parasubordinato ovvero anche lavoro irregolare o in nero)³⁸⁸, la nozione di flessibilità sembra invece doversi circoscrivere al solo ambito del lavoro tecnicamente subordinato.

Seppur potenzialmente differenziabili, i termini verranno utilizzati in questo lavoro, e in aderenza a quanto si registra nel mondo giuridico e sociale, in senso alternativo, quali meri sinonimi.

II. 1. 3. – Normale/speciale e tipo/sottotipo: un'interpretazione in chiave funzionale.

Altrettanto problematica è risultata in dottrina la definizione della nozione di “specialità”, sempre riferita ai contratti e/o ai rapporti di lavoro sottostanti. Si tratta di una nozione, quella di contratto c.d. “speciali” alla quale in realtà non si dedicherà speciale attenzione in

dall'art. 2094 c.c. e ss. in ragione della presenza o assenza di requisiti o modalità della prestazione o del rapporto”.

³⁸⁷ A tal proposito, occorre sottolineare come in un contesto giuridico e normativo ancora caratterizzato dalla centralità del modello di lavoro a tempo pieno e durata indeterminata – *infra* nel testo -, il ricorso alla categoria dell'atipicità continua a possedere una certa valenza euristica. Diverso può essere il discorso, nel caso in cui la prevalenza di tale modello venga seriamente posta in discussione dalla crescente diffusione sociale di modalità contrattuali diverse. Il riferimento è in particolare alla situazione spagnola attuale in cui il ricorso a forme temporanee di impiego raggiunge il 31,94%, mentre il ricorso ad assunzioni a tempo parziale è fissato al 12,1%. Dati forniti dal *Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* relativi al terzo trimestre del 2007, disponibili sul sito: www.mtas.es. In tale contesto, la categoria della atipicità si presenta come scarsamente efficace a rappresentare compiutamente la realtà del fenomeno, dovendosi intendere più che altro come una mera convenzione linguistica.

³⁸⁸ In tal senso, anche, SANTONI F., *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 55; GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bolina, 1989, p. 79.

questo lavoro³⁸⁹. Si spederanno qui solo poche parole soprattutto al fine di chiarirne la relazione con il suo opposto: la *normalità*.

Si può iniziare affermando che la nozione di contratti c.d. “speciali” sembra avere origini assai più remote rispetto a quelle di atipicità e di flessibilità. Essa è stata elaborata, si crede, per giustificare da un lato, l’estensione dell’ambito di applicazione del diritto del lavoro a tipologie di lavoro di dubbia collocazione sistematica e dall’altro, per dare legittimazione alle deviazioni dello statuto protettivo accordato ai lavoratori ivi variamente ricondotti (dirigenti, sportivi professionisti, lavoratori a domicilio o domestici, apprendisti, etc.)³⁹⁰. Tale nozione dunque si riconnette alla tendenza propria di un certo diritto del lavoro ad espandere la propria influenza verso territori limitrofi al campo di applicazione tradizionale che aveva preso a prototipo sociale di riferimento per la costruzione dell’apparato di garanzie elaborato in via eteronoma dallo Stato (o dell’autonomia collettiva) il lavoratore industriale³⁹¹.

³⁸⁹ Per una esaustiva ricostruzione del dibattito si rinvia a SPEZIALE V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti “atipici” e possibili riforme*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 51/2007, disponibile sul sito internet: www.unict.it, ma già ID., *La struttura del contratto di lavoro temporaneo*, DLRI, 1998, pp. 307 e ss. Si veda pure LOY G., *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino Bologna, 1989, pp. 51 e ss. Per un riepilogo, anche, CATAUDELLA A., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, DL, 1983, n. 1, pp. 77 e ss.

³⁹⁰ Si tratta di una tendenza espansiva già presente nel Codice civile, che da un lato, identifica nel lavoro nell’impresa il modello tipico e socialmente prevalente ed unifica al suo interno tutti i lavoratori indipendentemente dalla categoria professionale di appartenenza (art. 2095 c.c.), mentre dall’altro, identifica ulteriori modelli contrattuali (contratto a termine – art. 2097 c.c., ora abrogato – il lavoro a cottimo – art. 2100 c.c. – il lavoro con partecipazione agli utili – art. 2102 c.c. – il lavoro in prova – art. 2096 c.c.) ed in molti casi prevede espressamente l’estensione della disciplina del modello tipico, pur nei limiti della compatibilità con la specialità del rapporto (lavoro a domicilio - art. 2128 c.c. -, tirocinio – art. 2134 c.c. Senza contare poi l’estensione (art. 2239 c.c.) ai rapporti di lavoro non inerenti l’esercizio di un’impresa della disciplina prevista per il lavoro nell’impresa (così ad esempio in materia di lavoro domestico – art. 2240 c.c.). In tale senso, GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza...*, op. cit. pp. 83 e ss. In questo modo, scrive l’A., “il codice civile realizza il duplice obiettivo della generalizzazione e dell’articolazione tipologica del modello assunto come struttura privilegiata del rapporto”.

³⁹¹ Per il sistema spagnolo, HUERTAS BARTOLOMÉ T., LÓPEZ LÓPEZ J., *La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, CRL, 1992, n. 1, pp. 76 e ss. a cui si rinvia anche per una ricostruzione in chiave storico-critica della nozione di specialità. A tal proposito, è d’obbligo menzionare la recente riforma dello Estatuto de los Trabajadores spagnolo operata con la legge 18 novembre 2005, n. 22 (sviluppato a livello regolamentare dal RD 1331/2006), la quale, intervenendo sull’art. 2, comma 1 ET (*Relaciones Laborales de carácter especial*), ha incluso nella lista dei rapporti di lavoro qualificati come speciali dallo stesso Legislatore un nuovo insieme di lavoratori. Si tratta degli avvocati che prestano servizio in forma subordinata presso uno studio legale, costituito in forma individuale o associata. La novità appare significativa dal momento che si colloca su di

Il problema, in questo caso, consiste nella difficoltà di rintracciare in dottrina una nozione di specialità universalmente condivisa³⁹². Questa viene, infatti, alternativamente ricollegata alla diversità del regolamento legale (specialità della disciplina applicabile), alla modificazione strutturale rispetto alla fattispecie tipica (specialità della struttura), ovvero alla specialità della *ratio* collegata all'assetto di interessi protetti (specialità degli interessi)³⁹³. Data l'ambiguità del termine e la sostanziale irrilevanza di una presa di posizione sul punto ai fini della presente ricerca, si preferisce non affrontare direttamente la questione³⁹⁴.

Un'ultima pausa di chiarimento riguarda infine la nozione di tipo/sotto-tipo contrattuale. Il dibattito sul tema è controverso e tuttora aperto, ricco di implicazioni teoriche e ricostruttive, ma tutto sommato

un piano di discontinuità con quella tendenza all'espansione delle frontiere del diritto del lavoro che ha legittimato la costruzione della categoria dei rapporti di lavoro speciali e sembra invece inserirsi nella tendenza più recente alla progressiva contrazione di quelle stesse frontiere. La legge n. 22/2005 infatti fonda la specialità del rapporto di lavoro dell'avvocato sul mero fatto che si tratta di lavoratori altamente qualificati che prestano la propria attività in favore di datore di lavoro qualificato dall'essere uno studio legale. Da ciò ne dovrebbe conseguire, secondo la *ratio* della legge, una minore esigenza di protezione e, dunque, l'assoggettamento ad un regime giuridico diverso e deteriore rispetto a quello proprio del regime generale del lavoro subordinato. Per una critica a tale normativa, si rinvia alle considerazioni di PRADO LAGUNA J. L., *Algunas notas sobre la creación de una nueva relación laboral de carácter especial: la de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados*, RDS, 2005, n. 32, pp. 121 e ss. che avanza dubbi di legittimità costituzionale come conseguenza della possibile violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione contenuto nell'art. 14 CE. Anche in considerazione dello speciale meccanismo di "regolarizzazione" previsto per il caso di mancata contribuzione al sistema di Sicurezza Sociale, il dubbio è quello che la riforma sia stata emanata allo scopo di concedere una sorta "amnistia" sul piano contributivo a studi legali inadempimenti.

³⁹² Si è parlato appunto di "eccedenza di significati" della nozione di specialità "che la rende inutilizzabile dal punto di vista concettuale e sistematico". GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 25; ovvero di insufficienza del termine a fini descrittivi e qualificatori. HUERTAS BARTOLOMÉ T., LÓPEZ LÓPEZ J., *La ampliación de las fronteras del ...*, op. cit., p. 77.

³⁹³ La nozione di specialità viene ricollegata ad una pluralità di ragioni. In alcuni casi si fa riferimento alla disciplina applicabile, nel senso che sarebbero speciali i contratti dotati di una disciplina distinta e particolare rispetto a quella prevista per il contratto *standard* (GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 477 e ss.); altre volte si parla di specialità in ragione dell'esistenza di una deviazione funzionale della finalità tipica del rapporto di lavoro subordinato come nel caso dei contratti c.d. formativi (SANTONI R., *Rapporti speciali di ...*, op. cit. p. 20; GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 25) ovvero della particolare posizione occupata dal lavoratore (lavoro sportivo, domestico, artistico, portierato, etc.). Altre volte, infine, la specialità viene riconnessa alla speciale emergenza di interessi pubblici preminenti connessi alle caratteristiche del contesto nel quale il lavoro viene prestato (lavoro aeronautico, marittimo, portuale, etc.).

³⁹⁴ È stato, d'altra parte, già evidenziato come dietro all'elaborazione della categoria della specialità, si agitano motivazioni ed esigenze di ordine meramente classificatorio. MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 112.

irrelevante nel contesto di questo lavoro, soprattutto se si aderisce alla impostazione di quanti hanno già messo in evidenza che, nel contesto del diritto del lavoro, la distinzione per tipi e sottotipi (al pari di quella basata sulla normalità/specialità) delle varie tipologie contrattuali assolve ad una funzione eminentemente classificatoria e dunque descrittiva³⁹⁵. Si concorda dunque con quanti ritengono che l'articolazione del tipo di lavoro subordinato consista essenzialmente in una mera diversificazione all'interno dell'ambito del lavoro subordinato, di modalità distinte di acquisizione del lavoro da parte delle imprese, ciascuna per altro accompagnata da una disciplina specifica. Per questo motivo, si è deciso di continuare ad utilizzare i termini tipo/sotto-tipo sia pure in questo significato per così dire non tecnico, come equivalenti a "modello", "figura", "fattispecie" contrattuale.

II. 2. – Il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva in relazione con l'autonomia privata individuale.

Al di là dei problemi di ordine concettuale sopra accennati, e riprendendo il filo del discorso iniziato in precedenza, appare importante sottolineare il ruolo assegnato alla mediazione sindacale nel processo di progressiva flessibilizzazione del diritto del lavoro.

Nel complesso di una legislazione che cercava modelli di regolazione dello sfruttamento del lavoro più attenti alle reali dinamiche economiche e produttive, un ruolo fondamentale venne infatti assegnato alla contrattazione collettiva. E così, a fronte poi di un *quantum* di flessibilità già concesso *ex lege* all'autonomia individuale delle parti negoziali, si prevedevano dosi aggiuntive di *flessibilità autorizzata*, cioè condizionata alla previa emanazione non solo di provvedimenti di autorizzazione della Pubblica Amministrazione, ma anche alla previa regolamentazione qualitativa e determinazione quantitativa (e dunque all'applicazione) del contratto collettivo. In questo senso, il contratto collettivo al pari dei provvedimenti amministrativi, veniva abilitato a svolgere la funzione di rimozione di limiti all'autonomia individuale del

³⁹⁵ È stato già efficacemente argomentato, infatti, che mentre nel diritto civile la classificazione per tipi e sottotipi è funzionale alla individuazione della disciplina applicabile, anche ai fini dell'integrazione di quanto disposto dall'autonomia privata individuale delle parti negoziali là dove carente, nel diritto del lavoro, "la discussione teorica in precedenza descritta ("tipo", "sottotipo", "generale", "speciale") non ha grande rilievo pratico e tutto si riduce a mere esigenze qualificatorie, prive di profili applicativi concreti". SPEZIALE V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali ...*, op, cit. p. 23.

datore di lavoro, imposti da disposizione di legge altrimenti inderogabili³⁹⁶.

Il presupposto da cui si partiva era quello di considerare la contrattazione collettiva quale forma privilegiata per una regolamentazione più flessibile ed elastica del mercato del lavoro, in quanto tale, capace di realizzare l'equilibrio preferibile tra nuove esigenze di flessibilità delle imprese e tradizionali bisogni di protezione dei lavoratori. Il contratto collettivo finiva per costituire lo strumento utilizzato dal Legislatore per dare legittimazione sociale ai "compromessi, di volta in volta concretamente possibili, tra i movimenti reali del mercato e le esigenze reali dei lavoratori rappresentati"³⁹⁷; costituiva il presupposto per accedere a strumenti di flessibilità altrimenti preclusi alle parti individuali; svolgeva la funzione di verificare in concreto il *quantum* di flessibilità tollerabile dal sistema e, con ciò, di razionalizzare ed indirizzare le scelte imprenditoriali verso criteri di economicità nella gestione delle imprese e di funzionalità dei processi produttivi³⁹⁸.

L'obiettivo della realizzazione di un sistema razionale di diversificazione delle porte d'accesso al mercato del lavoro che fosse maggiormente attento alle esigenze delle imprese non implicava, dunque, il conseguente abbandono *tout court* della più tradizionale prospettiva garantista³⁹⁹. A differenza del passato, tuttavia, il punto di equilibrio

³⁹⁶ Parla a tal proposito di "legislazione delegante" definita come comprensiva, tra l'altro, di "quelle norme che legittimano la contrattazione collettiva ad introdurre deroghe alla normativa inderogabile di legge in considerazione di particolari esigenze congiunturali o ambientali" in funzione del "processo di graduale smantellamento di taluni vincoli normativi che costituiscono l'ossatura dell'impostazione garantista del diritto del lavoro", FERRARO G., *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, DLRI, 1986, pp. 667 e ss. e ora in ID, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 74 e ss.

³⁹⁷ TURSI A., *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, LD, 1997, p. 586.

³⁹⁸ DE LUCA TAMAJO R., *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in DE LUCA TAMAJO R., CESSARI A. (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 51.

³⁹⁹ Si è parlato a tal proposito di passaggio da un sistema di garantismo individuale ad uno di controllo collettivo. Si veda sul punto il volume CESSARI A., DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982. Scrive a tal proposito MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD, 1993, p. 25 "Le caute aperture e deroghe alle regole più rigide (in senso garantistico) da parte del legislatore degli anni '80, non hanno mai revocato in dubbio sino ad oggi, né scalfito la linea storica «dirigistica» ormai consolidata, caratterizzata dal costante prevalere sull'autonomia individuale delle fonti esterne eteronome. Tutt'al più, si è passati da una forma di «protezione forte», d'ordine pubblico-privato, imposta per legge, ad una regolazione flessibile e modulata, filtrata dalla mediazione sindacale, escluso comunque qualsiasi intervento o partecipazione diretta del singolo prestatore di lavoro". Esempio è anche il caso della flessibilità autorizzata attraverso la normativa promozionale degli accordi aziendali sulla riduzione degli orari e del salario per

cessava di essere predeterminato rigidamente dal Legislatore e veniva affidato ad una mediazione sindacale fortemente “sponsorizzata” dalla legge. Alla contrattazione collettiva veniva affidato insomma il compito dell’esercizio di funzioni eminentemente pubbliche, o meglio, gli accordi collettivi finivano per venir funzionalizzati ad un risultato di interesse pubblico (difesa e incremento dei livelli occupazionali, mediazione tra flessibilità e garantismo nel mercato del lavoro e regolamentazione dello stesso), creando non pochi problemi di ordine ricostruttivo e sistematico in un sistema privo di regole in materia di selezione e legittimazione democratica degli agenti sociali abilitati e caratterizzato da un’efficacia soggettiva limitata del contratto collettivo⁴⁰⁰.

Il rifiuto di una strategia di flessibilizzazione che seguisse le ricette elaborate dalle correnti più propriamente neo-liberali, comportò dunque l’adozione di un modello di flessibilità *contrattata* con le organizzazioni sindacali chiamate direttamente in causa nella determinazione quantitativa e qualitativa delle dosi di flessibilità da immettere nel sistema. La rinuncia ad un intervento regolativo diretto da parte della legge nell’ampliamento delle possibilità del ricorso all’istituto del contratto a termine mentre per un verso, evidenziava la crescente inadeguatezza della tradizionale tecnica normativa per norme legali generali ed astratte rispetto alla soddisfazione delle esigenze di flessibilità provenienti dal mondo imprenditoriale, per l’altro esprimeva la consapevolezza che il rinvio alla contrattazione collettiva avrebbe permesso una preferibile mediazione ed un più ponderato temperamento delle contrapposte esigenze di lavoratori ed imprese, affidato a strumenti e procedure assai più flessibili e malleabili di quelle consentite dalla disciplina legale. Lo scambio avveniva insomma tra concessione di limiti meno predeterminati ai poteri imprenditoriali ed una maggiore “implicazione” sindacale sul punto di incidenza della norma imperativa. E in questo senso, l’intervento sindacale fu non solo auspicato ma positivamente promosso dalla Legislazione in materia. Il datore di lavoro infatti, onde poter beneficiare delle dosi aggiuntive di flessibilità autorizzata dalla contrattazione collettiva, veniva costretto a negoziare, e dunque ad applicare in azienda, il contratto collettivo di autorizzazione. In un sistema quale quello italiano caratterizzato da un’efficacia limitata del contratto collettivo, l’effetto (almeno potenziale) di sponsorizzazione dell’autonomia collettiva era evidente.

A questo proposito si dedicherà il paragrafo che segue all’esemplificazione di alcuni presupposti specialmente significativi nella prospettiva della c.d. flessibilità contrattata.

difendere o incrementare i livelli occupazionali (contratti collettivi di solidarietà difensivi o espansivi, l. 19 dicembre 1984, n. 863, artt. 1 e 2).

⁴⁰⁰ Sul punto, D’ANTONA M., *Occupazione flessibile ...*, op. cit. p. 1175 e ss.; PROSPERETTI G., *L’autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, MGL, 1993, n. 6, pp. 594 e ss.

II. 2. 1. - Mediazione sindacale e disciplina dell'accesso al lavoro flessibile. Alcuni esempi significativi.

Per quanto riguarda l'accesso al lavoro, esemplificativo del coinvolgimento della contrattazione collettiva nella determinazione dei limiti alla flessibilità in entrata è il caso della disciplina relativa al lavoro a termine. Come accennato, a fronte di dosi di flessibilità direttamente consentite *ex lege* in tutta una serie di ipotesi tassative espressamente tipizzate dal Legislatore (art. 1, l. n. 230/1962), si prevedevano ipotesi aggiuntive di legittima apposizione del termine finale al rapporto condizionate alla previa autorizzazione in tale senso tanto da parte tanto della Pubblica Amministrazione, quanto dell'autonomia collettiva a ciò espressamente abilitata dalla legge⁴⁰¹.

Considerazioni analoghe in quanto al ruolo giocato dalle organizzazioni sindacali in materia di lavoro flessibile possono essere avanzate anche per quanto riguarda la regolamentazione del contratto di formazione e lavoro e del part-time.

Nel caso del contratto di formazione e lavoro, in particolare, l'art. 3 comma 3 della l. n. 863/1984 prevedeva che la preventiva necessaria approvazione dei progetti formativi da parte della Commissione regionale per l'impiego (procedimento di autorizzazione amministrativa) non fosse necessaria in caso di adesione dell'impresa agli accordi collettivi che regolavano questa tipologia contrattuale (che dunque svolgevano, al pari di quella, funzioni autorizzatorie volte alla rimozione di vincoli alla capacità negoziale del datore di lavoro). In altri termini, la previsione di progetti formativi "concordati tra le organizzazioni sindacali nazionali dei datori e dei prestatori di lavoro aderenti alla confederazioni maggiormente rappresentative, recepiti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sentita la commissione centrale per l'impiego" e "conformi alle regolamentazioni del contratto di formazione e lavoro" (art. 3, comma 3, l. n. 863/1984), veniva considerata dal Legislatore prova sufficiente della *bontà* degli stessi e rendeva superfluo il controllo da parte della Pubblica Amministrazione. Il rispetto delle prescrizioni del contratto collettivo veniva poi assicurato attraverso la previsione della considerazione del contratto come a tempo indeterminato fin dal momento della sua stipulazione in tutti i casi di "inosservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi del contratto di formazione e lavoro" (art. 3, comma 9 l. n. 863/1984)⁴⁰².

Si trattava anche in questo caso di modelli contrattuali a termine (di durata non superiore a 24 mesi) in cui, alla temporaneità del vincolo

⁴⁰¹ Si rinvia, a tal proposito, a quanto già detto - §. II - di questo Capitolo.

⁴⁰² Scrive a tal proposito D'ANTONA M., *Occupazione flessibile e nuove ...*, op. cit. p. 1167. "il contratto a termine è infatti un contratto (a termine) autorizzato, da un provvedimento amministrativo o da un contratto collettivo, sotto condizione della effettiva realizzazione del programma formativo presentato".

contrattuale, si aggiungevano vantaggi per le imprese in termini di riduzione del costo del lavoro (grazie a generose finanziamenti/fiscalizzazioni degli oneri sociali – art. 3 comma 4 -), di autorizzazione alla chiamata nominativa anziché numerica, di esclusione dei giovani lavoratori così assunti dal computo numerico dell'organico aziendale (art. 3, comma 10). Probabilmente anche in conseguenza della forte sponsorizzazione operata a favore dell'utilizzo di tale tipologia contrattuale, anche questa subì ben presto una trasformazione della propria funzione economico-sociale. Più che deputato a conciliare lavoro e formazione, tale contratto venne valutato e servì come strumento di agevolazione (non sempre efficiente) all'ingresso nel mercato del lavoro di giovani (tra i 15 e i 29/32 anni – ex art. 3, commi 1 e 1-*bis* -) disoccupati o inoccupati e dunque assolse (sia pure non sempre efficacemente) a finalità prettamente occupazionali⁴⁰³.

L'assenza di uno speciale sfavore dell'ordinamento verso l'utilizzo del contratto a tempo parziale⁴⁰⁴ aveva indotto il Legislatore a circondare tale istituto di minori restrizioni legali, ammettendo una sostanziale libertà delle parti individuale al ricorso allo stesso. Non si prevedevano infatti causali specifiche che ne legittimassero l'utilizzo, ma più semplicemente si approntava un sistema di tutele legali volte ad impedirne un uso distorto o irresponsabile⁴⁰⁵. Il controllo sindacale dunque non agiva sulla legittimazione negoziale, bensì sulla concreta regolamentazione dello stesso. I commi 4 e 5 dell'art. 5, l. n. 863/1984 concedevano, infatti, ai contratti collettivi anche di livello aziendale la facoltà non solo di fissare percentuali massime di assunzioni a part-time rispetto all'organico a tempo pieno, ma anche di determinare le mansioni e le modalità di svolgimento della prestazione dei lavoratori coinvolti, nonché la possibilità di prevedere eccezioni al divieto di lavoro supplementare.

In particolare, quest'ultima eventualità costituiva indubbio motivo di stimolo alla conclusione del contratto collettivo da parte dell'impresa, che così veniva autorizzata a ricorrere a dosi aggiuntive di flessibilità nella gestione dei tempi di lavoro del personale. Ad ulteriore sostegno

⁴⁰³ D'ANTONA M., *Occupazione flessibile e nuove ...*, op. cit. p. 1163 e p. 1168.

⁴⁰⁴ Definito come contratto di lavoro subordinato caratterizzato da una riduzione della durata della prestazione lavorativa nell'arco della giornata, della settimana, del mese ovvero dell'anno, rispetto alla normale giornata di lavoro prevista dai contratti collettivi dall'art. 5.

⁴⁰⁵ Forma scritta del contratto, diritto di precedenza per le assunzioni a tempo pieno (art. 3-*bis* d. l. n. 726/1984), autorizzazione amministrativa in caso di conversione del contratto da tempo pieno a tempo parziale (art. 5, comma 10), divieto di lavoro supplementare salvo diversa previsione dei contratti collettivi supplementare (art. 5, comma 4), adeguazione della retribuzioni ai principi di sufficienza e proporzionalità dell'art. 36 Cost., etc.

della vincolatività degli accordi collettivi sul punto ed in funzione della tutela dell'interesse pubblico all'organizzazione del mercato del lavoro, si prevedeva infine una sanzione amministrativa a carico del datore di lavoro che assumesse lavoratori part-time in violazione dei limiti contrattuali al lavoro supplementare menzionati (comma 13 dello stesso articolo – 5 -).

II. 2. 2. - La flessibilizzazione delle tecniche normative. Concertazione e flessibilità contrattata.

La flessibilizzazione del mercato del lavoro ha influenzato, dunque, anche i sistemi di produzione normativa⁴⁰⁶. “Ad un sistema di diritto del lavoro costruito in prevalenza su norme sostanziali, direttamente regolative di comportamenti, sorrette da sanzioni afflittive irrogabili all'atto dell'accertamento della violazione” e assistite dal carattere dell'inderogabilità, si andava piano, piano sostituendo un sistema più decentrato e flessibile, in cui alla produzione della norma venivano chiamati a concorrere una pluralità di soggetti⁴⁰⁷.

Attraverso la predisposizione di tecniche promozionali e di incentivazione, nonché di integrazione selettiva delle forze sociali nella dialettica politico-istituzionale⁴⁰⁸, si pervenne dunque ad una ridefinizione dei rapporti e delle competenze in materia di mercato del lavoro tra Stato e sindacati⁴⁰⁹. In un intreccio tra concertazione sociale a

⁴⁰⁶ Sulla complessivizzazione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva, FERRARO G., *Fonti autonome e fonti ...*, op. cit. Per l'ordinamento spagnolo, GARCÍA BLASCO J., *Legge, autonomia collettiva e contrattazione individuale*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 375 e ss.

⁴⁰⁷ GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, pp. 333 e ss. Più diffusamente, sul processo di flessibilizzazione del sistema di gerarchia delle fonti in questo periodo, FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, spec. Cap. IV.

⁴⁰⁸ Il criterio di selezione era, com'è noto, rintracciato nella maggiore rappresentatività (utilizzato tanto nella disciplina derogatoria dei vincoli alla stipulazione del contratto di lavoro a termine – l. 3 febbraio 1978, n. 18; l. 26 novembre 1979, n. 598; art. 8-bis l. 25 marzo 1983, n. 79 –, quanto nella regolamentazione del contratto di formazione e lavoro, ma non in quella concernente il contratto di lavoro part-time). Sul punto PERSIANI M., *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neo-corporata*, DL, 1984, I, pp. 12 e ss. FERRARO G., *Fonti autonome e fonti ...*, op. cit. pp. 63 e ss.

⁴⁰⁹ Fondamentale a questo riguardo fu l'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza 7 febbraio 1985, n. 34 (in Foro It. 1985, I, pp. 975 e ss.). Si tratta del primo importante tentativo di definire i rapporti tra prodotti della contrattazione collettiva, ed

monte e devoluzione/attribuzione di un ventaglio di funzioni normativo-amministrative ai sindacati maggiormente rappresentativi a valle, si intendeva pervenire ad una maggiore implicazione e responsabilizzazione delle organizzazioni sindacali nella gestione dell'emergenza e della crisi prima, e della flessibilità poi.

Il coinvolgimento dei sindacati nella ri-regolazione flessibile del mercato e nella gestione delle situazioni di conversione/ristrutturazione e di crisi aziendale rappresentava, d'altra parte, una possibile risposta alla crisi regolativa della legge, alla quale il sovraccarico funzionale impediva di soddisfare adeguatamente la crescente domanda di regolazione proveniente dalla società⁴¹⁰. Allo "scambio politico" – consenso e

in particolare, tra accordi di concertazione e potestà e competenza legislativa in materia di disciplina del lavoro subordinato. L'intervento della Corte fu promosso quale conseguenza della decisione del Governo di pervenire alla traduzione normativa dell'Accordo tripartito del 14 febbraio 1984 - Protocollo sul Costo del Lavoro o Patto di San Valentino -, nonostante la mancata sottoscrizione dello stesso da parte del maggior sindacato italiano – la CGIL -. Sottolineando il carattere "anomalo" degli accordi tripartiti, che nelle parole della Corte, "rappresentano il frutto dichiarato di trattative triangolari che vedono ufficialmente partecipe il Governo, non solo nella veste di un semplice mediatore o in quanto datore di lavoro per ciò che riguarda il pubblico impiego, ma quale soggetto che assume a sua volta una serie di impegni politici, spesso assai precisi e rilevanti", il Giudice costituzionale per un verso esclude la possibilità di ricondurre tali accordi al primo comma dell'art. 39 Cost. - "è da dubitare, quindi, che i fenomeni così ricostruiti, pur non contrastando con la Costituzione, rientrino nel quadro tipizzato dall'art. 39, dal momento che le organizzazioni sindacali non sono in tal campo separate dagli organi statali di governo, bensì cooperanti con essi", mentre per l'altro, negò la possibilità di configurare, in favore della contrattazione collettiva quand'anche tripartita, una riserva in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro (ma già sentenza 19 dicembre 1962, n. 106 in Foro It., 1963, I, p. 17 e ss.), affermando in positivo "che gli interessi pubblici ed i fini sociali coinvolti da tali trattative debbono poter venire perseguiti e soddisfatti dalla legge, quand'anche l'accordo fra il Governo e le parti sociali non sia raggiungibile: così come spetta alla legge coordinare l'attività economica pubblica e privata ai sensi del terzo comma dell'art. 41 Cost. Diversamente, infatti, ne sarebbe alterata la vigente forma di governo; mentre la contrattazione collettiva ne risulterebbe, in difetto dell'ordinamento sindacale previsto dall'art. 39, ancora più estesa e garantita che in base all'inattuato quarto comma dell'articolo stesso".

⁴¹⁰ "La norma contrattuale è concepita come il naturale prolungamento del dettato legislativo, come un elemento di integrazione di una fattispecie complessa: ad essa è assegnata una funzione composita, al contempo di strumento di concretizzazione degli assetti ipotizzati dal legislatore, ma anche di mezzo di integrazione, di adattamento, di specificazione del contenuto legale". FERRARO G., *Fonti autonome e fonti*, op. cit., p. 54 che parla a tal proposito di "mutamento di funzione della norma collettiva che ben lungi dal configurarsi come atto contrattuale di tipo normativo che trova legittimazione nella delega fornita al sindacato dai singoli lavoratori, si fonda e si giustifica nella stessa fonte normativa delegante e viene concepita come uno strumento regolamentare attraverso il quale si specifica e completa il dettato legislativo". Sottolinea le ripercussioni negative sulla certezza del diritto delle pratiche di concertazione, PISANI C., *Diritto del lavoro e certezza del diritto*, DL, 2003, II, pp. 612 e ss. Sulla crisi regolativa della legge e sulle ripercussioni sulla struttura della fonti giuridiche, in generale, LUBERTO M., *La crisi della concezione giuspositivistica delle fonti del diritto*

collaborazione *versus* partecipazione – si accompagnava dunque uno più propriamente “giuridico”⁴¹¹, in funzione di una gestione più efficiente e flessibile degli interventi⁴¹².

Allo stesso modo, nel duplice processo di delega e di *incorporazione*⁴¹³, i sindacati (confederali) vedevano accrescere il loro potere e la loro influenza nella gestione del mercato del lavoro e dell’economia, in funzione del contemperamento delle esigenze della crisi con il mantenimento di adeguati livelli di protezione dei lavoratori⁴¹⁴.

e le nuove metanorme sulla produzione, disponibile sul sito internet: www.cirfid.unibo.it.

⁴¹¹ Il processo come è noto è assai ricco e complesso, non potendo essere ridotto unicamente al fenomeno della concertazione triangolare. Sul punto FERRARO G., *Fonti autonome e fonti*, op. cit. che distingue tra *legislazione negoziata*, *legislazione delegante* e *legislazione vincolistica*; BAYLOS A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 58.; VALDÉS DAL-RÉ F., *La legislación laboral negociada*, RMTAS, 1997, n. 3, pp. 171 e ss. Le trasformazioni che interessano il mondo sindacale, rivoluzionando obiettivi, funzioni e tecniche di regolazione, stimolano la riflessione giuslavoristica in materia. Gli anni '80 si aprono sul versante della ricostruzione scientifica dell'organizzazione sindacale con opere di indubbio valore. Tra le principali, FERRARO G., *Ordinamento, ruolo del sindacato e*, op. cit.; VARDARO G., *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984; ID, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1985.

⁴¹² Si veda in proposito la l. 20 maggio 1975, n. 164 sulla Cassa Integrazione ovvero, per esempi di legislazione promozionale, la l. 26 maggio 1978, n. 215 che ha riformato l'art. 2112 c.c. e l'art. 1, comma 2 della l. n. 863 del 1984 sui c.d. “contratti di solidarietà”.

⁴¹³ Incorporazione intesa in senso lato, come coinvolgimento nella definizione delle politiche pubbliche, come strategia volta al conseguimento del consenso tra le forze sociali e non come “Assimilazione e assorbimento”. PERONE G., *L'accordo sul costo del lavoro: problemi e prospettive*, LD, 1983, I, pp. 97-98.

⁴¹⁴ Il metodo concertativo fu sicuramente favorito, in Italia, anche dal rafforzamento della posizione del sindacato fuori, ma soprattutto dentro, i luoghi di lavoro e dalla capacità che questo espresse di ricomporre, riorganizzare e rappresentare molte delle componenti del grande movimento di contestazione che caratterizzò il panorama politico e sindacale a cavallo tra la fine degli anni '60 e la prima metà degli anni '70. L’emanazione dello Statuto dei Lavoratori e l’attribuzione al sindacato di ampi poteri di incidenza sull’esercizio e sulla determinazione dei limiti sostanziali e procedurali ai poteri imprenditoriali contribuì a favorire un’evoluzione del ruolo e della funzione del sindacato anche oltre le tradizionali logiche privatistiche. In questo senso, si è sostenuto che “i primi germi del neo-corporativismo siano stati posti proprio dello Statuto dei lavoratori: è già in questa fase che il sindacato italiano entra da protagonista nello spazio pubblico e l’azione sindacale comincia ad assumere connotati diversi dal processo di autoregolamentazione sociale proprio del pluralismo classico”. BARBERA M., *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, WP C.S.D.L.E., n. 58/2007, disponibile sul sito internet: www.unict.it, p. 16. Oramai riconosciuto quale interlocutore affidabile e soggetto organizzato, “istituzionalmente” deputato a rappresentare e proteggere al meglio gli interessi dei lavoratori, il sindacato, insomma, fu chiamato a partecipare alla determinazione ed all’implementazione delle politiche sociali ed economiche pubbliche, in un momento in cui sembrava indispensabile al Governo recuperare un clima di pacificazione e di consenso sociale,

La preoccupazione crescente per il mantenimento dei livelli occupazionali, nella contingenza di una crisi che si profilava strutturale, spingeva, infatti, il movimento sindacale ad un cambiamento di rotta rispetto alla tradizionale strategia conflittiva-rivendicativa⁴¹⁵. Le cessioni verso politiche meno incentrate sulla questione retributiva, più proclivi ad assecondare le impellenti esigenze di produttività delle imprese e di sostanziale attenuazione delle garanzie sul piano del rapporto individuale, venivano in fatto compensate da una maggiore partecipazione alle politiche pubbliche e private d'investimento e di occupazione⁴¹⁶, nonché

condizioni indispensabili per far fronte alle situazioni di crisi economica e sociale. In questo modo, il Governo si accreditava quel consenso e quella collaborazione indispensabili ad un più efficace intervento riformatore. La pratica della concertazione sociale, nel momento stesso in cui palesava una certa debolezza dello Stato, impossibilitato a soluzioni di tipo coercitivo, gli consentiva di recuperare quella legittimazione sociale e politica indispensabile per provvedere ad interventi importanti nel mercato del lavoro e nell'economica, in funzione dell'obiettivo di una stabilità politica ed economica. Per una descrizione degli interessi in gioco e sulla natura partitica degli episodi di concertazione della prima metà degli anni '80, LANGE P., *Il declino della concertazione e gli accordi italiani: alcune ipotesi sulle radici politiche della concertazione in Italia*, in VARDARO G (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, pp. 367 e ss.

⁴¹⁵ La concertazione può essere interpretata anche come la risposta ai mutamenti in corso che da un lato, spingevano verso un contenimento delle politiche sindacali più propriamente rivendicative, mentre dall'altro mettevano in crisi la legittimazione stessa di un sindacato costretto ad accettare compromessi, a volte, assai penalizzanti per i lavoratori. In questo senso, attraverso i patti triangolari, il sindacato cerca di recuperare sul terreno politico un potere che si indebolisce su quello sociale. In materia, TOSI P., *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, PD., 1985, pp. 363 e ss. che avverte: "l'assunzione del sindacato nel circuito dello scambio politico risulta, ancora nei fatti, ambivalente rispetto al recupero di rappresentatività, mescolandosi ad aspetti indubbiamente promozionali altri di segno opposto", (p. 367); VENEZIANI B., *Vecchi e nuovi corporativismi*, in VARDARO G (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi...*, op. cit., p. 277. Si veda in proposito anche il primo Capitolo di GIUGNI G., *La lunga marcia della concertazione. Conversazioni con Paola Ferrari e Carmen La Macchia*, Il Mulino, Bologna, 2003. La cessione operata dal sindacato sul fronte delle politiche redistributive-rivendicative e, più in particolare, sul fronte della moderazione salariale con conseguente sostanziale accettazione delle istanze di politica economica propugnate dall'Esecutivo, viene interpretata anche come conseguenza dell'esigenza delle confederazioni sindacali di recuperare un consenso funzionale alla ri-centralizzazione del sistema delle relazioni industriali fortemente compromessa nel periodo precedente. In tal senso, ALES E., *Paradigmi giuridici dell'offerta di lavoro e modernizzazione rivendicativa nell'esperienza sindacale italiana*, DLRI, 2002, pp. 262 e ss. il quale sottolinea anche i rischi di tale operazione. La sostanziale accettazione da parte confederale della necessità della compatibilità delle strategie sindacali con gli obiettivi di politica e di politica economica generale, pone il sindacato in una situazione di sostanziale ricattabilità sul fronte salariale, trasformando il contratto collettivo in uno strumento "che ha come obiettivo la *formalizzazione* del punto di equilibrio economico sostenibile nell'ambito delle compatibilità generali tra domanda e offerta di lavoro e non la *determinazione* del più elevato punto di equilibrio sostenibile dalla controparte. La moderazione rivendicativa diventa, così, elemento consustanziale al «paradigma lavoristico-sindacale»" (p. 267).

⁴¹⁶ TREU T., *L'intervento del sindacato ...*, op. cit., p. 77.

dalla possibilità di un controllo “collettivo”, tanto quantitativo quanto qualitativo, sui processi di flessibilizzazione⁴¹⁷. In altre parole, la crisi economica indusse il sindacalismo a “sospendere” la critica di fondo ai presupposti di funzionamento della società capitalista e ad implicarsi sempre più nel funzionamento dell’apparato istituzionale dello Stato⁴¹⁸. Ciò lo portò a doversi misurare anche con la possibilità di dover operare sul contratto individuale anche con interventi derogativi della legge in senso sfavorevole per il singolo lavoratore, giustificati sulla base della necessità di rispondere a interessi di tipo più propriamente collettivo. Le nuove e difficili funzioni assunte dal sindacato come conseguenza delle pressioni derivanti dalla situazione di grave crisi economica e occupazionale complicano i rapporti tra autonomia collettiva e autonomia individuale tutte le volte che l’intervento collettivo genera situazione di svantaggio sul piano individuale (deroghe peggiorative, disponibilità di diritti individuali, etc.).

Mentre i rapporti tra legge, provvedimenti della Pubblica Amministrazione e prodotti della contrattazione collettiva si fa più articolato e complesso⁴¹⁹, sembra mutare anche il ruolo dell’intervento eteronomo sui rapporti di lavoro. L’attenzione si sposta infatti sempre più chiaramente da obiettivi di limitazione e controllo delle condizioni e dello svolgimento del rapporto di lavoro (garantismo individuale) a funzioni di gestione e controllo del mercato del lavoro - anche in funzione di assicurare copertura giuridica alle esigenze di risparmio sul costo del lavoro⁴²⁰ e di flessibilità nell’utilizzo dello stesso da parte delle imprese - e di promozione dell’occupazione.

⁴¹⁷ RICCI M., *Autonomia collettiva e individuale nella revisione legislativa del mercato del lavoro: alcune osservazioni*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L’omaggio dell’accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, I, p. 554.

⁴¹⁸ AA.VV., *Estudios sobre la flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales*, RFDUM, 1988, n. 14.

⁴¹⁹ Sui problemi connessi alla definizione del meccanismo della concertazione e sulla distinzione dalla contrattazione, MARESCA A., *Concertazione & contrattazione*, ADL, 2000, n. 2, pp. 197 e ss. Per un quadro generale relativo al periodo precedente, anche in chiave comparatistica, TREU T., *L’intervento del sindacato nella politica economica*, DLRI, 1983, pp. 76 e ss.; GIUGNI G., *Il diritto del lavoro ...*, op. cit., pp. 373 e ss.; CARINCI F., *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, RTDPub., 2002, I, pp. 35 e ss.

⁴²⁰ In questa linea di politica del diritto si collocano l’Accordo trilaterale del 22 gennaio 1983 (c.d. Accordo Scotti) che inizia la serie degli accordi di vertice, e il Protocollo sul costo del lavoro del 14 febbraio 1984 (c.d. Patto di San Valentino). Sul punto, anche in una prospettiva comparatistica, PERONE G., *L’accordo sul costo del lavoro...*, op. cit., , pp. 91 e ss. Se fino alla prima metà degli anni ’90, gli accordi di vertice si preoccupano principalmente di pervenire ad una elaborazione consensuata delle politiche dei redditi in funzione del contenimento del debito pubblico e dell’inflazione, oltre che, in certa misura, anche della flessibilizzazione della disciplina del lavoro e della contenzione della conflittualità (vedi clausole relative alla composizione in sede aziendale della microconflittualità), a partire dalla seconda metà dello stesso decennio, si registra un progressivo spostamento dell’attenzione verso questioni relative più propriamente alla

Si è parlato a tal proposito di passaggio da un diritto propriamente “regolativo” ad uno di tipo “riflessivo”, che pur continuando ad intervenire nei rapporti economico-sociali, lo fa in modo indiretto, attraverso la predisposizione di regole procedurali e di controllo dei processi di autoregolazione sociale⁴²¹. La valorizzazione dell’intervento sindacale ne è un chiaro riflesso. Il c.d. “diritto riflessivo” si relaziona con l’autonomia privata in modo assai diverso; si limita a fornire strumenti, schemi, procedimenti formali all’interno dei quali l’autonomia privata possa esprimersi; non coarta direttamente⁴²². In questo modo, però controlla solo indirettamente i risultati normativi ai cui pervengono i processi di autoregolazione sociale.

riforma del mercato del lavoro e dei sistemi di sicurezza sociale (soprattutto attraverso un recupero della contrattazione interconfederale – sul punto GIUGNI G., *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, DLRI, 1985, pp. 53 e ss. che sottolinea il carattere informale della concertazione italiana e inquadra tali accordi, pur bilaterali, nell’ambito del sistema di concertazione sociale). Anche come conseguenza dei vincoli derivanti dal Trattato di Maastricht (1992), lo spostamento verso obiettivi di riforma strutturale del mercato del lavoro si fa più stringente nel corso degli anni ’90, dimostrando l’insufficienza delle politiche dei redditi ad un effettivo controllo inflazionistico in un contesto di disoccupazione crescente. Ciò porta dunque ad una ripresa delle esperienze di concertazione sociale (in primo luogo con la stipula del Protocollo del 31 luglio 1992 e, soprattutto di quello del 23 luglio del 1993 – sul quale TREU T., *L’accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, RGL, 1993, I, pp. 221 e ss.), in funzione della definizione di criteri di convergenza per l’unificazione monetaria e per un rilancio della competitività del sistema produttivo (risanamento economico e contenimento della disoccupazione). Esemplificativi di tale tendenza sono, oltre all’accordo sulle pensioni dell’8 maggio del 1995, il Patto per il lavoro del 24 settembre 1996 – che ha portò all’emanazione della l. 24 giugno 1997, n. 196 - e il Patto sociale per lo sviluppo e l’occupazione del Natale 1998 – che tentò la fissazione in regole, procedurali e non solo, funzionali alla formalizzazione del metodo concertativo. Sul punto, GHERA E., *La concertazione sociale nell’esperienza italiana*, RIDL, 2000, I, pp. 115 e ss. che sottolinea, tra l’altro, l’allontanamento del modello neocorporativo tradizionale reso evidente dal contenuto prevalentemente normativo anziché di scambio di questi ultimi accordi (pp. 136 e ss.). A quest’ultimo modello sembra di poter ricondurre gli accordi spagnoli del 1997. LOFFREDO A., *L’accordo spagnolo sulla estabilidad del empleo*, LD, 1998, pp. 201 e ss.; BAYLOS GRAU A., *La negociación colectiva en el Acuerdo Inteconfederal*, Gaceta Sindical, 1997, n. 158 (monográfico), ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, spec. pp. 153 e ss. Per una prospettiva anche in chiave comparata a livello europeo, REGINI M., *Tendenze comuni e differenze nella regolazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, WP C.S.D.E.L. “Massimo D’Antona”, n. 7/20002, disponibile sul sito internet www.unicit.it.

⁴²¹ SANTONI F., *Rapporti speciali di ...*, op. cit. p. 15. MENGONI L., *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, RIDL, 1988, pp. 7 e ss.

⁴²² Scrive a tal proposito MONEREO PÉREZ J. L., *Estudio preliminar*, in RIPERT G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. spagnola dell’edizione del 1946 a cura di Quero Morales J., ed. spagnola a cura di MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), Comares, Granada, 2001, p. LVI, “la racionalidad reflexiva en el derecho obedece a una lógica de legitimación procedimental”.

II. 3. - La permanente centralità del modello a tempo pieno e durata indeterminata.

Il processo di articolazione tipologica descritto non si spinse tuttavia fino al punto di compromettere la centralità tradizionalmente assegnata al contratto a tempo pieno e durata indeterminata, modello al quale ricondurre ogni deviazione tipologica⁴²³. Sul presupposto che il contratto a tempo pieno e indeterminato fosse il modello normale (e dunque preferibile)⁴²⁴, le deviazioni rispetto a tale modello venivano intese come del tutto eccezionali, e dunque rigidamente tipificate. La temporaneità del vincolo contrattuale (contratto a termine) veniva in principio rigorosamente ancorata alla temporalità dell'occasione di lavoro⁴²⁵,

⁴²³ Conformemente, anche la questione della specialità di tali forme contrattuali viene risolta negativamente, sul presupposto che l'introduzione di disciplina differenziate non implica necessariamente una deviazione dalla causa tipica del contratto di lavoro. D'ANTONA M., *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro* in D'ANTONA M., ALAIMO A., ARRIGO G., MARESCA A., PESSI R. (a cura di), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, ESI, Napoli, 1988, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. pp. 1154 e ss. A tal proposito, si vedano le considerazioni di, NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 1102 e ss. In tale contributo scientifico, l'A. tenta di dimostrare come, in realtà, non esisterebbe alcun tipo sociale che avrebbe ispirato il tipo legale di lavoro subordinato delineato dal Codice, dal momento che "tutti i tipi sociali di lavoro subordinato appaiono compatibili con la definizione formale, formulata necessariamente ad un livello elevato di astrazione" dal Codice stesso. La diversa opinione sarebbe frutto di un vero e proprio pregiudizio che avrebbe condizionato il dibattito scientifico in materia di subordinazione. Secondo l'A. poi l'unicità del tipo legale non sarebbe in contraddizione con una anche sostanziale diversificazione della disciplina applicabile dal momento che, a differenza di quanto avviene per gli altri contratti per i quali "la nominatività coincide con la tipicità della disciplina (ogni contratto tipico ha una sua disciplina tipica), per il lavoro subordinato è ipotizzato che la disciplina del contratto possa apparire con più facce che non mettono però in discussione l'unitarietà del tipo: un contratto per più rapporti" (p. 1100). Sul punto si rinvia anche a GAETA L., *In tema di frammentazione della subordinazione ...*, op. cit., pp. 120 e ss. il quale sostiene che, in realtà, l'attribuzione della centralità al prototipo sociale di lavoratore subordinato è stata un'operazione portata avanti soprattutto a livello dottrinale prima, e giurisprudenziale poi, e dunque estranea in quanto tale al dato positivo. Si veda anche ID., *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1992 e la sua teoria della "subordinazione indifferente". Più complessa è la vicenda del contratto di formazione e lavoro, la cui specialità rispetto al contratto di lavoro *standard* viene invece da più parti rivendicata. GALANTINO L., *Il diritto del lavoro e la società dell'informazione*, DL, 1985, I, pp. 542 e ss. LOY G., *Formazione e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 331 e ss. L'articolazione tipologica in questo senso, non veniva ritenuta tale da mettere in discussione l'unitarietà del tipo lavoro subordinato. In tal senso, PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 26 e ss.; FERRARO G., *Formalismo giuridico e Diritto del Lavoro*, DLRI, 1989, p. 580 e più recentemente SPEZIALE V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" ...*, op. cit., p. 20.

⁴²⁴ Così espressamente, l'art. 1. n. 230/1962: "Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate".

⁴²⁵ Attività di carattere stagionale (tassativamente elencate con d.p.r. 7 ottobre 1963, n. 1525), esigenze sostitutive, esecuzione di un'opera o un servizio definiti e

ovvero compensata con finalità ulteriori rispetto al mero scambio tra lavoro subordinato e retribuzione (come avveniva con i contratti a contenuto formativo). Anche la gestione flessibile dei tempi di lavoro era soggetta ad una pluralità di limitazioni ed assistita da sostanziali garanzie per i lavoratori⁴²⁶. La prevalenza accordata dall'ordinamento giuridico del lavoro al contratto a tempo indeterminato derivava dunque soprattutto dalla previsione legale di rigide causali giustificatrici dell'apposizione del termine finale al rapporto, causali tipiche ed oggettivamente verificabili, a conferma del principio della durata normalmente indeterminata del rapporto di lavoro.

La centralità del prototipo a tempo pieno e durata indeterminata conseguiva anche alla previsione di una pluralità di strumenti che miravano a temperare possibili effetti negativi per i lavoratori dei processi di flessibilizzazione, ovvero ad evitare un uso distorto delle tipologie di lavoro flessibile. Forma scritta *ad substantiam*⁴²⁷, diritto di precedenza a favore dei lavoratori a tempo parziale ed a tempo determinato⁴²⁸, agevolazione alla conversione in rapporto a tempo

predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario ed occasionale, scrittura artistica, lavorazioni a fasi successive richiedenti maestranze di specializzazione diversa da quella normalmente utilizzata, erano alcune delle causali rigidamente predeterminate dal legislatore che legittimavano il ricorso al contratto a termine (art. 1, comma 2, l. 18 aprile 1962, n. 230). Si rinvia sul punto, anche a quanto già detto - §. II - di questo Capitolo.

⁴²⁶ A parte i requisiti prescritti in materia di forma del contratto (sui quali si rinvia alla nota successiva), ulteriori garanzie per i lavoratori derivano dalla esplicita previsione di un diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo pieno (art. 3-bis d. l. n. 726/1984), del divieto di ricorso al lavoro supplementare (art. 5, comma 4), ovvero della previsione secondo la quale la trasformazione del rapporto da tempo pieno a part-time poteva avvenire solo con l'accordo delle parti e previa convalida dell'ufficio provinciale del lavoro - sentito il lavoratore interessato - (art. 5, comma 10) ovvero, infine dalla previsione di un necessario adeguamento della retribuzione del part-timer ai canoni della proporzionalità e della sufficienza di cui all'art. 36 Cost.

⁴²⁷ Per il requisito della forma scritta quale requisito posto a validità del contratto di formazione e lavoro, come disciplinato dall'art. 3. d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 conv. con modif. in l. 19 dicembre 1984, n. 863, Pret. Bologna 11 giugno 1988, DPL; 1988, p. 2631, con nota di Sarro A. M.; Pret. Milano, 23 settembre 1988, ivi, p. 3347; DELL'OLIO M., *Contratto di lavoro e formazione*, DL, 1986, II, pp. 378 e ss. Successivamente, requisito della forma scritta anche per questa forma contrattuale è stato legislativamente imposto con l'art. 8, comma 7 della l. 29 dicembre 1990, n. 407. Per la giurisprudenza successiva, Cass. 22 agosto 1991, n. 9024, rv. 473606; Cass. 13 febbraio 1992, n. 3099, rv. 476256; Cass. 16 gennaio 1993, n. 531, rv. 480285 in RIDL, 1994, II, 343 con nota di Pizzoferrato. La forma scritta, con l'indicazione delle mansioni e della distribuzione dell'orario, era prescritta dall'art. 5 comma 2, l. 863/1984 (abrogato dall'art. 10 del D.M. 25 marzo 1998, n. 142) e confermata dall'art. 2, comma 1 del d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 63, in materia di contratto a tempo parziale e dall'art. 1, comma 3, l. 18 aprile 1962, n. 230 per l'apposizione del termine alla durata del rapporto.

⁴²⁸ Rispettivamente, art. 5, comma 3-bis l. n. 863/1984 e art. 23, comma 2, l. n. 56/1987.

indeterminato nel caso di contratti part-time o a contenuto formativo⁴²⁹, conversione automatica del sotto-tipo in contratto a tempo pieno ed indeterminato in caso di violazione della disciplina imperativa posta a tutela del lavoratore⁴³⁰, sono tutti chiari indicatori del fatto che il Legislatore, pur diversificando le porte d'accesso al mercato del lavoro, considerava il contratto *standard* la vera e propria "stella polare del diritto del lavoro legificato, giurisprudenziale e negoziato"⁴³¹. Anche per questo, la disciplina per esso prevista si considerava di applicazione generale, salvo profili di incompatibilità con le particolarità del modello atipico⁴³².

Se sul fronte dell'accesso al mercato del lavoro, le deviazioni rispetto al modello *standard* risultavano concepite come ipotesi eccezionali, sul fronte della estinzione del rapporto di lavoro, il consolidamento del principio della necessaria giustificazione del licenziamento e l'articolazione della disciplina riparatoria per il caso di licenziamento illegittimo finivano per consacrare giuridicamente l'esistenza di un generale principio di tendenziale stabilità del rapporto di lavoro⁴³³. La moltiplicazione dei modelli contrattuali per l'acquisizione del fattore lavoro non sembrava dunque comportare anche una sostanziale messa in discussione dell'unitarietà e dell'adeguatezza del tipo a regolare una molteplicità di rapporti⁴³⁴. Per ragioni legate principalmente alla peculiare tradizione giuridica e sindacale del Paese, infatti, il processo di flessibilizzazione del mercato del lavoro non interessò frontalmente la fase dell'estinzione del rapporto⁴³⁵.

⁴²⁹ Rispettivamente, art. 5, comma 3-*bis* e art. 3, comma 11, l. n. 863/1984.

⁴³⁰ Art. 3, comma 9, l. n. 863/1984 in materia di contratto di formazione e lavoro. Per la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, Cass. 15 aprile 1982, n. 2289, in Nov. giur. lav., 1982, p. 374.

⁴³¹ GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 21; MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra ...*, op. cit. pp. 36 e ss.

⁴³² Esemplificativo al riguardo è l'art. 3, comma 5, l. n. 863/1984 in tema di contratto di formazione, ovvero l'art. 5 l. n. 230/1962 in materia di contratto di lavoro a termine. Per analoghe considerazioni in materia di contratto di lavoro a tempo parziale, ICHINO P., *Il lavoro a tempo parziale*, in ARRIGO G., ICHINO P., LOY G., ROCCELLA M., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 129 e ss. Per la giurisprudenza, Pret. Genova 15 novembre 1985, in RGL, 1985, II, p. 9; Pret. Firenze 27 aprile 1987, in Foro It., 1988, I, c. 1587; Pret. Milano 8 settembre 1982, Lav. prev. Oggi., 1983, p. 148.

⁴³³ Per la conformazione del principio de la "estabilidad en el empleo" nell'ordinamento spagnolo, PÉREZ REY J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 24 e ss.

⁴³⁴ PEDRAZZOLI M., *Flessibilità e subordinazione ...*, op. cit., p. 64; GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza ...*, op. cit. pp. 87 e ss.

⁴³⁵ Si segnala tuttavia l'emergere di una tendenza ad escludere dal computo numerico dell'organico aziendale delle nuove assunzioni con contratti flessibili con la conseguenza di circoscrivere e limitare il campo di applicazione della tutela reale ex art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Per le differenze sul punto del sistema spagnolo, CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo ...*, op. cit., pp. 15 e ss.

III. - Modulazione del tipo lavoro subordinato ed effetti sull'autonomia privata individuale: prime considerazioni.

Come emerge chiaramente da questi brevi accenni, l'introduzione di modalità contrattuali alternative e flessibili rispetto al modello di contratto di lavoro *standard*, se da un lato non implicava necessariamente l'abbandono della tradizionale funzione garantista del diritto del lavoro, dall'altro non comportava neppure un rinvio diretto all'autonomia privata individuale. La flessibilizzazione – consistente essenzialmente in una generale attenuazione del livello delle tutele dei lavoratori - si realizzava attraverso uno spostamento del punto di incidenza delle tecniche di controllo dell'autonomia individuale che da prevalentemente legali, diventavano anche collettive⁴³⁶.

Sul piano individuale, invece, l'ampliamento delle possibilità di espressione dell'autonomia privata era più che altro il risultato della combinazione tra misure volte alla destandardizzazione del contratto di lavoro subordinato e un'interpretazione giurisprudenziale più sensibile alla valorizzazione del principio consensualistico (ma di quest'ultimo aspetto si parlerà più diffusamente in seguito).

Semmai, un effetto indiretto sulle possibilità di espressione dell'autonomia individuale derivava dall'utilizzo di tecniche che, attraverso l'esperimento di procedimenti amministrativi ovvero l'applicazione del contratto collettivo a ciò abilitato dalla legge, conseguivano l'effetto di attribuire alle parti (*rectius*: al datore di lavoro) la "legittimazione negoziale *ad hoc* richiesta per la valida instaurazione del rapporto di lavoro flessibile"⁴³⁷. L'affermazione precisa di chiarificazioni.

Come è noto, infatti, la scelta del modello alternativo non è mai stata una scelta libera e incondizionata; tutto al contrario. Come per il tipo *standard*, anche per quelli flessibili vale il principio della "tassatività del modello elettivo", il che implica che la disciplina applicabile al modello prescelto non è per definizione disponibile (salvo espressa disposizione in tal senso della legge – o della contrattazione collettiva -) per le parti individuali. A queste ultime, dunque, è inibita la possibilità di modificarla ovvero di prevedere modelli di disciplina alternativi a quelli imposti, per ciascuna tipologia negoziale, dal Legislatore. Tassatività e

⁴³⁶ È solo in questi termini restrittivo che ha senso parlare "deregolamentazione", intendendo con ciò quel processo di progressiva ritirata dell'intervento propriamente legale in funzione della promozione dell'intervento (comunque sempre di tipo eteronomo) più flessibile della contrattazione collettiva.

⁴³⁷ Se è vero che il tipo lavoro subordinato è e rimane indisponibile per le parti in quanto imposto tassativamente dal legislatore, la previsione di sottotipi alternativi (atipici o flessibili, che dir si voglia), determinerebbe in capo alle parti negoziali il potere di scegliere quello maggiormente rispondente ai propri interessi. D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e ...*, op. cit., pp. 536 e ss. MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e ...*, op. cit. pp. 36 e ss.

indisponibilità del sotto-tipo o tipo elettivo e imperatività della disciplina applicabile sono dunque caratteristiche indefettibili anche dei modelli di lavoro flessibile⁴³⁸.

In secondo luogo, l'accesso a tali forme contrattuali non è libero nella misura in cui il ricorso ad un tipo piuttosto che ad un altro deve essere giustificato dalla sussistenza in concreto delle causali (oggettive e/o soggettive) che ne legittimano e autorizzano l'utilizzo. Solo l'oggettiva ed effettiva presenza di tali ragioni (e la prova del nesso causale tra esigenza legittimante e assunzione del lavoratore) legittima l'utilizzo del modello contrattuale flessibile (tipo elettivo condizionato)⁴³⁹. Si trattava poi di una libertà contrattuale condizionata, vigilata, controllata, tanto attraverso procedimenti amministrativi di autorizzazione, quanto per mezzo della contrattazione collettiva che in questo modo conferivano "ai singoli datori di lavoro la legittimazione negoziale necessaria per esercitare la scelta del tipo"⁴⁴⁰.

Ciononostante, nonostante cioè tutta la serie di limiti e condizioni di esercizio dell'autonomia privata nella scelta del tipo (modello) contrattuale, è innegabile che l'ampliamento del ventaglio delle modalità di acquisizione del lavoro all'impresa concedeva alle parti (*rectius*: al datore di lavoro) più ampie possibilità di manifestazione. In questo senso, la valorizzazione dell'autonomia privata individuale scaturisce "naturalmente" dalla operazione di penetrante detipizzazione⁴⁴¹. L'ulteriore proliferazione di nuovi modelli contrattuali da un lato, rinnova la funzione genetica del contratto, proponendo una pluralità di modelli differenziati all'interno dei quali scegliere quello più consono alle esigenze e alle aspirazioni delle parti (tanto che si è parlato di "supermercato" della flessibilità), dall'altro, e paradossalmente, "deprimono la forza regolativa del contratto"⁴⁴². La disarticolazione del tipo contrattuale finisce infatti per esaltare esclusivamente la convenienza imprenditoriale, in considerazione del fatto di empirica evidenza che "la scelta della tipologia contrattuale entro cui calare la relazione giuridica passa sempre e comunque da una scelta datoriale" e in conseguenza della compromissione della genuinità della scelta dei lavoratori è sempre più condizionata dalle logiche di mercato e di competitività⁴⁴³.

⁴³⁸ Lo stesso vale senz'altro per il sistema spagnolo di contrattazione a termine. Sul punto BLASCO PELLICER A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995, pp. 173 e ss.

⁴³⁹ D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva ed autonomia ...*, op. cit., p. 541. BLASCO PELLICER A., *La individualización de las ...*, op. cit. Pp. 178 e ss.

⁴⁴⁰ D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia ...*, op. cit., p. 530.

⁴⁴¹ Perseguita ancora più intensamente, come si vedrà, dalla riforma del mercato del lavoro operata nel 2003.

⁴⁴² ALBI P., *Le dottrine sulla flessibilità e sulla disarticolazione del tipo contrattuale*, LD, 2004, p. 610.

⁴⁴³ NICCOLAI A., *Detipizzazione, differenze, diritti sindacali*, LD, 2004, p. 620.

IV. - Le peculiarità della situazione spagnola.

IV. 1. - Il diverso coinvolgimento del sistema sindacale nelle politiche di flessibilizzazione.

La progressiva e sempre maggiore apertura verso forme contrattuali temporanee e/o flessibili e, dunque, il processo di articolazione tipologica e degli effetti derivanti dallo svolgimento di un'attività di lavoro subordinato fu (ed è) una tendenza stimolata da cambiamenti strutturali e di strategia del sistema economico e produttivo globale, ma anche da un significativo mutamento culturale in atto nella società. Essa dunque, rispondendo ad esigenze diffuse del mondo imprenditoriale, nonché ad un sostanziale mutamento del contesto socio-culturale di riferimento, non fu caratteristica tipica del solo sistema di diritto del lavoro italiano; al contrario, fu una tendenza che interessò, sia pur con intensità e dando luogo a distinte soluzioni giuridiche, tutti i paesi europei⁴⁴⁴.

A questo proposito, modificando l'impostazione fin qui tenuta, tesa a non operare una vera e propria comparazione tra ordinamenti, bensì ad integrare elementi significativi dell'uno e dell'altro, si rende necessario dedicare una considerazione in chiave diacronica alle caratteristiche del sistema spagnolo. In Spagna, infatti, il processo seguì caratteristiche in parte differenti, in ragione soprattutto della diversa situazione politica (e di conseguenza anche socio-economica)⁴⁴⁵ che viveva il Paese a cavallo tra gli anni '70 e gli '80⁴⁴⁶. Sono questi, infatti, anni particolarmente difficili, in cui il complesso e delicato processo di transizione da un sistema dittatoriale ad uno parlamentare di democrazia rappresentativa - di cui la proclamazione della Costituzione del 1978 costituisce un passaggio fondamentale⁴⁴⁷ - si tinge dei colori della

⁴⁴⁴ Sul punto, BOYER R. (dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986; GHEZZI G., LYON CAEN A., MARTÍN VALVERDE A., ALARCÓN CARACUEL M. R., *El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo*, TL., 1984, n. 1, pp. 71 e ss.; AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1991. Ivi, in relazione alla situazione spagnola degli anni '80, il saggio citato anteriormente, CASAS BAAMONDE M. E., *Las nuevas formas de empleo en ...*, op. cit.; DURAN LÓPEZ F., MONTOYA MELGAR A., SALA FRANCO T., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades de empresario*, MTSS, Madrid, 1987.

⁴⁴⁵ Sul punto, anche, SARTORIUS N., SABIO A., *El final de la dictadura*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2007, spec. Cap. I.

⁴⁴⁶ Scrive a tal proposito CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización de las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp. 129, "Desde el 1976, el Derecho del Trabajo español habría conocido los periodos de evolución que en otros ordenamientos europeos se pusieron en marcha con la reconstrucción económica subsiguiente a la finalización del segundo conflicto bélico".

⁴⁴⁷ MARTÍN VALVERDE A., *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, REDT, 1986, pp. 165 e ss.

inarrestabile crisi economica che dilaga sul piano internazionale⁴⁴⁸. L'uno e l'altra costituiscono fattori che simultaneamente risultano determinati nei cambiamenti che il sistema giuridico spagnolo sperimenterà a partire da questo momento.

Il ripristino della libertà sindacale, negata radicalmente dall'istituzione del sindacato verticale franchista⁴⁴⁹, si realizza in Spagna in un contesto di sostanziale difficoltà delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori. Costrette tra l'esigenza di riorganizzarsi nel sistema costituzionale di pluralismo politico e sindacale della neonata democrazia e quella di assecondare le necessità di rioraganizzazione del sistema economico e produttivo dopo gli anni di autarchismo imposti dal regime franchista, esse furono in grado di offrire scarsa resistenza alle *necessità* (di flessibilità) *imposte* dalla crisi economica internazionale⁴⁵⁰. Tanto da far parlare di una sorta di *subalternità* dei sindacati rispetto al sistema partitico, ovvero di una plasticità del sistema sindacale, preoccupato più che altro del riconoscimento del proprio ruolo istituzionale fuori e dentro dell'impresa⁴⁵¹. In realtà, almeno in un primissimo momento, è indubbio che le esigenze dettate dalla "transición democrática" erano inevitabilmente più forti di quelle derivanti dalla difficile congiuntura economica di portata internazionale, al buon esito della quale le organizzazioni sindacali orientarono prioritariamente la loro azione. Allo stesso tempo, è altrettanto vero che i sindacati ottennero il riconoscimento del loro ruolo istituzionale all'interno del rinnovato quadro democratico solo nella misura in cui si dimostrarono disposti ad accettare le politiche di contenzione salariale e di risanamento economico imposte dal Governo di transizione (la Unión Cristiana Democrática – UCD - di Adolfo Suárez)⁴⁵².

⁴⁴⁸ PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica*, RPS, 1984, n. 15, pp. 15 e ss.

⁴⁴⁹ Operato già a partire dal 1977, attraverso l'emanazione di un complesso di provvedimenti che portarono al ripristino della libertà sindacale ed al riconoscimento del diritto di sciopero, poi consacrati definitivamente nella Costituzione del 1978 e regolati dallo Estatuto de los Trabajadores (Promulgato con la l. 10 marzo 1980, n. 8, in attuazione dell'art. 35, comma 2 della Costituzione (CE) e dalla Ley Orgánica de Libertad Sindical (l. 8 agosto 1985, n. 11 – LOLS -). Sul punto, GONZÁLEZ ORTEGA S., *La difícil coyuntura ...*, op. cit., pp. 8 e ss. Sul dibattito che precedette l'emanazione dell'Estatuto de los Trabajadores spagnolo a prima ancora la sua previsione costituzionale (art. 35, comma 2 CE), e sulle influenze esercitate dallo Statuto dei Lavoratori italiano del 1097, si rinvia a ZUFIAUR NARVAIZA J. M., *Los contextos del Estatuto de los Trabajadores...*, op. cit.,

⁴⁵⁰ MARTÍN VALVERDE A., *El Derecho del Trabajo ...*, op. cit., p. 166.

⁴⁵¹ CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español*, RL, 1987, n. 23, p. 12.

⁴⁵² In questo senso, se per un verso, l'esclusione dalla partecipazione all'elaborazione dei *Pactos de la Moncloa*, firmati unicamente dai principali partiti politici, testimonia questa sorta di subalternità del sistema sindacale a quello politico, per l'altro, è anche vero che la loro stipulazione fu possibile anche e soprattutto grazie al consenso indiretto

Nonostante l'intervento regolatore "forte" da parte dello Stato sul sistema sindacale post-franchista (con attribuzione ai sindacati opportunamente selezionati attraverso il criterio della maggiore rappresentatività di forza normativa ed efficacia soggettiva *erga omnes* – art. 82, comma 3 dell'Estatuto de los Trabajadores del 1980 (ET) -), l'obiettivo della flessibilizzazione del sistema normativo si realizza dunque nel quadro di un forte squilibrio che vede i sindacati costretti ad accettare una sostanziale riduzione del garantismo individuale⁴⁵³ e l'introduzione di massicce dosi di flessibilità⁴⁵⁴ – *Acuerdo Marco Inteconferederal* (AMI) del 1980 e *Acuerdo Nacional de Empleo* (ANE) del 1981 -, in cambio di una partecipazione assai relativa alla determinazione delle politiche economiche e sociali pubbliche⁴⁵⁵.

che ricevettero da parte delle principali organizzazioni sindacali del Paese. Sul punto, BAYLOS A., *Istituzionalizzazione sindacale e prassi neocorporative: il caso spagnolo (1977-1987)*, in VARDARO G (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi ...*, op. cit., pp. 537 e ss.; ZUFIAUR NARVAIZA J. M., *Los contextos del Estatuto de los Trabajadores*, in RUESGA BENITO S. M., VALDÉS DAL-RÉ F., ZUFIAUR NARVAIZA J. M. (coord.), *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 31 e ss. e spec. pp. 43 e ss. a cui si rinvia anche per l'analisi del contenuto e degli effetti prodotti dai *Pactos de la Moncloa*.

⁴⁵³ Un garantismo individuale quello franchista, per altro, paternalistico e sostanzialmente ineffettivo in quanto promosso nel contesto di un sistema autoritario e antidemocratico che negava e reprimeva il conflitto e, con esso, ogni concreta possibilità di reale organizzazione collettiva.

⁴⁵⁴ "...perché l'esperienza storica suggerisce che l'efficacia generale del contratto collettivo non può non essere oggetto di uno scambio politico e l'equiparazione del contratto alla legge un privilegio oneroso". ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 130. Si veda anche BAYLOS GRAU A., *La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis*, REDT, 1985, n. 21, pp. 27 e ss.

⁴⁵⁵ "Los primeros pactos bilaterales (acuerdos-marco interconfederales) fueron, en su esencia, pactos o compromisos institucionales, preocupados por democratizar, modernizar y consensuar la nueva organización de las relaciones laborales, activar la presencia en las mismas de la autonomía negociada de las partes y fortalecer, así, el protagonismo de las organizaciones sindicales y empresariales". CASAS BAAMONDE M. E., *Las nuevas formas de empleo en el derecho del trabajo español: evolución y tendencias*, in AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1991, p. 46 e, nello stesso volume, LÓPEZ PEÑA A., *Concertación social y sindicatos: estrategias sindicales hacia un nuevo modelo de concertación en España*, spec. pp. 212 e ss.; LANDA ZAPIRAIN J. P., *Perspectivas de la concertación después de la crisis: un marco de negociación descentralizada*, pp. 369 e ss. che parla a tal proposito di un modello di concertazione sociale "autoritario e subordinado", in contrapposizione ad un modello di concertazione "democrático". Questo modello subì importanti trasformazioni a partire dalla fine degli anni '80 (Sciopero generale del 14 dicembre 1988). Dopo alcuni anni di incertezza, divisioni e crescente conflittività sociale, indotta tra l'altro dal proposito del Governo di operare ulteriori flessibilizzazioni/deregolazioni in materia di mercato del lavoro (RD-Ley n. 1/1992, fortemente criticato in ambito sindacale, relativo all'introduzione di misure urgenti per la promozione dell'occupazione e la protezione contro la disoccupazione prima, e Riforma dell'ET del 1994, poi), il dialogo riprende fruttuosamente solo nel corso del 1996. Sul punto, si rinvia a BAYLOS GRAU A.,

Sul presupposto che “un sindacato reso più forte dal conferimento di poteri legali avrebbe dovuto compensare l’incremento di potere imprenditoriale in un mercato del lavoro meno protetto e regolamentato a livello individuale”⁴⁵⁶ (ovvero, in una prospettiva rovesciata, considerando la legislazione garantista del lavoro ereditata dal regime franchista quale forma di compensazione della soppressione dei diritti dei lavoratori sul fronte collettivo⁴⁵⁷), le politiche concertative che si attivano anche in Spagna in questo periodo realizzano insomma uno scambio impari tra sostanziale (rinuncia alla critica del sistema di produzione e soprattutto) accettazione da parte sindacale del ridimensionamento del garantismo sul piano individuale e riconoscimento istituzionale del soggetto sindacale più rappresentativo (essenzialmente quale attore di contrattazione).

Sebbene anche in questo contesto, le politiche del lavoro post-franchiste seguono obiettivi politici e di politica del diritto spesso meramente sperimentali e disorganici, la legislazione spagnola della crisi, al pari di quanto avviene quasi contemporaneamente anche in Italia, si orienta chiaramente verso una importante flessibilizzazione delle modalità di accesso al mercato del lavoro; flessibilizzazione anche qui intesa - in senso restrittivo - quale adattamento della strumentazione normativa alle pretese imprenditoriali di ristrutturazione e riorganizzazione economica e produttiva e di riduzione del costo del lavoro. Ma il ruolo assegnato all’autonomia collettiva è significativamente diverso e sostanzialmente deteriorato⁴⁵⁸.

La riarticolazione del tipo di contratto di lavoro subordinato *standard*, operata anche in questo Paese attraverso l’introduzione di modalità contrattuali c.d. atipiche rispetto al modello a tempo pieno e durata indeterminata, pur in parte concertata con le principali organizzazioni sindacali spagnole (UGT e CC.OO)⁴⁵⁹, non attribuisce a

Concertazione sociale e contrattazione in Spagna: modelli a confronto, LD, 2002, pp. 3 e ss. MONTOYA MELGAR A., *El diálogo social en el Derecho del Trabajo*, RMTAS, 1997, n. 13, pp. 141 e ss.

⁴⁵⁶ Cfr. D’ANTONA M., *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, pp. 9-25 ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, pp. 287 e ss.

⁴⁵⁷ In tal senso, Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, 31 gennaio 2005, disponibile sul sito internet: www.mtas.es, p. 16.

⁴⁵⁸ Scrive a tal proposito, OJEDA AVILÉS A., *Autonomía colectiva y autonomía individual*, RL, 1991, n. 20-21, p. 36: “no puede decirse, como ha dicho Giugni para el italiano, que no se ha producido una desregulación, sino un refuerzo del papel normativo del sindicato: nuestras leyes y sobre todo nuestra más reciente jurisprudencia ha desregulado a fondo, llevándonos a una situación en donde la norma estatal y la colectiva se debilitan de manera difusa en beneficio de la individual: se constata un fuerte impulso del contrato de trabajo en medios de tendencias contrarias, en un movimiento de acordeón cuya resultante se deja más adivinar que discernir”.

⁴⁵⁹ *Acuerdo Económico y Social (AES) per il 1985-86*.

queste ultime poteri di autorizzazione, regolamentazione e controllo quantitativo e qualitativo della flessibilità paragonabili a quelli che quasi contemporaneamente stavano sperimentando i sindacati italiani⁴⁶⁰. Il rapporto si instaura direttamente tra legge ed autonomia privata individuale, senza la necessità di una preventiva mediazione sindacale. In altre parole, la legge incide direttamente sulla conformazione del mercato del lavoro, attribuendo all'autonomia delle parti (*rectius*, alla volontà individuale del datore di lavoro) il potere di avvalersi degli strumenti di flessibilità da essa introdotti⁴⁶¹ - *infra*, paragrafo seguente -.

Ne risulta un evidente tentativo più o meno consapevole di marginalizzazione della dimensione collettiva della flessibilità e del ruolo delle organizzazioni sindacali, che produce una progressiva individualizzazione, decollettivizzazione dei rapporti di lavoro flessibili⁴⁶² e finisce per vanificare in grande misura proprio quel compromesso tra riduzione del garantismo individuale⁴⁶³ e riconoscimento del ruolo istituzionale delle principali organizzazioni sindacali che costituiva presupposto e contropartita (sindacale) della flessibilizzazione del mercato del lavoro.

⁴⁶⁰ ESCUDERO R., *Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale?*, LD, 1987, pp. 674. Sul punto anche, BAYLOS A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 71.

⁴⁶¹ CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., *Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo*, RL, 1988, pp. 8 e ss. BAYLOS A., *Diritto del lavoro e politica ...*, op. cit., pp. 12 e ss. in cui si sottolinea come la "pubblicizzazione" delle politiche occupazionali comporta una sostanziale marginalizzazione degli attori collettivi, i quali, anche nel contesto di metodi di concertazione delle politiche pubbliche in materia, sono chiamati unicamente a ratificare il progetto politico e sociale già sostanzialmente definito dal Governo.

⁴⁶² Sul tema la bibliografia è assai ampia. Si rinvia agli autori citati alla nota n. 214 di questo Capitolo.

⁴⁶³ Significativi, in tal senso, sono gli interventi in materia di flessibilizzazione dei licenziamenti, di mobilità funzionale ovvero sulla modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro sostanzialmente rimessa alla discrezionalità imprenditoriale; interventi che, insieme a quelli in materia di contratti di lavoro a termine che verranno analizzati un po' più da vicino nel testo, determineranno la sostanziale messa tra parentesi del principio della stabilità nel posto di lavoro e, con esso, "una funcionalización casi total del mecanismo contractual al interés de una de las partes con la consiguiente ruptura del equilibrio obligacional". GONZÁLEZ ORTEGA S., *La difícil coyuntura ...*, op. cit., p. 24. A proposito delle aperture (legali e soprattutto giurisprudenziali) al gioco dell'autonomia privata delle parti individuali del contratto di lavoro nella determinazione dell'oggetto dello stesso, PÉREZ DE LOS COBOS ORIUHEL F., *Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo*, AL, 1992, n. 21, pp. 373 e ss.

IV. 2. – Le specificità del processo di articolazione tipologica sperimentato in Spagna: la temporaneità senza causalità.

Come accennato poco sopra, anche il processo di articolazione tipologica funzionale all'introduzione di massicce dosi di flessibilità nell'accesso al mercato del lavoro segue in Spagna percorsi in parte peculiari.

A parte lo scarso coinvolgimento nella elaborazione e nell'applicazione della normativa delle organizzazioni sindacali chiamate semplicemente ad assecondare l'agenda politica del Governo, la speciale preoccupazione per l'elevato tasso di disoccupazione spinge infatti, all'introduzione di modalità contrattuali a termine c.d. *a-causali*, ovvero non giustificate sulla base della sussistenza in concreto di ragioni oggettive legate al processo o all'organizzazione produttiva, bensì legittimate *ab initio* direttamente dal Legislatore in ragione della critica situazione del mercato del lavoro e degli elevati tassi di disoccupazione.

Si fa riferimento essenzialmente all'istituto del *contrato temporal de fomento del empleo*, introdotto per la prima volta nell'ordinamento spagnolo in via sperimentale e provvisoria dal RD-Ley 8 ottobre 1976, n. 18 "Sobre medidas económicas", che permetteva la stipulazione di contratti a termine di durata non superiore a sei mesi con disoccupati e inoccupati "cualquiera que sea la naturaleza del trabajo al que hayan de adscribirse" (art. 11) e, dunque, anche per lo svolgimento di prestazioni di lavoro relative all'attività normale e permanente dell'impresa⁴⁶⁴. In quanto formalmente e sostanzialmente svincolata da requisiti oggettivi,

⁴⁶⁴ Per una ricostruzione in chiave storico-critica dell'istituto, MARTÍNEZ ABASCAL V., PÉREZ AMORÓS F., ROJO TORRECILLA E., *Los suportes jurídicos de la flexibilidad del mercado del trabajo en el ámbito de la contratación temporal*, in AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo ...*, op. cit. pp. 243 e ss. Una figura assimilabile a quella del *contrato de fomento del empleo* spagnolo, è stata, nell'ordinamento italiano, quella del contratto a termine concluso, ai sensi dell'art. 8, comma 2 della l. 23 luglio 1991, n. 223, con lavoratori in mobilità. Come chiarito dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza 14 dicembre 2001, n. 15820, si trattava di un'ulteriore ipotesi di lecita apposizione del termine finale al rapporto di lavoro distinta da quelle contemplate dalla l. n. 230/1962, giustificata sulla base della necessità di ampliare le possibilità di assunzione dei lavoratori in mobilità, sia pure in occupazioni temporanee. Da ciò la Corte, non solo ricavava la non soggezione della ipotesi di contratto a termine qui menzionata alla ricorrenza dei requisiti oggettivi disposti dalla l. n. 230/1962, ma affermava la conformità della previsione alla direttiva comunitaria 1999/70/CE del 28 giugno 1999 in materia di contratto a termine, in quanto considerava l'apposizione del termine rimessa non già all'arbitrio delle parti, bensì ad una situazione oggettiva, quale la crisi dell'impresa datrice di lavoro. Si trattava anche in questo caso di un'ipotesi di contrattazione a termine ancorata alla sussistenza di requisiti soggettivi (lo stato di disoccupazione del lavoratore e la sua iscrizione nelle liste di mobilità) – Cass. 10 luglio 2000, n. 9174 – fortemente incentivata da generose fiscalizzazioni e riduzioni degli oneri sociali (gli si applicava lo stesso regime contributivo previsto per il caso di assunzione di apprendisti), il cui utilizzo in concreto da parte delle imprese non è, tuttavia, neppure lontanamente comparabile in termini quantitativi con il ricorso alla contrattazione a termine a-causale del sistema spagnolo. Sull'istituto, si rinvia per un commento a, ZOPPOLI L., *Il contrato de reinserimento nella legge 23 luglio 1993*, n. 223, RGL, 1993, pp. 69 e ss.

questa modalità contrattuale finiva per rimettere direttamente alla determinazione della volontà unilaterale del datore di lavoro la fissazione della durata del rapporto di lavoro.

Con la Riforma dell'ET del 1984, all'estensione delle possibilità di ricorso alla contrattazione a termine *latu sensu* causale (soprattutto attraverso l'estensione della possibilità di ricorrere ai contratti formativi⁴⁶⁵ ed a tempo parziale⁴⁶⁶ e l'introduzione della nuova figura del contratto a termine *por lanzamiento de nueva actividad*⁴⁶⁷), si associa la massima flessibilizzazione di quella a-causale, che oltre a veder allentati i requisiti oggettivi e soggettivi precedentemente fissati⁴⁶⁸, perde il

⁴⁶⁵ Per quanto riguarda in particolare il contratto *en prácticas*, questo poteva essere concluso con lavoratori in possesso di un determinato titolo di studio, ai fini del perfezionamento della formazione professionale già in possesso. Con la riforma del 1984, si amplia al massimo la lista dei titoli di studio che possono dare accesso all'assunzione con questo forma contrattuale, si estende la durata massima del contratto fino ad un massimo di 3 anni, si amplia infine anche il periodo massimo tra il momento della consecuzione del titolo di studio e quello dell'assunzione che arriva adesso fino 4 anni (RD 31 ottobre 1984, n. 1992). Anche la disciplina relativa al contratto *para la formación* subisce una flessibilizzazione conseguente all'allentamento dei requisiti soggettivi e alla riduzione del carico formativo obbligatorio (RD 31 ottobre 1984, n. 1992). Si vada anche nota n. 151 di questo Capitolo.

⁴⁶⁶ Artt. 11 e 12 l. 8 agosto 1984, n. 32. In particolare, per quanto riguarda il contratto a tempo parziale si provvede alla riforma dell'art. 12 ET che ne ampliò la definizione e alla abrogazione della 3° disp. Trans. ET che limitava l'accesso a questa forma contrattuale all'assunzione solo di determinate categorie di lavoratori. Si introdusse poi il c.d. "contrato de relevo". Si tratta di una forma contrattuale che presuppone che un lavoratore a tempo pieno che riunisca tutti i requisiti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (salvo quello dell'età pensionabile che può essere inferiore fino a tre anni) trasformi il proprio contratto in un contratto part-time creando dunque le condizioni che permettano al datore di lavoro di poter assumere un altro lavoratore (disoccupato e non necessariamente per la copertura dello stesso posto di lavoro) mediante l'utilizzo appunto del *contrato de relevo*. Sul punto, DURAN LÓPEZ F., MONTOYA MELGAR A., SALA FRANCO T, *El ordenamiento laboral español y los límites ...*, op. cit., pp. 117 e ss.

⁴⁶⁷ Contemplato all'art. 15, comma 1, lett. d) ET - così come riformato dalla l. n. 32/1984 - e regolato dal RD 21 novembre 1984, n. 2104. In effetti, tale forma contrattuale - adesso abrogata dalla disposición derogatoria única della l. 26 dicembre 1997, n. 63 - solo con estrema difficoltà può essere ricondotta all'interno della categoria della contrattazione a termine di carattere strutturale, non essendo vincolata, al pari delle altre, alla sussistenza in concreto di un posto di lavoro temporaneo. La nozione di "nueva actividad" viene interpretata in senso ampio come comprensiva di una pluralità di operazioni differenti (apertura di una nuova linea di produzione, inserzione nel mercato di un nuovo prodotto o servizio, apertura di un nuovo centro, etc). Inoltre, per l'accesso a questa forma contrattuale non si esigeva che la "nueva actividad" avesse durata incerta o temporanea. Sul punto, ROJO TORRECILLA E., *Crisis económica y contratación temporal: el lanzamiento de nueva actividad*, RT, 1985, n. 77 pp. 92 e ss. DURAN LÓPEZ F., MONTOYA MELGAR A., SALA FRANCO T, *El ordenamiento laboral español y los límites ...*, op. cit., pp. 110 e ss.

⁴⁶⁸ Tra il 1977 e il 1982 furono emanati una serie di provvedimenti volti alla delimitazione soggettiva ed oggettiva del ricorso al *contrato de fomento del empleo*. Per un ricostruzione in chiave evolutiva, SENA FÁBREGAS P., *El fomento del empleo «temporal»: comentario sobre unas normas conyunturales que se han hecho estables*, in

carattere di provvisorietà e di eccezionalità inizialmente conferitogli, divenendo modalità normale e prevalente di assunzione di manodopera⁴⁶⁹.

Ne derivava un quadro complessivo, in cui, accanto ad un sistema di contratti temporanei c.d. “strutturali”, “tradizionali” o “causali”, se ne affiancava un altro, per così dire “congiunturale”, “a-causale”, di incentivo all’occupazione (*de fomento del empleo*), che diventa nettamente predominante. Giustificata esclusivamente quale misura straordinaria ed eccezionale di risposta al crollo dei livelli occupazionali e dunque al problema sociale della disoccupazione di massa⁴⁷⁰,

BAYLOS A., *La reforma laboral del 1994*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 39 e ss. cui si rinvia anche per l’analisi delle modifiche introdotte con la Riforma dell’Estatuto de los Trabajadores operata con la l. 29 maggio 1994, n. 10 prima, e con la l. 30 dicembre 1994, n. 42 di misure fiscali, amministrative e di ordine sociale, poi – ma sul punto anche, CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras le Reforma del mercado del Trabajo*, CES, Madrid, 1995 -.

⁴⁶⁹ RD 17 ottobre 1984, n. 1989 “Por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo”, che, nel dare attuazione alle disposizioni contenute nella l. n. 32/1984 - e appoggiandosi sull’art. 17, comma 3 ET che abilita il Governo all’emanazione di misure volte alla facilitazione all’ingresso nel mercato di lavoro di soggetti particolarmente deboli -, modifica la disciplina previgente risultante dalla Sección Primera del Capítulo II del Real Decreto 25 giugno 1982, n. 1445, così come modificato dal Real Decreto 29 dicembre 1982, n. 3887 e dal Real Decreto 21 dicembre 1983, n. 3236. Sul punto, CAVAS MARTÍNEZ F., *La contratación temporal como medida de fomento del empleo*, REDT, 1987, n. 31, pp. 375 e ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo*, in AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, pp. 89 e ss. Lo speciale interesse per questa forma contrattuale (a-causale, stipulabile con qualunque lavoratore disoccupato e assistita da numerose e distinte forme di incentivazione economica e normativa) fa sì che questa diventi la principale modalità di assunzione a termine, anche in detrimento dell’utilizzo dei contratti a termine c.d. strutturali e del lavoro part-time. L’utilizzo massiccio *contrato temporal de fomento del empleo*, dei contratti formativi (*en prácticas e para la formación*) e del contratto *de relevo* associato a quello *de jubilación parcial*, ridussero l’utilizzo del contratto a tempo indeterminato ad ipotesi meramente eccezionale, in evidente sovvertimento della regola tradizionale di preferenza dell’ordinamento per il contratto a tempo indeterminato. Tra il 1984 e il 1985 i contratti *de fomento del empleo* subiscono infatti una crescita pari al 83,6%, raggiungendo quasi il 20% delle assunzioni. Dati dell’*Anuario de Estadísticas Laborales* del 1987, riportati da, CASAS BAAMONDE M. E., *Las nuevas formas de empleo en el ...*, op. cit. p. 50. CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo ...*, op. cit. p. 23, specificano che, nel 1985, solo il 5% delle assunzioni effettuate tramite il controllo dell’INEM furono assunzioni a tempo indeterminato classiche.

⁴⁷⁰ In realtà, anche l’introduzione dei contratti a termine strutturali, ovvero giustificabili in funzione della sussistenza in concreto di oggettive necessità imprenditoriali, viene legittimata, in una prospettiva di politica del diritto, in quanto funzionale all’incentivazione dell’occupazione, ma il suo utilizzo in concreto viene condizionato al rispetto di determinate causali giustificatrici specificatamente previste – STS 5 maggio 1997, AR/3564. Il sistema “congiunturale” invece si giustifica di per sé, sulla base dell’esigenza di creare nuova occupazione e porre così rimedio alla grave crisi occupazionale. Sottolinea criticamente la spiccata impronta pubblicistica impressa a queste modalità contrattuali dal loro stretto collegamento con finalità propriamente

l'introduzione di questa nuova forma contrattuale tradiva tra l'altro l'impraticabilità, per questa via, della possibilità di compensazione sul fronte collettivo della riduzione del garantismo individuale del diritto del lavoro post-costituzionale spagnolo, che invece ne doveva costituire il presupposto. Si rendeva manifesta, insomma, la fallacia della interrelazione presunta tra ripristino di un sistema di organizzazione e contrattazione collettiva e compensazione sul piano collettivo dell'attenuazione del carattere garantista del diritto del lavoro sul fronte individuale.

In un contesto che già contemplava figure quali il lavoro a domicilio⁴⁷¹ o il lavoro stagionale (*trabajo fijo-discontinuo*)⁴⁷², nonché tutto il complesso apparato relativo alle c.d. *relaciones laborales especiales*⁴⁷³, l'introduzione di nuove forme di contratto a termine più o

occupazionali, BAYLOS A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, p. 71. L'A. citato rimarca la forte valorizzazione in esse presente della regolazione statale che, nel dettare requisiti e condizioni di accesso, si dirige direttamente all'autonomia privata delle parti individuali, senza necessità di mediazione alcuna da parte delle organizzazioni sindacali.

⁴⁷¹ Ora previsto e disciplinato all'art. 13 ET.

⁴⁷² Si tratta di una modalità contrattuale abbastanza peculiare, nella misura in cui cerca di conciliare la natura discontinua dell'attività lavorativa per lo svolgimento della quale viene stipulato (che, in ragione del carattere stagionale della stessa, si concentra solo in determinati periodi dell'anno), con la natura a tempo indeterminato del contratto. Con la sua stipulazione, il datore di lavoro si impegna infatti a dare occupazione effettiva al lavoratore all'inizio di ciascuna stagione o ciclo di produzione discontinuo, con la conseguenza che il mancato adempimento dell'obbligo viene assimilato ad un licenziamento ingiustificato. Per il resto, i periodi di inattività vengono equiparati a periodi di disoccupazione (come se si trattasse di un contratto a termine) e assistiti dalle prestazioni sociali corrispondenti a carico del sistema di Sicurezza Sociale. Con la riforma del 2001 (art. 1, comma 10 della legge 9 luglio 2001, n. 12), si è prodotta una sorta di duplicazione della figura contrattuale menzionata in due distinti sottotipi: da un lato, si contempla come una variante del contratto a tempo parziale (art. 12, comma 3 ET), mentre dall'altro, si disciplina come modalità contrattuale *ad hoc* (art. 15, comma 8 ET) a seconda, rispettivamente, che l'inizio e la conclusione dell'attività lavorativa si ripeta nel corso dell'anno in data certa oppure no.

⁴⁷³ Si tratta di un complesso di rapporti ricondotti all'ambito di applicazione del diritto del lavoro dalla *Ley de Relaciones Laborales* del 8 aprile 1976 prima, e dell'ET del 1980 poi, quando si provvede ad una loro riorganizzazione sistematica. La loro disciplina fu rimessa *in toto* al Governo, con il solo limite del rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (art. 2, comma 2 ET in relazione con la seconda disposizione finale ET come modificata dal legge di riforma dell'ET del 1984) che provvede a dotarli di una regolamentazione specifica – per molti aspetti peggiorativa rispetto alla previgente – solo con il RD n. 1981 del 1985. Nella categoria sono ricompresi gruppi di lavoratori e prestazioni di lavoro tanto diverse come quelle rese nella forma del lavoro domestico, da personale di alta direzione, da sportivi professionisti, da lavoratori in istituti penitenziari ovvero nei porti o negli stabilimenti militari, di mediazione commerciale, di artisti in spettacoli pubblici, etc. Il regime speciale al quale sono sottoposti si caratterizza per una incisiva valorizzazione del contratto e dell'autonomia individuale e per una sostanziale decollectivizzazione/individualizzazione. BAYLOS A., *Derecho del trabajo ...*, op. cit. pp. 73 e ss. a cui si rinvia anche per la bibliografia collegata.

meno chiaramente strutturali (*contrato para el lanzamiento, por parte de la empresa, de una nueva actividad*), ovvero di quelle di *fomento del empleo* (sia, a-causali, sia coniugate con elementi formativi – *en prácticas e para la formación de jóvenes trabajadores*, ovvero part-time⁴⁷⁴), finisce per generare una frammentazione radicale del complesso di diritti derivanti dallo svolgimento di prestazioni di lavoro subordinato⁴⁷⁵ e una rottura altrettanto radicale del principio di “estabilidad en el empleo”⁴⁷⁶. Il processo di precarizzazione della forza

⁴⁷⁴ I primi, fortemente incentivati da sostanziosi incentivi economici e da forme di fiscalizzazione degli oneri sociali (fino a 75%), nonché da una regolazione giuridica assai permissiva, che ne consente una durata fino a tre anni, tra il 1984 e il 1985 registrarono una crescita rispettivamente del 250 e del 300%. Elaborazione su dati dell’*Anuario de Estadísticas Laborales* del 1987, riportati da, CASAS BAAMONDE M. E., *Las nuevas formas de empleo en el ...*, op. cit. p. 51. Dal punto di vista della tipizzazione, mentre il contratto *en prácticas* è rivolto a lavoratori che, pur in possesso di un’elevata qualificazione professionale dal punto di vista teorico, siano carenti di esperienza professionale pratica; quello *para la formación* si dirige a lavoratori che scarsamente qualificati sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico. È stato pensato dunque per la copertura di posti di lavoro a bassa qualificazione professionale ovvero per i quali è sufficiente la professionalità derivata dallo svolgimento concreto dell’attività di lavoro. Per quanto riguarda invece il contratto a tempo parziale, questo viene ammesso anche nella sua modalità a termine. Nel tentativo di esaltarne la funzione occupazionale, la sua stipulazione viene collegata anche a forme di prepensionamento, in gran parte sovvenzionate con fondi pubblici, o di pensionamento parziale. Si prevedeva in particolare la possibilità di creare nuovi posti di lavoro in favore di lavoratori iscritti agli uffici pubblici di collocamento (“Oficinas de Empleo”) attraverso la parallela stipulazione di un *contrato de jubilación parcial* che consenta al lavoratore anziano (a cui manchino tre anni per poter effettuare il pensionamento), di procedere ad un pensionamento anticipato parziale (con corrispondente riduzione dello stipendio di un 50%), e di un *contrato de relevo* per l’esecuzione delle medesime prestazioni lavorative. Art. 12 ET e RD 31 ottobre 1984, n. 1991 che disciplinano il contratto a tempo parziale, il *contrato de relevo* ed il *contrato de jubilación parcial*. L’azione combinata di questi strumenti con quelli relativi all’incentivazione delle assunzioni a termine determinerà la rapida distruzione di posti di lavoro a tempo indeterminato solo parzialmente compensata con la creazione di posti di lavoro fortemente precarizzati.

⁴⁷⁵ CASAS BAAMONDE M. E., VALDÉS DAL-RE F., *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, RL, 1989, n. 7/8, pp. 63 e ss.

⁴⁷⁶ OJEDA AVILÉS A., *El final de un principio: la estabilidad en el empleo ...*, op cit., pp. 467 e ss.; MONTOYA MELGAR A., *La estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones*, REDT, 1982, n. 10, pp. 161 e ss. Si tratta di un principio già poco sviluppato nell’ordinamento spagnolo. Per una ricostruzione in chiave storico-critica, CENTRE D’ESTUDIS Y RECERCA SINDICALES, COMISIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA, *La contratación temporal y la quiebra del principio de estabilidad en el trabajo en el derecho social español*, in AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo ...*, op. cit. pp. 95 e ss.. La contrattazione a tempo indeterminato viene incentivata - ancora una volta soprattutto attraverso strumenti di tipo economico (sovvenzioni e fiscalizzazione degli oneri sociali) - solo nei riguardi di collettivi di lavoratori particolarmente svantaggiati sul mercato del lavoro (disabili, lavoratori di età superiore a 45 anni iscritti nell’*Oficina de Empleo* da almeno un anno, giovani disoccupati minori di 26 anni ovvero già assunti con contratti formativi o a termine. Regolati rispettivamente dal RD 11 maggio 1983, n. 1451, RD 28 dicembre 1983, n. 3239, RD 25 maggio 1985, n. 799).

lavoro spagnola, fatto di continui interventi di riforma, di tentativi di sistematizzazione seguiti da ulteriori modifiche, si caratterizza dunque per una forte scommessa sulla temporaneità del vincolo contrattuale come strumento di politica attiva per l'occupazione⁴⁷⁷; scommessa avallata e appoggiata da buona parte della giurisprudenza⁴⁷⁸.

Si tratta di una scelta di politica del diritto che ha caratterizzato buona parte del periodo post-costituzionale spagnolo. Si sta parlando di circa venti anni di politiche di flessibilità e di incentivazione alla contrattazione a termine che hanno portato la Spagna a presentare tassi di "temporaneità" che non sono mai scesi sotto il 30%⁴⁷⁹. Gli effetti in

⁴⁷⁷ ESCUDERO R., *Los estímulos materiales o instrumentales a la contratación laboral*, in AA.VV., *Las transformaciones del derecho del trabajo ...*, op. cit. pp. 120 e ss. a cui si rinvia per il commento critico alle misure legali e regolamentari di incentivazione della contrattazione a termine di questi anni.

⁴⁷⁸ MARTÍNEZ ABASCAL V., PÉREZ AMORÓS F., ROJO TORRECILLA E., *Los soportes jurídicos de la flexibilidad del mercado ...*, spec. pp. 261 e ss. Anche nell'ambito delle tipologie di contratto a tempo determinato di carattere strutturale, la giurisprudenza ha finito per avallare interpretazioni fortemente flessibili delle causali di temporaneità ovvero per ammettere la validità di successivi contratti a termine per cause successive, OJEDA AVILÉS A., *Flessibilità e contrattualismo*, LD, 1988, pp. 641 e ss. a cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁷⁹ Come segnala PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 31, "Desde el 1987, primer año del que se disponen datos estadísticos, cuando la tasa de temporalidad se situaba en torno al 19,5 por ciento, la misma no ha hecho más que crecer de forma desmesurada, alcanzando su cenit en 1995 (año inmediatamente posterior a la profunda reforma del mercado del trabajo llevada a cabo fundamentalmente en 1994), momento en el que alcanzó casi el 35 por ciento de la población asalariada". Gli ultimi dati segnalano, alla fine del 2006, un livello di temporaneità del 34,1% e, ciò, nonostante i numerosi interventi portanti avanti a partire dal 1997 allo scopo di incentivare il ricorso al contratto a tempo indeterminato. Dati elaborati dal *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, disponibili sul sito internet www.mtas.es. L'A citato imputa la scarsa efficacia di tali misure ad una pluralità di fattori, tra i quali spiccano per importanza, un'interpretazione giurisprudenziale delle ipotesi legali di contratti a termine fortemente permissiva, anche al di là di quanto strettamente autorizzato dalla legge, una contrattazione collettiva anch'essa piuttosto incline ad aprire nuove possibilità alla stipulazione di contratti precari, nonché l'elevato tasso di uso irregolare degli stessi da parte delle imprese – si veda a tal proposito la nota n. 4 del libro citato nella quale si riporta il dato che su 5.499 ispezionate nel 2002 dall'Ispettorato del lavoro spagnolo, il 48,6% di esse aveva commesso irregolarità nella stipulazione di contratti a tempo determinato -. CRUZ VILLALÓN J., *En busca de la estabilidad perdida ...*, op. cit., pp. 13 e ss. evidenzia fattori ulteriori per spiegare perché il tasso di assunzioni a termine non sia mai sceso al di sotto del 30%: in primo luogo, la stessa struttura del tessuto produttivo spagnolo caratterizzato da una massiccia presenza di attività di tipo stagionale e/o a alto tasso di variabilità dell'intensità del lavoro, ma anche il fatto che l'occupazione incentivata negli ultimi anni si è caratterizzata per la creazione di posti di lavoro a bassa qualificazione professionale in cui notoriamente più alti sono i livelli di fungibilità della manodopera, entrambi aspetti ulteriormente accentuati dalla accentuata presenza di lavoratori non comunitari. Si fa riferimento poi anche all'ampio ricorso a forme di decentramento produttivo come forma di gestione imprenditoriale. A questo proposito infatti l'interpretazione giurisprudenziale prevalente è quella che ritiene possibile creare una relazione di

termini di conseguenze sociali (precarietà lavorativa ed esistenziale, speciale incidenza della sinistralità nei luoghi di lavoro, frammentazione della classe lavoratrice) ed economiche (scarsa professionalizzazione e integrazione della manodopera all'interno del sistema dell'impresa, ripercussioni negative sull'efficienza e la competitività delle imprese), ovvero le ripercussioni sui sistemi di protezione sociale di tali politiche sono facilmente immaginabili. Senza contare poi gli effetti sui livelli di affiliazione sindacale e sulle capacità di tutela e di rappresentazione dell'insieme dei lavoratori precari, con evidenti conseguenze in termini di incremento dell'intensità e degli ambiti di espressione del potere imprenditoriale⁴⁸⁰.

IV. 3. - L'evoluzione successiva: recupero del principio di causalità nei contratti a termini *versus* maggiore flessibilità interna e in uscita.

A partire dai primi anni '90, si registra una progressiva e sempre più determinata presa di coscienza degli effetti negativi prodotti da politiche legislative sostanzialmente incentrate sulla flessibilizzazione ad ultranza della disciplina in materia di accesso al lavoro, tanto in termini di precarizzazione e frammentazione della classe lavoratrice, quanto in termini di inefficienza del sistema economico e produttivo; effetti negativi per altro non efficacemente compensati da risultati apprezzabili in termini occupazionali⁴⁸¹ che spingono ad una sempre più chiara inversione di rotta.

A parte puntuali interventi normativi⁴⁸², il primo pur timido passo nella direzione del recupero del principio di causalità per la stipulazione dei

interdipendenza tra durata determinata del contratto civile o commerciale (di appalto o di somministrazione) e natura a termine del contratto di lavoro concluso dall'impresa appaltatrice o somministratrice. In altre parole, la natura a termine del contratto commerciale giustifica, secondo questa impostazione, il ricorso a contratti a tempo determinato, indipendentemente dal fatto che le esigenze per le quali il lavoratore è assunto abbiano carattere permanente e l'attività prestata si inserisca nel ciclo produttivo normale dell'impresa.

⁴⁸⁰ Per la dottrina, BAYLOS GRAU A. *Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo*, RDS, 1998, n. 1, spec. pp. 21 e ss.

⁴⁸¹ CASAS BAAMONDE M. E., VALDÉS DAL-RE F., *Diversidad y precariedad ...*, op. cit., p. 67.

⁴⁸² Già nel 1992 si erano registrati interventi normativi volti a restringere le possibilità di ricorso alle assunzioni a termine. Si fa riferimento essenzialmente all'emanazione del RD-Ley 3 aprile 1992, n. 1 "De medidas urgentes de fomento del empleo y protección por desempleo" che elevò il limite minimo di durata del *contrato de fomento del empleo* da sei a dodici mesi. Ciò, se da un lato disincentivò l'utilizzo di questa modalità contrattuale ed incentivò l'utilizzo dei contratti temporanei c.d. strutturali, dall'altro non incise significativamente sul sistema delle assunzioni. L'assenza di limiti minimi di durata

contratti a termine è rappresentato dall'ulteriore riforma dell'Estatuto de los Trabajadores realizzata nel corso del 1994 (Ley 19 maggio 1994, n. 11 "De Reforma del Mercado de Trabajo" – LRMT -). Giustificata, ancora una volta, come misura necessaria a consentire un addizionale adattamento della disciplina sul lavoro alla difficile situazione economica ed occupazionale, nonché ad assecondare il processo di integrazione europea⁴⁸³, nonché avviata pur in assenza di un accordo previo con le parti sociali (come testimonia il fallimento del *Pacto Social por el Empleo* del settembre-dicembre 1993), la riforma se per un verso procedeva ad un certo irrigidimento delle condizioni di accesso al lavoro flessibile⁴⁸⁴, per l'altro, introduceva inedite misure di flessibilità c.d.

previsti per questi ultimi comportò un sostanziale incremento di contratti di breve e brevissima durata e l'accentuazione del fenomeno del sempre più rapido *turn over* dei lavoratori in successivi contratti precari anche con la stessa impresa.

⁴⁸³ In tal senso, l'esposizione dei motivi della l. 19 maggio 1994, n. 11.

⁴⁸⁴ In particolare, e per quanto riguarda il *contrato de fomento del empleo*, questo fu ricondotto nuovamente all'interno di determinati limiti soggettivi. Sul punto, l'analisi di SENA FÁBREGAS P., *El fomento del empleo «temporal»: comentario sobre unas normas ...*, op. cit., spec. pp. 48 e ss. È vero semmai che si flessibilizzò la disciplina relativa alle condizioni di accesso ai contratti formativi e, soprattutto, al contratto *para la formación* - allora contratto *de aprendizaje* -, attraverso una serie di misure volte alla svalutazione del momento formativo in favore di quello occupazionale, all'elevazione dei limiti massimi di età del lavoratore da assumere, alla riduzione del trattamento economico dovuto, etc. Sul punto, GASCÓ GARCÍA E., *El contrato de aprendizaje, como medida urgente de fomento de la ocupación (Ley 10/1994, de 19 de mayo)*, e ESCOBAR JIMÉNEZ J., *La flexibilización del mercado de trabajo en la protección social. Especial referencia sobre los contratos de aprendizaje y a tiempo parcial marginales: algunas reflexiones sobre su posible inconstitucionalidad*, entrambi in BAYLOS GRAU A. (coord.), *La reforma laboral del 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, rispettivamente pp. 13 e ss. e pp. 57 e ss. Allo stesso tempo, si cercò di incentivare l'utilizzo del contratto a tempo parziale che, nonostante la soppressione dei requisiti inizialmente imposti quali condizioni soggettive di accesso a questa modalità contrattuale (percettori del sussidio di disoccupazione per i quali sia spirato il termine massimo di durata della prestazione, lavoratori agricoli disoccupati, giovani minori di 25 anni), stentava a decollare nella pratica. A tal fine, si operò nel senso di una estensione concettuale della nozione di contratto part-time. eliminando il requisito della riduzione di almeno 1/3 dell'orario di lavoro normale. Inoltre, sembra opportuno ricordare che nello stesso anno si provvide a fornire di disciplina legale le agenzie di lavoro temporaneo – *Empresas de Trabajo Temporal* (ETTs), già per altro operanti nel sistema grazie ad un sorta di "legalizzazione giurisprudenziale" delle stesse – attraverso l'emanazione della l. 1 giugno 1994, n. 14. Rispetto al sistema italiano, la principale differenza di regolazione giuridica consiste nella previsione secondo la quale il contratto "di messa a disposizione" concluso tra la ETT e l'impresa usuaria, potrà essere stipulato "en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores" (art. 6, l. n. 14/1994). In questo modo, il sistema spagnolo equipara i presupposti normativi richiesti per l'assunzione a termine, la quale, dunque, potrà avvenire indifferentemente tanto in forma diretta attraverso l'assunzione del lavoratore di cui si abbia bisogno, quanto, indirettamente, attraverso una ETT. Nonostante la forte incentivazione derivante dalla mancata previsione di un principio di parità di trattamento retributivo con lavoratori comparabili assunti direttamente dall'impresa usuaria (l'art. 11 della l. n. 14/1994 prevede solo che la

interna⁴⁸⁵ (in materia di mobilità geografica e funzionale, flessibilizzazione della disciplina relativa all'orario di lavoro, nonché della struttura e determinazione della retribuzione, modificazione del regime relativo alle modifiche sostanziali delle condizioni di lavoro di cui all'art. 41 ET)⁴⁸⁶ ed in uscita, ottenuta anche attraverso un' incisiva ridefinizione dei rapporti tra produzione normativa di fonte legale e prodotti della contrattazione collettiva⁴⁸⁷ ovvero del contratto

retribuzione dovuta al lavoratore assunto dalla ETT non sia inferiore a quella minima equivalente “a la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuraria, calculada por unidad de tiempo”), il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia non ha suscitato speciale interesse nel mondo imprenditoriale spagnolo. Secondo quanto riportato nel citato Informe de la Comisión de Expertos del 2005, p. 42, il volume totale di posti di lavoro gestito dalle ETTs spagnole non supera lo 0,8% del totale delle assunzioni (meno del 15% di quella a termine), mentre il 50% dei contratti di lavoro stipulati dalle ETTs ha una durata non superiore al mese. Sul punto, in generale, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. Si segnala, infine, che il principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato ed a termine è stato introdotto nell'ordinamento spagnolo solo in occasione dell'attuazione della direttiva comunitaria 99/70/CE in materia di contratti a termine avvenuta con la legge n. 12/2001 (art. 10, comma 1) che introdusse un nuovo comma nell'art. 15 ET, il sesto, che lo menziona espressamente.

⁴⁸⁵ Nell'esposizione dei motivi della citata legge n. 11/1994 si legge, infatti, “es quizás en el desarrollo de las relaciones laborales donde la necesidad de flexibilidad se hace más patente, posibilitando una mayor adaptabilidad de los elementos definidores de la relación laboral – en cuanto al contenido, el lugar o el tiempo de la misma, así como las restantes condiciones de trabajo – a las necesidades cambiantes de los mercados y de los procesos productivos”. Per un commento alle varie misure adottate in materia di licenziamenti, MENDOZA N., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. El despido nulo por defectos de procedimiento y nulidad en fraude de ley*, in BAYLOS GRAU A. (coord.), *La reforma laboral del 1994*, op. cit., pp. 189 e ss.; si veda pure il n. 17-18/1994 della *Revista Relaciones Laborales* (monográfico) dedicato appunto alla “La reforma del Estatuto de los Trabajadores” -. Particolarmente critico, MOLINA NAVARRETE C., «Formalismo» jurídico, «democracia» en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma, REDT, 1995, n. 70.

⁴⁸⁶ Sul punto, CAMPS RUIZ L. M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; SANTOS FERNÁNDEZ M. D., *Riforme dei poteri del datore di lavoro in Spagna e struttura bilaterale del contratto di lavoro*, RGL, 2007, n. 3, pp. 595 e ss.

⁴⁸⁷ Tre le altre misure, si provvedeva ad autorizzare la contrattazione collettiva all'individuazione in concreto delle ipotesi di legittimo ricorso al *contrato para obra o servicio determinado* ovvero al *contrato eventual por acumulación de tareas o exceso de pedidos*. Il già citato *Informe de la Comisión de Expertos del 2005* (p. 22) segnala tuttavia che un gran numero di contratti collettivi sottoscritti durante il periodo 1995-97 ha proceduto, anziché ad un irrigidimento delle condizioni di accesso a queste tipologie contrattuali, ad una sostanziale flessibilizzazione dei requisiti di giustificazione “de manera que estas dos modalidades de contratos de duración determinada terminarán por convertirse, a menudo, en el «refugio» o en la alternativa de la extinguida contratación temporal excepcional. La decisión del legislador de clausurar el modelo dualista de contratación temporal queda así, al menos en parte, deslucida, ya que la figura del contrato a término no causal logrará colarse de nuevo, bien que con otra vestidura formal, en los intersticios del sistema de contratación laboral de la mano de una práctica

individuale⁴⁸⁸. Il risultato fu in realtà una sostanziale contrazione del campo di intervento della norma statale, per altro non sempre adeguatamente compensata da efficaci meccanismi di regolamentazione sul piano collettivo.

Il compromesso tra certo irrigidimento della normativa in materia di accesso al lavoro flessibili ed apertura, in funzione compensativa, di nuove forme di flessibilità in uscita caratterizzò, sia pure meno marcatamente, anche il complesso dell'ulteriore riforma dell'ET portata avanti da Governo di centro-destra nel 1997. Frutto della riattivazione del metodo concertativo⁴⁸⁹, essa si ispirava principalmente alla necessità di porre rimedio al penetrante processo di precarizzazione della forza lavoro spagnola, risultato di tanti anni di promozione delle assunzioni a termine, ed alle conseguenze negative prodotte tanto sulle condizioni di vita e di lavoro di una parte importante della classe lavoratrice, quanto sull'andamento dell'economia e sull'organizzazione produttiva del Paese⁴⁹⁰. Per questo, con essa si proponeva l'implementazione di politiche pubbliche chiaramente orientate ad un incisivo, anche se non

contractual colectiva, en ocasiones declarada ilegal por los Tribunales Laborales". Sul punto, LOPÉZ GANDÍA J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Adaptabilidad y causalidad en la negociación colectiva posterior a la reforma*, RL, 1997, n. 1, pp. 205 e ss.

⁴⁸⁸ Sulle modifiche introdotte in materia di suddivisione delle potenzialità regolative tra normazione statale, contrattual collettiva e individuale, GUANTER DEL-REY S., *Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, REDT, 1996, n. 77, spec. pp. 429 e ss. Sui rischi di tale operazione, RIVERO LAMAS J., *Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*, REDT, 1996, n. 80, spec. pp. 978 e ss.

⁴⁸⁹ Le riforme orientate alla razionalizzazione della contrattazione a termine ed al rilancio di una nuova centralità per il contratto a tempo indeterminato furono infatti la traduzione normativa di un importante Accordo tripartito (*Acuerdo Inteconferencial para la estabilidad del empleo* - AIEE - firmato in Madrid il 7 aprile del 1997 dalle principali associazioni di rappresentanza dei lavoratori - CC.OO e UGT - e CEOE e CEPYME, disponibile nell'Appendice di documentazione della *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, n. 3, pp. 191 e ss.) che riattivò il dialogo tra Governo e parti sociali interrotto nel periodo precedente. Sul punto, l'analisi di LOFFREDO A., *L'accordo spagnolo sulla estabilidad ...*, op. cit., pp. 201 e ss.

⁴⁹⁰ Nell'*Introduzione* all'AIEE citato anteriormente si ammette, infatti, espressamente che "la alta tasa de desempleo existente en nuestro país (22 por 100 de la población activa), así como por la temporalidad (34 por 100) y rotación de la contratación laboral" producono "graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social". L'*Acuerdo* si proponeva, in particolare, di stimolare riforme normative che mirassero al potenziamento delle assunzioni a tempo indeterminato, favorissero l'inserimento nel mercato del lavoro e la formazione teorico-pratica dei giovani (il cui tasso di disoccupazione raggiungeva il 42% della popolazione al di sotto dei 25 anni), specificassero e circoscrivessero le possibilità di ricorso alle assunzioni a termine e migliorassero la protezione sociale dei lavoratori part-time.

sempre rivelatosi fruttuoso nella pratica⁴⁹¹, impulso della contrattazione a tempo indeterminato. Questo avrebbe dovuto generarsi, indirettamente, dalla riconduzione della contrattazione a termine all'interno di ipotesi tassativamente tipizzate e più o meno strettamente vincolate alla sussistenza in concreto di oggettive causali giustificatrici e, direttamente, dalla promozione del contratto a tempo indeterminato.

E così, nella prima direzione indicata, si provvide ad abrogare ipotesi di contrattazione più o meno congiunturale quale quella del contratto a termine *por el lanzamiento de nueva actividad* ovvero quella *temporal de fomento del empleo*, che praticamente scompaiono dal panorama giuridico (quest'ultima si mantiene in vita solo relativamente alle assunzioni di lavoratori disabili⁴⁹²). Per quanto riguarda invece la promozione diretta del contratto a tempo indeterminato essa si concretizzò in primo luogo nell'introduzione della nuova figura del *contrato de fomento de la contratación indefinida*⁴⁹³.

⁴⁹¹ Nella pratica, sicuramente anche a causa della profonda penetrazione sociale della cultura della flessibilità, il cambiamento di prospettiva non ha sortito gli effetti sperati. Sul punto, PÉREZ REY J., *Estabilidad en el empleo ...*, op. cit. pp. 67 e ss. il quale sottolinea come proprio lo scambio realizzato dalla legislazione in commento tra stabilità e flessibilizzazione delle conseguenze derivanti dal licenziamento ingiustificato ha acuitizzato, tra i datori di lavoro, la sensazione che il problema della precarietà nel lavoro non sia altro che un effetto collaterale degli elevati (nel senso di eccessivi) costi del licenziamento e che, dunque, il ricorso a contratti a termine venga giustificato sulla base della necessità di aggirare gli stessi. In altre parole, secondo questo autore, la riforma del 1997 ha prodotto l'effetto di aprir le porte ad una radicale offensiva del mondo imprenditoriale nei confronti del regime giuridico connesso al licenziamento ingiustificato e, dunque, alle riforme che si sono prodotte sul punto. Si veda pure il commento contenuto nel già citato Informe de la Comisión de Expertos del 2005, p. 24 "Sin embargo, la reducción de la tasa de temporalidad en el ciclo 1997-2004 se evidencia moderada; apenas se rebajará de cuatro puntos, sin lograr descender de la barrera simbólica del 30 por ciento". Parla invece di "inapelable fracaso" della riforma del 1997 rispetto all'obiettivo della riduzione della precarietà nel lavoro, PALOMEQUE M. C., *La versión 2001 de la reforma laboral permanente*, RDS, 2001, n. 15, p. 11 il quale segnala che se la riforma produsse un qualche effetto in termini di riduzione della disoccupazione che passo da una 20,8% del 1997, ad un 13,4% nel primo trimestre del 2001, non si registrarono effetti apprezzabili in termini di riduzione della precarietà nel lavoro. I contratti a termini passarono da un 33,5% ad un 31,5% nello stesso arco temporale.

⁴⁹² Si veda, da ultimo, la Prima Disposizione Addizionale del RD 9 giugno 2006, n. 5.

⁴⁹³ Introdotto come misura transitoria dalla Prima Disposizione addizionale della l. 26 dicembre 1997, n. 63 e poi consolidato dalla l. 9 luglio 2001, n. 12 "De medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", che ne modifica in parte i presupposti soggettivi (sul punto, PALOMEQUE M. C., *La versión 2001 de la ...*, op. cit.) è in realtà un normale contratto di lavoro a tempo indeterminato che si caratterizza per un regime speciale relativo al licenziamento. Sul punto, ALARCÓN CARACUEL M. R., *El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido*, in AA.VV., *Las reformas Laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998. Si segnala che di recente l'istituto è stato ulteriormente riformato dal Real Decreto Ley 9 giugno 2006, n. 5 "Para la mejora del crecimiento y del empleo". Per un esame delle ultime modifiche, ÁLVAREZ DE CUVILLO A., *Análisis funcional del*

Contemporaneamente, si pose fine ai c.d. Programmi *de fomento del empleo* fondati sulla promozione dei contratti precari tanto attraverso l'abrogazione della 3° Disposizione Addizionale all'ET che appunto li contemplava, quanto attraverso la ridefinizione del contenuto dell'art. 17, comma 3 ET (che, nella nuova redazione, dispone che le misure adottate e adottabili dal Governo per incentivare l'occupazione "se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido").

Allo stesso tempo, tuttavia, si intervenne nuovamente sul regime giuridico connesso alle ipotesi di licenziamento ingiustificato o illegittimo con un'ulteriore riduzione della garanzie apprestate sul lato del lavoro. Se infatti, la principale forma di incentivo alla conclusione della nuova figura contrattuale di promozione del contratto a tempo indeterminato consisteva nella riduzione dell'ammontare dell'indennità dovuta al lavoratore nel caso di licenziamento ingiustificato (che da 45 giorni di salario per anno di servizio per un massimo di 42 mensilità - così come previsto in generale dall'art. 56 ET, passa a 33 giorni con un massimo di 24 mensilità - 1° Disposizione Addizionale della l. 26 dicembre 1997, n. 63 -), l'art. 3 della l. n. 63/1997 introduce una nuova ipotesi di licenziamento per motivi oggettivi (lett. c) comma 1 art. 52 ET)⁴⁹⁴. L'idea soggiacente era infatti quella di spingere imprese e datori di lavoro ad assumere lavoratori in forma stabile a cambio della concessione di una maggiore libertà di gestione e di espulsione della forza lavoro contrattata. Se ciò produsse come è evidente ripercussioni *positive* sui concreti spazi di espressione della volontà unilaterale dei datori di lavoro, non comportò gli effetti sperati in materia di incremento delle assunzioni a tempo indeterminato⁴⁹⁵.

fomento de la contratación por tiempo indefinido en la reforma del 2006, TL, 2006, pp. 59 e ss.

⁴⁹⁴ Sul punto, BAYLOS GRAU A., *Por una (re)politización de la figura del despido*, RDS, 2000, n. 12, pp. 9 e ss. In materia, anche numero monográfico della Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, su "Las reformas laborales del 1997", 1997, n. 3. Forse, anche per questo, il complesso di riforme legislative che ha informato il diritto del lavoro spagnolo a partire dall'approvazione dell'Estatuto de los Trabajadores del 1980 è stato descritto come un processo di progressiva e costante opera di flessibilizzazione dell'ordinamento. MARTÍN VALVERDE A., *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, RDS, 1999, n. 6, p.12.

⁴⁹⁵ In tal senso, CRUZ VILLALÓN J., *En busca de la estabilidad perdida: las causas de la temporalidad*, TL, 2006, n. 85, p.10. Per una esame critico di questa inversione di tendenza che si registra a partire del 1997 in funzione del recupero del principio di stabilità nell'occupazione, PÉREZ REY J., *Estabilidad en el empleo...*, op. cit., spec. pp. 67 e ss.; AA.VV., *Las Reformas Laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998; AA.VV., *Reforma de la legislación laboral*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1997. Il processo di sempre più penetrante flessibilizzazione del regime giuridico collegato al licenziamento ingiustificato continuò in seguito con la riforma del 2001 (l. 9 luglio 2001, n. 12 e poi dalla riforma del 2002 operata con la Ley 12 dicembre 2002, n. 45 - c.d. "decretazo" -). Per una panoramica generale sulle riforme in materia lavoristica

V. – Contrazione delle frontiere del diritto del lavoro e nuova centralità dell'autonomia individuale. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

V. 1.- Autonomia individuale e qualificazione del rapporto di lavoro.

Se questa è per sommi capi l'evoluzione in materia di flessibilizzazione/ammodernamento del diritto del lavoro sperimentata nella disciplina di fonte legale, sembra opportuno adesso concentrare l'attenzione sul dibattito che contemporaneamente si sviluppa intenso e fecondo a livello più propriamente dottrinale e giurisprudenziale. A questo proposito, appare quantomeno significativo che gli anni '80 segnarono, tra l'altro, il momento culminante della disputa dottrinale sulle tecniche ed il procedimento per la qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato (metodo tipologico – classico o funzionale⁴⁹⁶ - ovvero metodo sussuntivo).

introdotta tra il 1996 e il 2002, CASAS BAAMONDE M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO M. Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RÉ F., *Le riforme del diritto del lavoro nella Spagna del Governo aznar (1996-2002)*, LD, 2002, pp. 483 e ss. Sui nuovi equilibri tra legge, contrattazione collettiva e autonomia individuale disegnati dalla riforma del 1997, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador*, RDS, 1998, pp. 9 e ss. Per le differenze con le politiche in materia di contratti flessibili e disciplina del licenziamento sperimentate con maggiore o minore successo dall'ultimo Governo di centro-destra in Italia, LO FARO A., *Così fan tutti? Politica e politica del diritto nelle riforme dei governi conservatori in Italia e in Spagna*, LD, 2002, pp. 505 e ss.

⁴⁹⁶ Il metodo tipologico c.d. classico propone, com'è noto, di sostituire il concetto generale e astratto con il tipo e di abbracciare un procedimento intuitivo che procede per approssimazione dalla situazione concreta al modello di riferimento sotteso alla figura legale (il tipo normativo). Per risolvere gli inconvenienti derivanti da una visione statica del fenomeno e dalla mancanza di individuazione di criteri oggettivi di valutazione del diverso peso delle distinte caratteristiche prese in considerazione, il metodo tipologico c.d. funzionale propone invece di leggere il tipo secondo una lettura funzionale, in modo tale da realizzare una "figura capace di esprimere in modo unitario una realtà complessa, in virtù delle relazioni fondamentali (funzioni) intercorrenti tra i vari elementi che la compongono". NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, pp. 200 e ss.). In definitiva, secondo questa diversa prospettiva, occorre ricercare lo specifico ruolo che i singoli elementi che compongono il tipo, nelle loro correlazioni, assolvono in rapporto alla funzione, con conseguente sostituzione del principio di equivalenza a quello di identità, del giudizio sintetico a quello analitico. Per le nozioni generali, DE NOVA G., *Il tipo contrattuale ...*, op. cit. Per l'applicazione del metodo tipologico al diritto del lavoro, SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto ...*, op. cit. pp. 142 e ss.; TOSI P., *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1974, pp. 172 e ss.; MARIUCCI L., *Lavoro decentrato*, F. Angeli, Milano, 1979, pp. 84 e ss. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 307 e ss. Per una critica serrata al metodo tipologico nel diritto del lavoro, tra gli altri, MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, 1986, I, pp. 5 e ss.; BALLESTRERO M. V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, LD, 1987, pp. 161 e ss. Più recentemente, PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giappichelli Torino, 2002, spec. cap. III.; PERONE G., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE G., VALLEBONA A., (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 410 e ss.

Se grazie all'utilizzo di un metodo di qualificazione per approssimazione alla fattispecie generale ed astratta dell'art. 2094 c.c. la giurisprudenza stava pervenendo ad una sostanziale dilatazione/elasticizzazione della nozione di subordinazione, riconducendo all'interno della fattispecie tipica ipotesi nelle quali, pur mancando alcuni dei tratti caratteristici, l'assetto di interessi sotteso al rapporto da qualificare potesse essere ritenuto più vicino a quello proprio del lavoro subordinato, il recupero del metodo sussuntivo, che, com'è noto, presuppone e si fonda su un giudizio di identità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, implicava una valutazione più rigida dei presupposti qualificatori, e dunque una contrazione della "tendenza espansiva delle frontiere del diritto del lavoro"⁴⁹⁷.

Valuta positivamente le possibilità di aggiornamento del concetto giuridico di subordinazione grazie agli apporti derivanti dalla realtà sociale, possibile con l'utilizzo del metodo tipologico, D'ANTONA M., *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 207 e ss. Tentano invece di stemperare la contrapposizione, CARINCI F., *Discutono il tema*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del Convegno svoltosi a Roma il 27 maggio 1996, Cacucci, Bari, 1997, pp. 138 e ss.; ROCCELLA M., *Intervento*, in *Il lavoro e i lavori*, LD, 1989, pp. 26 e ss.; GHERA E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 335-36 (ma già, ID., *La subordinazione fra tradizione e ...*, op. cit., pp. 629 e ss.).

⁴⁹⁷ Cfr. GIUGNI G., *Il diritto del lavoro ...*, op. cit., pp. 375. Rimase sostanzialmente isolata la già citata sentenza n. 115/1994 con cui la Corte Costituzionale italiana cercò di rilegittimare l'utilizzo del metodo tipologico e di recuperare la centralità di una nozione "effettuale" di subordinazione, non avulsa cioè dalla sua origine socio-economica. Sul punto, il già citato saggio di D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità ...*, op. cit., pp. 67 e ss. che intravede nella sentenza l'affermazione della necessità di una sostanziale coincidenza tra significato c.d. classificatorio della subordinazione e significato assiologico della stessa (che "situa il cittadino nella sfera sociale e situandolo lo rende destinatario del bilanciamento sotteso alla Costituzione economica"); coincidenza che renderebbe vana qualunque ricerca di una volontà contrattuale delle parti. Più in generale, l'orientamento restrittivo accennato nel testo, è stato di recente messo in discussione dallo sviluppo di un filone giurisprudenziale teso a riconsiderare i criteri di qualificazione del rapporto in relazione con i mutamenti nelle forme di organizzazione del lavoro e della produzione; mutamenti che implicano una sostanziale attenuazione della rilevanza di un'eterodirezione concepita in termini rigidi e gerarchici ed, in ogni caso, commisurata alla natura delle prestazioni dedotte in contratto ed al ruolo del prestatore all'interno dell'impresa. Si veda in tal senso, Cass. 15 novembre 1999, n. 12634; Cass. 2 luglio 2001, n. 9167, in RIDL, 2002, II, p. 272; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, in GL, 2002, n. 17, pp. 40 e ss.; Cass. 27 novembre 2002, n. 16805, in MGL, 2003, pp. 127 e ss.; Trib. Firenze, 14 aprile 2003, in GL, 2003, n. 47, p. 30; Cass. 21 maggio 2003, n. 4770, in Foro It., 2003, I, c. 3325; Cass. 20 giugno 2003, n. 9900; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16119; Cass. 11 settembre 2003, n. 13375, in Foro It., 2003, I, c. 3321; Cass. 29 marzo 2004, n. 6224, in RIDL, 2004, II, pp. 748 e ss.; Cass. 9 aprile 2004, n. 6983, DPL, 2004, pp. 1195; Cass. 5 maggio 2004, n. 8569, D&L, 2004, pp. 333 e ss.; Cass. 23 luglio 2004, n. 13872; Cass. 25 ottobre 2004, n. 20669; Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646. Sembra che soprattutto l'ultima delle sentenze citate, sia propensa a valorizzare, in sede di qualificazione del rapporto di lavoro, il profilo della dipendenza socio-economica del lavoro come conseguenza

Le critiche al metodo tipologico si intrecciavano dunque con la necessità di porre freno a quella tendenza propria di certa giurisprudenza ad estendere l'applicazione del diritto del lavoro oltre i confini di una nozione rigida, formale e predeterminata di subordinazione⁴⁹⁸. Questa, in particolare, a partire da quel momento, viene sempre più identificata con la sottoposizione del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro. Il procedimento giurisprudenziale di qualificazione del rapporto tende cioè a concentrarsi sull'unico elemento dell'eterodirezione, interpretata, per altro, in modo assai restrittivo, come sottoposizione a direttive costanti, capillari e specifiche e ad un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione della prestazione lavorativa, svalutando come secondari e sussidiari altri elementi ritenuti non fondamentali.

La necessità di irrigidire i criteri giurisprudenziali di qualificazione veniva assecondata da quella dottrina⁴⁹⁹ che puntava sulla

dell'alienità dei mezzi di produzione e del risultato utile della prestazione (ma già, in questo senso, sentenza 12 febbraio 1996, n. 30). Sul punto, la nota dell'Ufficio Giuridico CGIL del 22 novembre 2006, firmata da Androni A. e Allamprese A., disponibile sul sito internet. www.cgil.it/giuridico e il commento di ROCCELLA M., *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, RGL, 2007, n. 2, pp. 131 e ss. Sulla necessità della configurazione di una nozione di subordinazione "attenuata" ovvero non rigidamente vincolata ad una nozione rigida ed astratta di eterodirezione, in dottrina, DE LUCA TAMAJO R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ADL, 2005, pp. 471 e ss.; GHERA E., *Subordinazione, statuto protettivo e*, op. cit., spec. pp. 331 e ss. Si tratta di una tendenza alla flessibilizzazione della nozione di subordinazione che caratterizza anche le più recenti interpretazioni della giurisprudenza spagnola. A tal proposito, la dettagliata ricostruzione di SELMA PENALVA A., *Los Límites del contrato de trabajo en la ...*, op. cit., spec. pp. 65 e ss. che sottolinea l'emersione, nella giurisprudenza più recente, del concetto di "integración productiva" come criterio per la definizione di una nozione aggiornata di subordinazione, valida cioè anche per il caso di manifestazioni attenuate del potere imprenditoriale.

⁴⁹⁸ In tal senso, PEDRAZZOLI M., *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele...*, op. cit., p. 56.; MENGHINI L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, QDLRI, 1998, n. 21, p. 170 e ss. Per la giurisprudenza, Cass. 20 aprile 1983, n. 2728, RIDL, 1984, II, p. 302; Cass. 17 novembre 1984, n. 5888, FI, 1984, p. 389; Cass. 14 maggio 1985, n. 3011, FI, 1985, p. 393; Cass. 3 aprile 1990, n. 2680. Ma anche recentemente, Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in Foro It., 2005, c. 2529. Per l'orientamento invalso nella giurisprudenza anteriore, Cass. 2 agosto 1956, n. 3036, FI, 1956, p. 111; Cass. 20 settembre 1963, n. 2583, DL, 1963, II, p. 431; Cass. 25 maggio 1976, n. 1885, RDL, 1977, II, p. 499.

⁴⁹⁹ ICHINO P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, RIDL, 1987, II, pp. 76 e ss.; ID, *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto*, Quad. RIDL, I, 1989, p. 35. ID, *Subordinazione e autonomia ...*, op. cit.; il quale sostiene che è il regolamento voluto dalle parti nel contratto che ne determina la riconduzione ad un tipo ad un altro e dunque che decide la disciplina applicabile. PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989 che invece tenta di dimostrare come ai fini della qualificazione del rapporto si debba tenere in considerazione anche la controprestazione retributiva dovuta dal datore di lavoro. Chiarificatore a tal proposito l'intervento di D'ANTONA M., *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo ...*, op. cit. che partendo dalla necessità di una distinzione tra

necessità di recuperare il ruolo della volontà individuale delle parti nel procedimento qualificatorio, (anche) allo scopo di rendere meno dipendente dalla soggettiva valutazione del giudice un aspetto fortemente incidente sulla disciplina applicabile⁵⁰⁰. Gli inviti ad una riconsiderazione del ruolo del *nomen iuris* dato dalle parti al contratto trovarono un progressivo e sempre maggiore accoglimento nella giurisprudenza che, sempre più frequentemente, attingeva al contenuto delle dichiarazioni negoziali e dunque al contratto, ai fini della qualificazione, quanto meno dei casi dubbi⁵⁰¹.

contratto come fatto e contratto come norma, scrive a tal proposito “Le parti non possono determinare irrevocabilmente, con la dichiarazione negoziale, la natura del rapporto non tanto perché ... non dispongono del contenuto del contratto – essendo questa semmai una conseguenza della qualificazione – quanto perchè, ai fini classificatori, la subordinazione si ricava dall’assetto di interessi che si realizza effettivamente nell’attuazione del rapporto, e questo assetto non è per definizione calcolabile mediante la dichiarazione negoziale che fissa il regolamento voluto dalle parti e genera il vincolo contrattuale” (p. 201) e continua poi “Nel diritto del lavoro non è l’interpretazione del regolamento voluto dalle parti a stabilire la natura del contratto, ma è la qualificazione in base alla natura obiettiva del rapporto a modellare la volontà delle parti entro uno schema contrattuale tassativo, in funzione di un ordine che, pur essendo fondato sulla volontarietà del vincolo, rispecchia interessi (pubblici, collettivi) in larga misura superiori ai loro” (p. 206). Fortemente critico, anche, FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, WP. C.S.D.E.L. “Massimo D’Antona”, n. 30/2005, pp. 7 e ss., disponibile sul sito internet: www.unict.it. Di fronte ad ipotesi dubbie o di difficile qualificazione, la tendenza è dunque quella ad una ricomparsa del “formalismo” in funzione del recupero della certezza del diritto. D’ANTONA M., *Le metamorfosi della subordinazione*, ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1272 e ss. che a tal proposito scrive: “Se le parti dispongono del tipo, nel senso che è alla loro volontà che si deve fare riferimento in ultima istanza ai fini del giudizio di inclusione (nel campo di applicazione del diritto del lavoro), la qualificazione del rapporto di lavoro diventa interamente «calcolabile» all’atto della stipulazione, il ruolo dell’accertamento giudiziale dei caratteri obiettivi del rapporto perde importanza, e la *lex voluntatis* torna a dominare sulla *voluntas legis* anche nel diritto del lavoro” (pp. 1277-78).

⁵⁰⁰ Anche se alla fine, il rischio è quello di passare da un (vero o presunto tale) soggettivismo giudiziale ad un altro soggettivismo: quello della parte forte del rapporto che “decide” autoritativamente la qualificazione.

⁵⁰¹ In realtà, non si tratta quindi di dare rilievo al *nomen iuris*, inteso come *autoqualificazione* del rapporto operata dalle parti, bensì al complesso delle dichiarazioni negoziali contenute nel contratto di lavoro che indicano la struttura della obbligazione lavorativa. Per la giurisprudenza, Cass. 3 giugno 1985, n. 3310, in GC, 1985, I, pp. 2735; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1714, FI, 1989, I, pp. 2908 e ss. con nota di DE LUCA TAMAJO R.; Cass. 10 settembre 1988, n. 5158, in Foro It. Rep., 1988 voce *Lavoro (rapporto)*, n. 436; Cass. 8 ottobre 1988, n. 5437, in Foro It. Rep., 1988 voce *Lavoro (rapporto)*, n. 435; Cass. 29 novembre 1988, n. 6439, in Foro It. Rep., 1988 voce *Lavoro (rapporto)*, n. 434; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6616, in Foro It. Rep., 1988 voce *Lavoro (rapporto)*, n. 433; Cass. 3 aprile 1990, n. 2680, in DPL, 1990, p. 2026; Cass. 8 marzo 1995, n. 2690, in Foro it., Rep., 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 439; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948 secondo la quale ultima, “Il principio per cui ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, è necessario avere riguardo all’effettivo contenuto del rapporto stesso, indipendentemente dal *nomen iuris* usato dalle parti, non implica che la loro dichiarazione di volontà in ordine alla fissazione di

Se fino agli inizi degli anni '80, la giurisprudenza, sottoposta alle forti pressioni provenienti dal contesto sociale, nei casi dubbi, faceva operare una sorta di presunzione (impropria) di ricorrenza di lavoro subordinato, sostanzialmente prescindendo dalle eventuali difformi dichiarazioni delle parti negoziali⁵⁰², a partire dalla seconda metà degli anni '80, si incomincia revocare in dubbio l'utilità e la legittimità di un tal procedere giurisprudenziale⁵⁰³. Dalla presunzione della natura

tale contenuto debba essere stralciata nell'interpretazione del contratto e che non debba tenersi conto del relativo affidamento reciproco delle parti, costituendo per contro tale dichiarazione, anche in relazione al suddetto affidamento, in presenza di modalità esecutiva non incompatibili con l'espletamento in forma autonoma della prestazione di lavoro, un elemento di carattere fondamentale e prioritario, per risolvere le situazioni di ambiguità fattuale". Si è sostenuto, in altre occasioni, che il *nomen iuris* non solo debba essere ritenuto decisivo nei casi nei quali l'effettiva intenzione delle parti risulta incerta, ma debba risultare determinante anche nell'ipotesi in cui non si raggiunga la prova degli elementi di fatto da cui dedurre la subordinazione. Cass. 7 febbraio 1992, n. 4220, in RIDL, 1993, II, p. 258; Cass. 20 febbraio 1993, n. 2048, in RGL, 1993, II, p. 551. Sulla tendenza della giurisprudenza alla rivalutazione del ruolo del *nomen iuris*, LUNARDON F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, DLRI, 1990, pp. 403 e ss.; NOGLER L., *Ancora su tipo e rapporto di lavoro nell'impresa*, ADL, 2002, pp. 109 e ss. La volontà delle parti veniva dunque rivalutata soprattutto sul piano probatorio. In tal senso, MENGHINI L., *Subordinazione e dintorni ...*, op. cit., p. 166; CASAS BAAMONDE M. E., *Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*, in AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 193 e ss. Per una critica a tale tendenza, D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti ...*, op. cit., p. 141, il quale scriveva sul punto: "Il ragionamento che, dalla contrattualità del rapporto di lavoro, deduce la essenzialità dell'indagine sull'effettiva volontà delle parti ai fini della «scelta del tipo» può essere agevolmente ribaltato. L'intenzione delle parti non è decisiva, proprio perché nel diritto del lavoro le parti non dispongono del contenuto del contratto, sono libere di «volere» un certo assetto di interessi (un certo programma negoziale), ma non sono libere di «volere» un qualsiasi modello di disciplina". Anche l'ILO nella Raccomandazione n. 198/2006 invita gli Stati membri a dare prevalenza, ai fini della qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato, all'indagine delle forme concrete con le quali l'attività è stata posta in essere e ciò "sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes" (punto 9).

⁵⁰² Parla a tal proposito di *favor iuris* nei confronti della classificazione del rapporto di lavoro nella categoria della subordinazione piuttosto che in quella dell'autonomia, ICHINO P., *Subordinazione e autonomia ...*, op. cit., p. 38. Per questa giurisprudenza, Cass. 20 dicembre 1966, n. 2956, RDL, 1968, II, p. 106; Cass. 19 gennaio 1979, n. 425, Foro It. Rep., 1979, p. 268; Cass. 8 giugno 1979, n. 3282, Foro It. Rep., 1979, p. 501; Cass. 24 aprile 1980, n. 2730, Foro It. Rep., 1980, p. 268; Cass. 8 gennaio 1980, n. 145, Foro It. Rep., 1980, p. 274; Cass. 29 novembre 1985, n. 5977, NGL, 1985, p. 697 nella quale ultima, esplicitamente, si sostiene che, nel dubbio, la subordinazione va affermata in virtù del principio del *favor laboratoris*.

⁵⁰³ Si veda, MENGHINI L., *Subordinazione e dintorni ...*, op. cit., e la giurisprudenza ivi richiamata (spec. nota 38). Appare significativo ricordare che nella Raccomandazione n. 198 del 16 giugno 2006, la OIL invita gli Stati membri a consacrare, nei rispettivi ordinamenti, l'operatività di una vera e propria presunzione legale di esistenza di un contratto/rapporto di lavoro subordinato in tutti i casi in cui ricorrano uno o più indizi in tal senso (parte II, punto 11).

subordinata del rapporto si giunge in alcuni casi ad affermare il principio opposto, secondo il quale, tutte le volte che le parti abbiano optato per l'autonomia nel contratto, l'inquadramento del rapporto di lavoro all'interno della subordinazione potrà avvenire solo ove si provi inequivocabilmente la sussistenza dell'elemento della subordinazione⁵⁰⁴.

Come si vedrà a continuazione, è possibile tracciare un percorso per certi versi assimilabile a quello ora descritto anche a proposito del sistema spagnolo. In particolare, attraverso l'esame dell'evoluzione interpretativa registrata tanto in materia subordinazione, quanto in relazione all'ambito di operatività della presunzione di subordinazione, sarà possibile mettere in luce anche per questo ordinamento il progressivo recupero del ruolo della volontà delle parti contrattuali ai fini della qualificazione del rapporto tra esse intercorrente.

V. 1. 1. - La presunzione di subordinazione nell'ordinamento spagnolo.

Soprattutto a partire dagli anni '60, anche in Spagna come in Italia, si era registrata una più o meno marcata tendenza alla progressiva espansione delle frontiere del diritto del lavoro. Ciò fu il risultato tanto della prevalenza accordata dalla dottrina maggioritaria all'elemento della "ajenidad" su quello della "dependencia", quale criterio definitorio della subordinazione nel sistema spagnolo⁵⁰⁵, quanto della progressiva

⁵⁰⁴ Cass. 22 novembre 1999, n. 12926, in Foro It., 2000, I, p. 74; Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in RIDL, 2000, II, p. 280 con nota di Pisani; Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, in DPL, 1996, p. 3338; Corte d'Appello di Roma, 23 agosto 2005, in Lav. Giur., 2006, p. 709.; Trib. Pisa 6 novembre 2002, in www.unicz.it/lavoro la quale ultima, in particolare, esplicitamente ritiene di poter escludere "che nel nostro ordinamento possa ritenersi sussistente ... una sorta di *favor* della subordinazione (ché anzi, si condiva o meno, i tempi e l'evoluzione legislativa depongono per una sorta di *favor* della flessibilità anche avuto riguardo alla tipologia contrattuale) od un principio di automatica qualificazione di alcuni rapporti la cui prestazione sia connotata da semplicità". Per una ricostruzione in chiave comparatistica del fenomeno della contrazione delle frontiere del diritto del lavoro via inversione dell'operatività della presunzione (che diventa di non subordinazione), anche, SUPLOT A., *Lavoro subordinato e lavoro ...*, op. cit., pp. 233 e ss.

⁵⁰⁵ Per la dottrina, esemplare è il caso di ALONSO OLEA che fin dalla prima edizione della sua *Introducción al Derecho del Trabajo*, individua, quale carattere essenziale del contratto di lavoro, quello di avere ad oggetto "trabajo humano, productivo libre y por cuenta ajena". Sparisce insomma dalla sua ricostruzione il riferimento all'elemento della "dependencia", con conseguente valorizzazione di quello dell'"ajenidad". Questa si identifica nel pensiero di questo Autore con la necessaria acquisizione *ab initio*, da parte del datore di lavoro, dei "frutti" del lavoro del dipendente, che entrano nella sua disponibilità quale effetto necessario ed inevitabile della conclusione del contratto di

elasticizzazione e flessibilizzazione da parte della giurisprudenza di entrambe le nozioni⁵⁰⁶.

L'opportunità e la legittimità della tendenza propria tanto della dottrina quanto della giurisprudenza ad estendere il campo di applicazione delle tutele lavoristiche anche ad ipotesi affini a quella prototipica, incominciò tuttavia ad essere revocata in dubbio a partire

lavoro (c.d. "ajenidad en los frutos", ovvero "ajenidad en la utilidad patrimonial", secondo la precisazione di MONTOYA MELGAR A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia, Murcia, 1972, p. 11 e ss.) Si è parlato anche di "ajenidad en los riesgos", secondo l'altra famosa ricostruzione attribuita a BAYÓN CHACÓN G., PÉREZ BOTIJA E., *Manual de Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Madrid, 1962, p. 18. Per un commento critico, anche in chiave comparata, tra la prima e la quinta edizione dell'opera di Alonso Olea, MARTÍN VALVERDE A., *Lectura y relectura ...*, op. cit., spec. pp. 418 e ss. Per le differenze tra "ajenidad" e "alteridad", DE LA VILLA GIL L. E., *En torno al concepto del Derecho español del Trabajo*, RT, 1969, n. 26, p. 113 secondo il quale mentre l'alterità indica semplicemente la destinazione ad altri dei frutti del proprio lavoro, la *ajenidad* implica più precisamente la necessaria acquisizione in forma originaria degli stessi da parte del datore di lavoro. La contrapposizione tra "ajenidad en los frutos" e "ajenidad en los riesgos" è stata successivamente messa in discussione dalla pubblicazione del saggio di ALARCÓN CARACUEL M. R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato del trabajo*, REDT, 1986, n. 28, pp. 498 e ss. che identifica il criterio definitorio per eccellenza del contratto di lavoro nella "ajenidad respecto al mercado de bienes y servicios". Si rinvia sul punto anche a DE LA VILLA GIL L. E., *El concepto de «trabajador» (en torno al artículo 1.1)*, REDT, 2000, n. 100, pp. 1 e ss.; MONTOYA MELGAR A., *Sobre el trabajo dependiente ...*, op. cit., spec. pp. 61 e ss.; HUERTAS BARTOLOMÉ T., LÓPEZ LÓPEZ J., *La ampliación de las fronteras ...*, op. cit., pp. 69 e ss.; MARTÍN VALVERDE A., *Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)*, RMTAS, 2002, n. 38, pp. 21 e ss.

⁵⁰⁶ Il fenomeno dell'espansione delle frontiere del diritto del lavoro è stato portato avanti anche nel contesto del sistema spagnolo da una pluralità di punti di vista distinti. A livello legislativo, l'operazione fu il risultato della creazione della categoria dei rapporti di lavoro c.d. speciali poi confluiti nell'art. 2 ET. Si tratta di una pluralità composita di rapporti di lavoro anche fortemente differenziati che se interpretati rigidamente non rientrerebbero a pieno titolo nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, ma che vi sono stati ricondotti eminentemente per ragioni di opportunità politica, pur con un regime giuridico differenziato rispetto a quello proprio del lavoro subordinato *standard*. A livello giurisprudenziale, invece, all'elasticizzazione dei confini del diritto del lavoro si è pervenuti, in primo luogo, attraverso il progressivo adattamento di una nozione rigida e astratta di dipendenza ai mutamenti intervenuti nelle forme di manifestazione dei poteri datoriali. In particolare, la nozione di dipendenza viene fatta coincidere con l'inserzione del lavoratore nel "circulo rector y disciplinario" dell'imprenditore (a titolo esemplificativo, SSTTS 21 gennaio 1964, Ar. 460; 9 febbraio 1966, Ar. 496). Si tratta di un'interpretazione assolutamente consolidata che si è dimostrata di speciale utilità al momento di qualificare prestazioni che, in quanto non inserite in contesti aziendali di produzione di beni materiali, difficilmente potevano ricondursi all'ambito di applicazione del diritto del lavoro attraverso il criterio della *ajenidad*. Si rinvia sul punto - anche per la giurisprudenza collegata - a MONEREO PÉREZ J. L., *Subordinación y trabajo autónomo ...*, op. cit., spec. pp. 17 e ss. L'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione del diritto del lavoro fu conseguenza anche dell'ampio ricorso da parte della giurisprudenza alla presunzione di subordinazione di cui all'art. 8, comma 1 ET - sul punto, più approfonditamente *infra* nel testo -.

dalla fine degli anni '70 - inizio degli '80 dallo sviluppo di una tendenza per certi versi antagonica, volta a ricondurre il lavoro protetto all'interno di una nozione più rigida ed astratta di subordinazione. Esemplificativa a tal proposito risulta l'evoluzione interpretativa registrata in materia di presunzione di subordinazione. All'esame della stessa si dedicherà prioritariamente questo paragrafo.

Come è saputo, fin dalle sue origini, l'ordinamento giuslavoristico spagnolo ha contato con la previsione esplicita di un meccanismo presuntivo volto a favorire la riconduzione delle prestazioni di lavoro all'interno dell'ambito di applicazione delle tutele lavoristiche. Senza retrocedere eccessivamente nel tempo, nella sua formalizzazione risultante dalla *Ley de Contrato de Trabajo* (LCT) del 26 gennaio 1944 – che riproduceva a sua volta la stessa norma della *Ley de Contrato de Trabajo* del 14 novembre 1931 – la presunzione *iuris tantum* di subordinazione (“de laboralidad”) sembrava prioritariamente orientata ad arginare le conseguenze negative che potevano derivare in termini di certezza giuridica dall'ampio ricorso all'altrettanto consolidato principio della libertà della forma per la conclusione del contratto di lavoro e più in generale, serviva a regolare il sistema delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro⁵⁰⁷. A fronte dell'ammissione di forme di manifestazione del consenso contrattuale anche tacite o per fatti concludenti, si era ritenuto necessario associare alla “presunción de existencia del consentimiento contractual, y por ello del contrato, entre los sujetos que prestaban y recibían los servicios ... una regla de interpretación, que se inclinaba por el carácter laboral de estos servicios”⁵⁰⁸. E così l'art. 3 LCT prevedeva esplicitamente che il contratto di lavoro subordinato si dovesse ritenere sempre esistente tra chi offre lavoro o utilizza un servizio e chi lo presta, a prescindere dall'esistenza di una stipulazione scritta o orale (o teciata), intendendosi per condizioni contrattuali quelle determinate dalle Leggi e dai Regolamenti del Lavoro, e in mancanza di tali norme, dagli usi e dai costumi di ciascuna località, nella specie e nella categoria dei servizi di cui si tratta⁵⁰⁹.

Il meccanismo presuntivo così delineato ammetteva evidentemente la possibilità di dedurre la natura subordinata del contratto dal mero accertamento dello svolgimento di un'attività volontaria e remunerata offerta da un soggetto ed utilizzata da altro (ovvero sul mero

⁵⁰⁷ In tal senso, GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo (En torno al artículo 8)*, REDT, n. 100, 2000, I, pp. 333-334.

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, p. 280.

⁵⁰⁹ Per un'analisi storica dell'istituto si rinvia a GONZÁLEZ ORTEGA S., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, p. 791 e ss.

presupposto dell'alterità). Ciò portò al consolidamento di un'interpretazione giurisprudenziale che finiva per ricondurre nell'ambito della subordinazione - e dunque nel campo applicativo delle tutele lavoristiche - ogni ipotesi di prestazione di servizi professionali retribuita che mancasse di documentazione, a prescindere cioè dal preventivo e puntuale accertamento della ricorrenza in concreto dei caratteri tipici della subordinazione (come se si trattasse dunque di una presunzione *iuris et de iure*)⁵¹⁰. Più in generale, l'art. 3 LCT fu utilizzato dalla giurisprudenza come criterio utile in tutti i casi di qualificazione del rapporto dubbia o incerta, a prescindere dal fatto che il contratto fosse stato formalizzato oppure no⁵¹¹. L'ampio ricorso a tale interpretazione del precetto finì dunque per assecondare la tendenza del diritto del lavoro all'attribuzione di una marcata centralità al contratto di lavoro subordinato come forma normale e prototipica di inquadramento delle prestazioni di servizi e, in definitiva, all'espansione dell'ambito di applicazione del diritto del lavoro.

Nella misura in cui, a partire dalla fine degli anni '70, l'opportunità di assecondare tale tendenza cominciò ad essere revocata in dubbio, anche l'estensiva ed elastica interpretazione della presunzione di "laboralidad" sopra accennata finì per essere sottoposta a forti critiche. Tanto è così che il suo recepimento da parte dell'ET del 1980 coincise con una sostanziale riformulazione della norma. L'art. 8, comma 1 ET, dopo aver ribadito il principio generale della libertà della forma per la stipulazione del contratto di lavoro, stabilisce infatti che questo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel".

Già ad un esame superficiale del precetto, è possibile cogliere l'intenzione del Legislatore statutario di vincolare l'operatività del meccanismo presuntivo al previo puntuale accertamento della sussistenza (non solo di una situazione di alterità, ma anche e soprattutto) di tutti gli elementi caratteristici della subordinazione giuridica (*ajenidad* e *dependencia*) così come enunciati all'art. 1, comma 1⁵¹². In altri termini,

⁵¹⁰ DURAN LÓPEZ F., MONTOYA MELGAR A., SALA FRANCO T., *El ordenamiento laboral español y los límites ...*, op. cit., p. 108.

⁵¹¹ In tal senso, GONZÁLEZ ORTEGA S., *La presunción de existencia del contrato de trabajo...*, op. cit., p. 803.

⁵¹² Significativa a tal proposito è la sentenza del TSJ di Galicia de 27 maggio 2005, (AS 2005/1514) in cui si legge: "que es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, y esta carga probatoria no llega a ser atenuada por el art. 8.1 **ET**, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción *iuris tantum* de laboralidad [al modo de la que contenía el art. 3 **LCT**], sino más bien una definición de la relación laboral [doctrinalmente se la califica como una «redefinición» del contrato de trabajo], de manera que para que actúe la indicada «presunción» del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste «dentro del ámbito de organización y dirección de otro» y que el servicio se haga «a cambio de un retribución», o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el

non senza una certa dose di tautologia e ambiguità, l'art. 8 ET sembrerebbe limitarsi a ribadire che in tutti i casi in cui si dimostri la natura subordinata della prestazione, il rapporto dovrà considerarsi (presumersi) come di lavoro subordinato a prescindere dalla forma di manifestazione del consenso negoziale⁵¹³. Se così fosse, è evidente che si potrebbe parlare di "presunzione" solo in un senso molto lato; o meglio, il meccanismo presuntivo opererebbe unicamente in relazione all'esistenza del contratto anche se concluso in forma tacita, ma non anche in riferimento alla natura subordinata dello stesso.

Seppur, in un primo momento, la giurisprudenza spagnola si sia dimostrata reticente a modificare la propria interpretazione al riguardo⁵¹⁴, ben presto ha finito per ridurre la potenzialità dell'enunciato normativo alle ipotesi in cui le parti non abbiano manifestato la propria volontà nel

acreditamiento de que la actividad se presta bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET, porque los arts. 3 LCT y 8.1 ET, atinentes a la presunción de contractualidad, presentan diferencias significativas que impiden considerarlos como normas sustancialmente iguales". Con anteriorità, tra le tante, STS 25 novembre 1985, (RA 5846); STS 15 agosto 1986, (RA 4139); STS 25 marzo 1990, (RA 2336). Per la dottrina, negano il carattere presuntivo della natura subordinata del rapporto alla disposizione di cui all'art. 8, comma 1 ET, tra gli altri GONZÁLEZ ORTEGA S., *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990, p. 808; PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 71 e ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo ...*, op. cit., pp. 331 e ss.; BAYLOS GRAU A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 68 e ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO M., ROYO M. C., *La presunción de existencia del contrato ...*, op. cit.; AA.VV., *Estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 225 e ss. che a tal proposito scrivono: "Entendemos que en tales pronunciamientos se ve claramente la virtualidad del art. 8.1 ... como reductor del carácter *pro operario* del proceso laboral en lo relativo a la prueba de existencia del contrato de trabajo, evitándose así la excesiva ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a costa de incluir supuestos no claramente laborales en el mismo" (p. 229).

⁵¹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., *La presunción de existencia del contrato ...*, op. cit., pp. 222 e ss.; MONTOYA MELGAR A., *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora ...*, op. cit., p. 65; LUJÁN ALCARAZ J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, p. 271 che parla di "certificado de defunción de la presunción en nuestro Derecho del Trabajo". In tal senso, anche, STCT 20 novembre 1985, Ar 6329 in cui si legge "cuando se logre demostrar que se realiza un trabajo por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, con carácter voluntario y a cambio de una retribución, esa relación, si no está expresamente excluida de la normativa laboral, se presume que existe aunque no haya constancia de haberse celebrado el contrato de trabajo, por escrito o de palabra, y que es de naturaleza laboral".

⁵¹⁴ Si vedano le sentenze del 18 marzo e del 20 ottobre 1980 (rispettivamente Ar 1701 e 5214) nelle quali si afferma espressamente la sostanziale coincidenza di significati tra la dizione di cui all'art. 3 LCT e quella introdotta dall'ET.

senso della scelta del modello di lavoro subordinato⁵¹⁵. In altri termini, l'operatività della presunzione sarebbe limitata alle ipotesi di qualificazione difficile o dubbiosa e di mancata manifestazione espressa della volontà individuale, con la conseguenza che in presenza di una diversa dichiarazione negoziale delle parti che abbiano dunque effettivamente optato per una modalità contrattuale non lavoristica, la presunzione in commento non trova applicazione, né spazi di espressione concreti⁵¹⁶.

In realtà, come sostiene altra parte della dottrina, occorrerebbe cercare di recuperare la funzione presuntiva della norma interpretandola nel senso che, pur a prescindere dalla forma di manifestazione del consenso, in tutti i casi di qualificazione dubbia o incerta, l'interpretazione dovrebbe orientarsi a privilegiare la riconduzione del rapporto nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro⁵¹⁷, anche se questa non sembra essere la via seguita né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza maggioritaria.

In ogni caso, appare evidente che nell'interpretazione prevalente, la "presunzione" dell'art. 8, comma 1 ET è servita a mettere freno a quella tendenza all'espansione delle frontiere del diritto del lavoro ovvero a depotenziare la *vis atractiva* che stava esercitando la subordinazione nei confronti di prestazioni più o meno assimilabili, e ciò ha portato anche ad un più o meno marcato, più o meno esplicito, recupero del ruolo dell'autonomia privata individuale nella scelta concreta tra autonomia e subordinazione per l'inquadramento giuridico del proprio rapporto di lavoro⁵¹⁸.

⁵¹⁵ In tal senso, STS 31 marzo 1987 (RA 1763); STSJ di Andalucía 11 novembre 1991 (AS 6986). GONZÁLEZ ORTEGA S., *La presunción de existencia del contrato de trabajo ...*, op. cit., p. 808.

⁵¹⁶ Per un esame critico della tendenza della giurisprudenza spagnola degli anni '80 ad un'interpretazione restrittiva dei principi tradizionali del diritto del lavoro, in funzione anche della valorizzazione del contratto e dell'autonomia individuale, OJEDA AVILÉS A., *Flessibilità e contrattualismo...*, op. cit., pp. 639 e ss. Segnala lo sviluppo della tendenza al recupero di un certo favore verso l'estensione del campo di applicazione del diritto del lavoro attraverso l'introduzione di nuove presunzioni di subordinazione, SELMA PENALVA A., *Los Límites del contrato de trabajo en la ...*, op. cit., spec. pp. 254 e ss. che pur non nega l'affermarsi contemporaneo (e criticabile, vedi spec. pp. 303 e ss.) di presunzioni di segno opposto (del carattere autonomo della prestazione) come conseguenza del potenziamento giurisprudenziale del principio costituzionale di libertà di iniziativa economica in tutti i casi di accordo tra le parti circa la natura non subordinata della prestazione (spec. pp. 291 e ss. e giurisprudenza collegata).

⁵¹⁷ In tal senso, RAYON SUÁREZ E., *La forma del contrato del trabajo*, in *Comentarios a las Leyes Laborales*. El ET, Edersa, Madrid, 1982, III, pp. 15 e ss.

⁵¹⁸ Sul punto, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *La voluntad del las partes en la calificación del contrato del trabajo*, RL, 1996, n. 18, pp. 1 e ss. Sul punto anche, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo ...*, op. cit., pp. 22 e ss. PÉREZ DE LOS COBOS F., *El trabajo subordinado como tipo contractual*, Doc. Lab., 1993, n. 39.

Appare significativo ricordare infine che l'operatività del precetto relativo alla presunzione di subordinazione sia stata ulteriormente circoscritta, sia pure indirettamente, dall'intervento operato dalla riforma dell'Estatuto de los Trabajadores del 1994 con l'introduzione di una nuova lett. g) al comma 3 dell'art. 1 ET in materia di rapporti di lavoro esclusi dall'ambito di applicazione dello stesso. All'esame di questa disposizione si dedicherà il seguente paragrafo.

V. 1. 2. – La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro degli autotrasportatori. Raffronti Italia-Spagna.

Come anticipato, la settima disposizione finale della l. 19 maggio 1994, n. 11 ha riformato la redazione del comma 3 dell'art. 1 ET, introducendo una nuova ipotesi di rapporti esclusi dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro⁵¹⁹. Si tratta, in particolare, dell'attività remunerata di trasporto realizzata da soggetti che al tempo stesso siano proprietari (ovvero possano vantare un potere di disposizione diretto su) di un veicolo che raggiunga almeno le due tonnellate di peso, e possano vantare la titolarità della relativa ed obbligatoria autorizzazione amministrativa. In tutti casi di attività di trasporto esercitata con l'utilizzo di un veicolo che raggiunga le due tonnellate di peso in proprietà del lavoratore il quale sia anche titolare della necessaria autorizzazione amministrativa, dice espressamente la nuova lett. g) del comma 3 dell'art. 1 ET, il rapporto dovrà considerarsi rientrante nell'ambito dell'autonomia⁵²⁰.

⁵¹⁹ Ipotesi che dunque si aggiunge a quelle dell'attività lavorativa degli impiegati pubblici rientranti nella categoria dei "funcionarios" i cui rapporti di lavoro vengono disciplinati dallo Statuto della Funzione Pubblica ovvero da norme amministrative; dell'esercizio di prestazioni personali obbligatorie, dell'esercizio di attività di consigliere o membro degli organi di amministrazione di società, del lavoro prestato a titolo di amicizia, benevolenza o buon vicinato, del lavoro familiare pur con alcune precisazioni, dell'attività di mediazione commerciale quando si assuma il rischio dell'attività (art. 1, comma 3, lett. a), b), c), d), e), e f).

⁵²⁰ La soluzione legislativa, fortemente contrastata da ampi settori della dottrina, suscitò forti contrasti interpretativi che sfociarono nella messa in discussione della stessa conformità alla Costituzione della disposizione per violazione, essenzialmente del principio di uguaglianza e non discriminazione sancito all'art. 14. Con la sentenza del 26 novembre 1998, n. 227, il Tribunal Constitucional spagnolo, pur escludendo l'incostituzionalità della disposizione, colse l'occasione per chiarire la portata degli spazi di disponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato di cui può disporre il Legislatore ordinario in relazione all'inclusione/esclusione di determinati gruppi di lavoratori dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro. In particolare, la Corte spiegò che l'ambito soggettivo di applicazione dell'ET non viene rimesso al legislatore dalla Costituzione in termini di un'assoluta libertà di configurazione (art. 35, comma 2

Com'è evidente, qui la linea di demarcazione tra subordinazione e autonomia e, quindi, la definizione dell'ambito di applicazione del diritto del lavoro, viene definita legislativamente sulla base di un criterio essenzialmente formale relativo alle dimensioni e, dunque, al valore economico, del veicolo in possesso del lavoratore, con conseguente perdita di rilevanza di ogni altro elemento utile alla qualificazione, compreso quello – espressamente escluso – della mono committenza.

La scelta del Legislatore statutario che opta per escludere questa tipologia di rapporti dall'ambito di applicazione della tutele lavoristica intervenne con una soluzione *trachant* su di una complessa vicenda giurisprudenziale che sembrava orientata, non senza contraddizioni, a riconoscere la natura subordinata di questi lavoratori⁵²¹. La questione

ET). Seppure la nozione di subordinazione non è stata costituzionalizzata, dal riconoscimento della stessa derivano tutta una serie di conseguenze costituzionalmente rilevanti che devono essere tenute presenti dal Legislatore ordinario. In particolare, si continua, una volta che questo abbia positivamente definito i connotati tipici della subordinazione (art.1, comma 1 ET), eventuali successive esclusioni dovranno essere giustificate e ragionevoli, onde non incorrere in una violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 14 CE. A questo proposito, ritenendo che la titolarità di un veicolo di grandi dimensioni e la titolarità della autorizzazione amministrativa a cui si subordina lo svolgimento di attività di trasporto pubblico su strada costituiscano indizi sufficienti della natura non subordinata dell'attività svolta dal trasportatore, il TC esclude che la previsione della lett. g, comma 3 dell'art. 1 possa essere interpretata come una ipotesi di "deslaborización" dal momento che si riferisce ad attività per sua natura certamente autonoma. Per un commento, BAYLOS A., *La "huida" del derecho ...*, op. cit., p. 44; GARCÍA MURCIA J., *Los transportistas de mercancías*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras ...*, op. cit., pp. 136 e ss. A proposito dei limiti (costituzionali) al processo di tendenziale "deslaborización", anche, DEL REY GUANTER S., *Desregulación, juridificación y ...*, op. cit., spec. pp. 17 e ss. importante pure la STC 22 luglio 1999, n. 140 nella quale si chiarisce che costituisce diritto fondamentale del lavoratore poter ricorrere all'autorità giudiziaria per vedere accertata l'esistenza di un contratto di lavoro.

⁵²¹ Analogo è stato, in Spagna, il caso degli agenti di commercio (l. 27 maggio 1992, n. 12 sul contratto d'agenzia), ovvero degli agenti assicuratori (l. 17 luglio 2006, n. 26). Sulla questione, anch'essa assai dibattuta in dottrina, relativa della regolazione del contratto di agenzia e sulle esclusioni operate dalla l. n. 12/1992, si rinvia a LOPÉZ MORA F., *La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral. A proposito de la ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia*, Tribuna Social, 1993, n. 28 pp. 20 e ss. (ma ora l. 17 luglio 2006, n. 26); GARCÍA PIQUERAS M., *Reflexiones sobre el contrato de agentes de seguros privados. En la umbría de las zonas grises*, TL, 1994, n. 30. Altra forma di "deslaborización" è quella realizzata in materia di volontariato (l. 15 gennaio 1996, n. 6, sul punto, ALONSO OLEA M., *Reflexiones actuales del trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación ...*, op. cit., pp. 15 e ss.) ovvero in materia di "becas para la formación". Più in generale, per una ricostruzione in chiave storica del processo di delimitazione delle frontiere del diritto del lavoro, nello stesso volume, CRUZ VILLALÓN J., *El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado...*, op. cit., pp. 169 e ss. Per una ricostruzione generale degli ambiti in cui si manifesta nell'attualità il problema della delimitazione del campo di applicazione del diritto del lavoro, DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO M., *Los difusos contornos ...*, op. cit.; ERMIDA URIARTE Ó., HERNÁNDEZ ÁLVAREZ Ó., *Crítica de la subordinación*, REDT, 2003, n. 116, pp. 167 e

aveva preso le mosse a partire dalla oramai famosa sentenza sui c.d. “mensajeros” (lavoratori incaricati del trasporto di plichi di modeste dimensioni che svolgevano la loro attività con l’ausilio di un ciclomotore in loro proprietà).

Invertendo un’impostazione sostanzialmente contraria al riconoscimento della natura subordinata dell’attività di questi lavoratori, la Corte di Cassazione spagnola, nella citata sentenza del 26 febbraio 1986 (RJ 834), considerò che il mero apporto del mezzo di trasporto da parte del lavoratore – c.d. “mensajeros” o *pony express* (con conseguente accollo da parte del lavoratore delle spese di mantenimento dello stesso) non potesse essere considerato indizio di per sé sufficiente a escludere la prevalenza dell’apporto di lavoro personale e dunque a decidere della riconduzione del rapporto all’interno della categoria dell’autonomia⁵²².

A partire da questa sentenza, si andò stabilizzando in giurisprudenza, l’utilizzo, quale criterio interpretativo utile per decidere la questione dell’inquadramento giuridico del rapporto, dell’elemento della rilevanza economica del veicolo in relazione al lavoro personale “de modo que cuando era superior por la envergadura y coste del vehículo, o por su capacidad para realizar una actividad empresarial autónoma, la relación se entendía como de transporte y quedaba, en consecuencia excluida del ordenamiento laboral y por ende, del conocimiento de la jurisdicción social”⁵²³.

È a questo punto che si inserisce l’intervento legislativo del 1994, che al di là e nonostante il riconoscimento della conformità alla

ss.; VALDÉS DAL-RÉ F., *Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un dialogo en divergencia*, RL, 1994, II, pp. 36 e ss.

⁵²² Evidente il parallelismo con il caso italiano dei c.d. “pony express”, relativo alla problematica qualificazione giuridica dell’attività di trasporto di plichi di modeste dimensioni prestata con l’ausilio di ciclomotori in proprietà del lavoratore che all’esito di una altrettanto complessa vicenda giurisprudenziale, in Italia, sono stati esclusi dall’ambito di applicazione del dritto del lavoro, proprio in quanto a differenza di quanto avveniva in Spagna con i “mensajeros”, veniva loro riconosciuta la possibilità di non rispondere alla chiamata. Ciò, a giudizio della giurisprudenza italiana prevalente, doveva considerarsi indice sufficiente – a detta della giurisprudenza prevalente – dell’assenza dell’elemento ritenuto essenziale ai fini della qualificazione come subordinata della prestazione. Cass. 10 luglio 1990, n. 7608, in DPL, 1991, pp. 2184; Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in DPL, 1991, p. 2184. Per un riepilogo della questione, GAETA L., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Utet, Torino, 1993, pp. 124 e ss. Si veda anche, ICHINO P., *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonomo o subordinata*, RIDL, 1987, II, pp. 26 e ss. il quale, nel commentare criticamente una sentenza del Pretore di Milano che, al fine di qualificare il rapporto del *pony express* come di lavoro subordinato utilizza esplicitamente tanto il metodo tipologico quanto il riferimento a dati della realtà economico-sociale, ripropone con forza la necessità di un ritorno al metodo sussuntivo che, nel caso di specie, avrebbe condotto alla qualificazione come autonomo dello specifico rapporto di lavoro in commento.

⁵²³ STC n. 227/1998 cit.

Costituzione dello stesso, non può che essere letto nell'ottica (se non di una vera e propria contrazione per via legislativa delle frontiere di applicazione del diritto del lavoro, quanto meno) della tendenza ad irrigidire i criteri di qualificazione della subordinazione. A ulteriore conferma di ciò, occorre spendere ancora qualche parola sulla disposizione in commento.

In realtà, la nuova lett. g) dell'art. 1 ET prima di disporre l'esclusione dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro dell'attività di trasporto esercitata da soggetti titolari del veicolo e della relativa autorizzazione amministrativa, si apre con un'affermazione dal carattere per certi versi pleonastico. Si legge infatti che l'esclusione riguarderà "en general", "todo trabajo que se efectúe en desarrollo de actividad distinta de la que define el apartado 1 de este artículo". In altre parole, il Legislatore statutario dopo aver indicato i caratteri tipici della subordinazione, i rapporti rientranti nell'ambito delle relazioni di lavoro speciali ed i rapporti esclusi dall'ambito di applicazione delle tutele lavoristiche, chiude il cerchio affermando, forse innecessariamente, che in via generale, qualunque altra relazione che non presenti i connotati essenziali della subordinazione di cui al comma 1, dovrà considerarsi esulante dall'applicazione della disciplina statutaria.

Nel tentativo di assegnare alla disposizione un qualche effetto precettivo, una parte della dottrina sembra orientata ad interpretarlo come una ulteriore conferma della oramai scarsa rilevanza pratica del riconoscimento della presunzione di subordinazione regolata all'art. 8, comma 1 ET. In particolare, si sostiene che l'interpretazione sistematica di entrambi i precetti porterebbe a confermare il recupero da parte della disciplina del proprio originario ambito di applicazione, "dejando de ser el contrato laboral «el prototipo de acuerdo para el intercambio de servicio»"⁵²⁴ e arginando "la tradicional y desmesurada tendencia expansiva del Derecho Laboral"⁵²⁵. La riconduzione del meccanismo qualificatorio alla necessaria previa rigorosa verifica della sussistenza di tutti gli elementi tipici della subordinazione, unita all'affermazione della non riconducibilità nell'area del diritto del lavoro di tutti quei rapporti che non presentino quegli stessi elementi tipici, porterebbe insomma secondo questa dottrina a riconoscere "la virtualidad del art. 8.1 ET ..., como reductor del carácter *pro operario* del proceso laboral en lo relativo a la prueba de existencia del contrato de trabajo".

⁵²⁴ Cfr. AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo ...*, op. cit., p. 228.

⁵²⁵ AA.VV., *Estructura del contrato de trabajo ...*, op. cit., pp. 229-30; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *La presunción de existencia del contrato ...*, op. cit., p. 230 che scrive che in questo modo, "el legislador recupera el control del ámbito de regulación de su propia normativa, determinándolo estrictamente sobre la base de una definición legal, bien estructurada y sin posibilidad de ampliaciones a costa de supuestos no claramente laborales".

VI. – Il processo di progressiva “emancipazione” del dibattito sul ruolo del contratto individuale nel diritto del lavoro.

L'ipotesi che fin qui si è inteso verificare è stata quella relativa all'esistenza di una stretta relazione di interdipendenza tra una determinata diagnosi della crisi del diritto del lavoro (intesa come problema di *obsolescenza* della propria strumentazione giuridica e concettuale) e le soluzioni di volta in volta sperimentate per uscire dalla stessa. Si è visto, in particolare, in che misura le accuse di *rigidità* (nel senso di un'eccessiva uniformità) e di *ipertrofia* (nel senso di una regolazione che si rivela sostanzialmente disattenta alle reali necessità di un'economia in trasformazione) hanno portato da un lato, alla “interiorizzazione” di una nozione quantomeno parziale e strumentale di flessibilità (intesa restrittivamente come necessità di sostanziale contenimento della funzione propriamente tutelare del diritto del lavoro, in funzione della liberazione di spazi di espressione ai poteri organizzativi, direttivi e gestionali del datore di lavoro)⁵²⁶ e dall'altro, all'utilizzo della stessa quale sorta di “formula magica” capace di per sé di dare soluzione all'esigenza di “razionalizzazione” della disciplina lavoristica e, dunque, di *modernità*⁵²⁷.

Nel cercare di delineare poi i contenuti e le direzioni impresse alla flessibilizzazione sperimentata dal diritto del lavoro italiano e spagnolo – sia pure con le proprie specifiche peculiarità - si è visto come ed in che misura essa si sia tradotta in un più o meno marcato recupero del contratto quale strumento di manifestazione dell'autonomia negoziale delle parti del rapporto di lavoro. La contrazione della tendenza propria del diritto del lavoro ad espandere il proprio campo soggettivo di applicazione anche a figure di lavoratori limitrofe a quella assunta come prototipica si è svolta tanto nel senso di un sostanziale recupero della funzione della dichiarazione negoziale (e dunque del contratto) a fini qualificatori - con conseguente svalutazione della “presunzione” di esistenza della subordinazione -, quanto nel senso di una progressiva

⁵²⁶ In questo senso si distingue tra una flessibilità intesa come “la capacità del lavoratore di comprendere, seguire ed anche promuovere l'innovazione; [la quale] comporta un lavoratore che sappia modificare il proprio lavoro in relazione alle innovazioni continuamente introdotte nel prodotto o nel processo”, ovvero di “un lavoratore che ha un buon patrimonio professionale teorico-pratico e, soprattutto, critico che gli consente ... di avere l'intelligenza dell'intero processo produttivo o almeno di un segmento significativo dello stesso” e una flessibilità che “è sinonimo di precarietà, di libertà dell'imprenditore di assumere, licenziare, variare l'orario di lavoro e le mansioni”. GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 139 e ss.

⁵²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Flexibilidad, juridificación y desregulación*, RL, 1987, n. 10, pp. 28 e ss.

“fuga dal lavoro subordinato”, di cui si sono resi protagonisti i soggetti della relazione contrattuale e lo stesso Legislatore⁵²⁸.

L'autonomia privata è stata poi valorizzata, più o meno direttamente, dalla diversificazione delle porte d'accesso al lavoro e della disciplina collegata a ciascuna di esse che ha permesso alle parti del rapporto (*rectius*: al datore di lavoro) una più ampia possibilità di *scelta* (quando non anche di parti importanti della regolazione – durata del contratto a termine a-causale, quantomeno) del modello negoziale più confacente alle specifiche esigenze organizzative e produttive dell'impresa. L'introduzione di tipologie di lavoro flessibile ha seguito, in Spagna ed in Italia, percorsi in parte differenti, soprattutto per quanto riguarda il diverso coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. Nell'uno e nell'altro caso, comunque, l'allargamento del ventaglio delle modalità contrattuali ha importato un indiscutibile ampliamento delle possibilità di espressione dell'autonomia individuale.

Tenendo presente quanto fin qui esposto, occorre adesso fare un ulteriore passo in avanti nella comprensione e nell'analisi delle caratteristiche e delle ragioni poste a fondamento delle attuali opzioni neo-contrattualistiche. L'attenzione verrà adesso focalizzata su di un aspetto peculiare che sembra caratterizzare il dibattito più recente sul ruolo dell'autonomia e del contratto individuali nel diritto del lavoro. Si fa riferimento al già accennato processo di relativa astrazione/emancipazione del discorso neo-volontaristico dai presupposti ai quali era rimasto più o meno apertamente vincolato ovvero dai quali aveva preso le mosse.

È vero, infatti, che il moderno discorso sul ruolo del contratto individuale nel diritto del lavoro ha ad oggetto questioni complesse che più nulla hanno a che vedere con quelle che tanto spazio avevano occupato nel dibattito giuslavoristico fin oltre gli anni '60 relative alla contrattualità o meno del rapporto di lavoro (*rectius*: all'origine ed al fondamento contrattuale del rapporto di lavoro e delle posizioni giuridiche da esso derivanti). Il problema, in altri termini, ha cessato da tempo di concernere l'idoneità o meno dello schema contrattuale a contenere ed a rappresentare adeguatamente l'articolato delle posizioni giuridiche ed il complesso degli interessi nascenti dal rapporto di lavoro. Si tratta ora, invece, di verificare la congruità, la razionalità e la sostenibilità di un diritto del lavoro costruitosi storicamente su meccanismi tesi alla sostanziale svalutazione della rilevanza dell'autonomia privata e, dunque, su di un modello di intervento eteronomo fortemente invasivo delle possibilità di espressione della

⁵²⁸ Sul punto, anche per ulteriori esempi di “deslaborización” nel diritto del lavoro italiano, SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro ...*, op. cit., pp. 95 e ss.

stessa attraverso il contratto individuale⁵²⁹; si tratta, in altri termini, di valutare l'opportunità/necessità di una redistribuzione di potere normativo tra le diverse "fonti" del diritto del lavoro nel contesto del rinnovato quadro culturale ed ideologico di riferimento⁵³⁰. È questo il senso della forte interconnessione esistente tra rivalutazione del contratto come titolo da quale si genera il vincolo e come fonte della disciplina applicabile, e riscoperta della centralità dell'autonomia della volontà anche nel diritto del lavoro.

Allo stesso tempo, quello sull'autonomia individuale è un dibattito che, come si cercherà di evidenziare, tende a svincolarsi anche da quelle stesse problematiche che ne avevano stimolato l'emersione (crisi economica ed occupazionale degli anni '70 e '80, ristrutturazione, riconversione industriale, processo di integrazione europea, etc.), per assumere una dimensione quasi meta-storica, di valore. Si è visto, infatti, come il discorso sulla necessità di un sostanziale rinnovamento di un diritto del lavoro che, superata la fase dell'emergenza e della crisi, cerca di tirare le file delle trasformazioni intervenute onde verificare la direzione da seguire, si sviluppa come necessità storicamente determinata di una razionalizzazione degli interventi, in funzione dell'esigenza di dare risposte giuridiche adeguate alla complessivizzazione del panorama economico e sociale post-industriale e globalizzato⁵³¹. Si è visto anche come la critica generalmente condivisa dalla quale muovere per ridisegnare il diritto del lavoro del futuro è quella di una disciplina sottoposta ad un processo di giuridificazione ipertrofico che ne inficia la

⁵²⁹ PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *La fundación y la refundación del Derecho del Trabajo*, RL, n. 13, 2000, pp. 23 e ss.

⁵³⁰ Da sempre il regno dell'autonomia individuale è stato il contratto, strumento privilegiato della sua manifestazione e espressione concreta; non stupisce dunque che la rivendicazione del recupero del ruolo dell'autonomia individuale si accompagni in primo luogo ed essenzialmente alla proposta di un più o meno radicale "ritorno al contratto" (individuale), come strumento di determinazione e regolazione delle condizioni di lavoro, la cui centralità sarebbe stata negata da una stratificazione alluvionale di interventi normativi eteronomi, tanto legali quanto contrattuali collettivi. BLASCO PELLICER A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, 1995, p. 193. L'intensità e la radicalità dell'attuale fase di trasformazione è stata assimilata alla situazione in cui il venticinquenne Lodovico Barassi scriveva *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. ROMAGNOLI U., «*Il contratto di lavoro*» ..., op. cit. p. 49, il quale scrive "stiamo uscendo dall'età industriale nella stessa misura in cui la generazione di Barassi vi entrò: ci sentiamo impreparati, culturalmente disarmati e spaesati; insomma, ne stiamo uscendo a casaccio". In moderato disaccordo, MAZZOTTA O., *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del ...*, op. cit., p. 310.

⁵³¹ GONZÁLES-POSADA MARTÍNEZ E., *El trabajo y la forma jurídica*, RL, n. 10, 2003, p. 43 distingue tra *internazionalizzazione* dei mercati che inizia già a partire dal XIX secolo fino alla IGM ma sotto lo stretto controllo degli Stati-Nazione, *mondializzazione* che si sviluppa a partire dalla 2GM fino agli anni '70 e che vede come protagoniste l'impresa multinazionale che agisce su base mondiale impiantando attività e fasi di produzione a seconda dei maggiori o minori vantaggi offerti da ciascun paese, e *Globalizzazione* iniziata negli anni '80 come sviluppo della mondializzazione.

funzionalità e che si dimostra sostanzialmente indifferente alle reali necessità ed aspirazioni di imprese e lavoratori inseriti in un contesto socio-economico profondamente cambiato.

Occorrerà ora dar conto di come nel momento stesso in cui si consolida la convinzione che l'operazione di *ammodernamento* del diritto del lavoro debba passare necessariamente e soprattutto da una sostanziale e sostanziosa operazione di flessibilizzazione della disciplina e delle fonti di regolazione (e dunque, in certa misura, da un altrettanto sostanziale valorizzazione delle scelte individuali che si esprimono attraverso il contratto), il discorso sul ruolo dell'autonomia individuale tende ad astrarsi da una realtà socio-economica concreta e storicamente determinata, per arrivare a presentarsi spesso come valore in sé, come astratto parametro di riferimento e legittimazione di ogni rinnovamento contenutistico e metodologico della disciplina. Autonomia individuale e contratto vengono spesso percepiti in questa prospettiva come le nuove stelle polari del diritto del lavoro da ri-progettare, il punto di partenza imprescindibile per un ripensamento profondo della strumentazione, dei fondamenti, delle funzioni da assegnare alla disciplina lavoristica del XXI secolo⁵³².

Le pagine che seguono verranno in gran parte dedicate a giustificare questa affermazione. Per farlo è parso imprescindibile contestualizzare questa sorta di deriva verso un certo grado di "autoreferenzialità" ed "autosufficienza" del dibattito sul recupero dell'autonomia privata, nell'ambito del generale rinnovamento del quadro di valori politici, ideologici e culturali di riferimento che ha interessato l'Europa (e non solo) nel corso degli ultimi 20 anni. Ciò che si intende dire è che al di là ed a prescindere dalla sussistenza o meno di effettive concrete esigenze (sociali ed economiche) di ri-valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro (e non solo⁵³³), il

⁵³² Parla della trasformazione del concetto di flessibilità da "stigma", a male necessario a vera e propria ideologia, CARUSO B., *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 22/2004, disponibile sul sito internet www.unict.it, poi pubblicato in CARUSO B., FUCHS M. (a cura di), *Labour Law and Flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*, Nomos, 2004, tradotto ed adattato nel già citato saggio *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 501 e ss.

⁵³³ Anche la civilistica sembra essere stata investita da un generoso processo di "ritorno" all'autonomia privata ed al contratto. Lo segnalano criticamente, tra gli altri, GALGANO F., *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 669 e ss.; ID., *Il contratto nella società post-industriale*, in AA. VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*. Congresso dei civilisti italiani. Venezia 23-26 giugno 1989, Cedam, Padova, 1991, pp. 339 e ss. DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, RCDP, 1995, pp. 5 e ss. SOMMA A., *Autonomia privata*, RDC, 2000, II, pp. 597 e ss. il quale ultimo segnala che si tratta di una tendenza che interessa gran parte dell'ordinamento giuridico (e non solo l'ambito del diritto civile), conseguenza di un'economia che da un lato, si articola sempre più a livello

dibattito sul recupero della prospettiva individuale si spiega anche e soprattutto in relazione alla progressiva penetrazione nella cultura giuridica europea di una nuova prospettiva liberale (e/o liberista)⁵³⁴ che informa di sé l'intero ordinamento e la società tutta⁵³⁵.

Solo tenendo ben presente questo elemento di tipo più propriamente politico-ideologico, infatti, si ritiene sia possibile comprendere compiutamente, contestualizzandola, la direzione che a partire da questo momento viene impressa – sia pure in forme e intensità diverse a seconda del contesto nazionale – al diritto del lavoro in Europa. Solo così sarà possibile cogliere compiutamente, all'interno di posizioni dottrinali apparentemente pure molto distanti l'una dall'altra, una sostanziale adesione ad una sorta di “fondamento unico comune” che muove o presuppone la necessità di una rivalutazione del contratto individuale quale strumento privilegiato di manifestazione di un'astratta (e formale?) libertà. Si tratta infatti di una prospettiva che dà conto della effettiva portata di un movimento che travalica i confini dello Stato e del diritto, per informare di sé tutta la società, di cui quest'ultimo – il diritto - in certa misura è solo un riflesso. Proprio il processo di crescente colpevolizzazione della disciplina lavoristica rispetto al cattivo andamento di occupazione ed economia, nonché l'importanza strategica attribuita alla sua modernizzazione e, più in generale, agli effetti derivanti dalla revisione della normativa in materia, permette di

metanazionale – in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi – e dall'altro, è interessata da processi di trasformazione continua - il che impone sistemi di regolazione capaci di realizzare un rapido adattamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi – (p. 343).

⁵³⁴ Per la permanente utilità di tale distinzione (liberale/liberista), DEL PUNTA R., *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, RIDL, 2002, I, p. 402 e bibliografia ivi contenuta che si interroga, in questo saggio, su quali “potranno essere i valori di riferimento del diritto del lavoro che verrà”. Per una critica all'ideologia di stampo “neo-liberale”, tra gli altri, ALONSO L. E., *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999; ANISI D., *Creadores de escasez. ...*, op. cit.; DE SEBASTIÁN L., *Neoliberalismo global. Apuntes críticos de economía internacional*, Trotta, Madrid, 1997; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; NAVARRO V., *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona, 2000; ABASCAL G., *Neoliberalismo y servicios públicos*, RDS, n. 16, 2001, p. 221; BILBAO A., *La economía como norma social*, CRL, n. 16, 2000, p. 37; DE FRANCESCO A., *El “mundo feliz” del liberalismo*, CRL, n. 16, 2000, p. 77; FAIRCLOUGH N., *Representaciones del cambio en el discurso neoliberal*, CRL, n. 16, 2000, p. 13; FREEDLAND M., *La tutela del lavoratore nel contratto di lavoro e nel mercato*, in DML, n. 3, 2000, p. 555; MARTÍNEZ LUCIO M., *Legitimar el mercado: el neoliberalismo y el “juego” de la integración monetaria europea en España*, CRL, n. 2, 2002, p. 385.

⁵³⁵ In tal senso, anche, SPEZIALE V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali ...*, op. cit., pp. 36-37, il quale dopo aver ribadito che “i mutamenti organizzativi e produttivi delle imprese hanno svolto (e svolgono) un ruolo fondamentale” nell'introduzione della flessibilità nel diritto del lavoro, afferma come “In realtà, la diffusione dei contratti “non standard” è una diretta conseguenza anche dell'idea (ma forse sarebbe più corretta definirla ideologia) della flessibilità che costituisce da tempo il “pensiero unico” europeo per la disciplina del mercato del lavoro”.

comprendere il perché diventa adesso più che mai imprescindibile per il giuslavorista svolgere la propria un'analisi anche nel senso di sviscerare le politiche del diritto sottese⁵³⁶.

A questo proposito, è bene avvertire che nel tentativo di dar conto di come, a fronte delle sfide lanciate dalla crisi economica e dalla crisi di legittimazione a cui viene sottoposto il diritto del lavoro del '900, questo reagisce elaborando una pluralità di risposte (sul piano legislativo, giurisprudenziale e dottrinale) che, nel complesso, finiscono per generare una certa rivalutazione della funzione e del ruolo del contratto individuale di lavoro, si è stati costretti ad una selezione dei materiali normativi e delle direzioni in cui questa rivalutazione si è prodotta. Il recupero della prospettiva individuale è un fenomeno che, anche nell'ambito del solo settore giuridico lavoristico, assurge a dimensioni ben più importanti rispetto a quelle fin qui descritte e si manifesta in una pluralità di campi tali da essere difficilmente riconducibile ad una trattazione lineare ed organica.

E così, è rimasta fuori dalla nostra considerazione un'altra fondamentale prospettiva della tendenza al recupero del ruolo dell'autonomia privata individuale: quella che si manifesta in relazione alla capacità di incidenza ed ai prodotti di quella collettiva. Si fa riferimento al fenomeno denominato di decollettivizzazione/individualizzazione dei rapporti di lavoro, che muove dall'esigenza (vera o presunta) di ri-pensare il diritto del lavoro fornendo soluzioni di sistema più favorevoli alla prevalenza dell'autonomia individuale quantomeno in tutti i casi di possibile conflitto tra questa e l'autonomia collettiva⁵³⁷.

⁵³⁶ “Si parla politicamente di diritto del lavoro, in altri termini, perché sul diritto del lavoro la politica sembra vieppiù riporre messianiche aspettative, sovraccaricandolo di compiti che, peraltro, esso è solo parzialmente in grado di assolvere”. Cfr. LO FARO A., *Così fan tutti? Politica e politica del diritto ...*, op. cit., p. 507.

⁵³⁷ Si tratta di una tendenza, quella alla decollettivizzazione del diritto del lavoro, di carattere generalizzato nel panorama europeo, sia pure con intensità affatto diverse. Sul punto, ESCUDERO E., BERCUSSON B., BLANC JOUVAN X., WEYAND J., *Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuale?*, LD, 1987, p. 537 e ss.; HEPPLER B., *La armonización de los sistemas laborales en los países miembros de la Comunidad Europea*, Economía y sociología del trabajo, 1989, pp. 213 e ss.; CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización de las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monografico), pp. 135 e ss.; CONDE MARTÍN DE HUJAS V., *Autonomía individual: alternativa al desarrollo*, ivi, pp. 76 e ss. Sulla tendenza all'individualizzazione degli aspetti salariali, in Italia, TOSI P., *Zone di contrattazione individuale della retribuzione*, in AA.VV., *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 247 e ss. D'ANTONA M., *Variabili normative condizionanti le alternative fra contrattazione collettiva e individuale*, in CARINCI F. (a cura di), *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 42 e ss. Per un riepilogo del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema, anche, GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro ...*, op. cit., pp. 263 e ss.; NICCOLAI A., *Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale*, LD, 1998, pp. 345 e ss. Sul presupposto che l'individualizzazione del salario costituisca espressione di reale autodeterminazione di

Fermo restando queste precisazioni, come anticipato si procederà ora alla verifica dell'accennato fenomeno della progressiva autonomizzazione del discorso neo-contrattualista, neo-volontaristica

un lavoratore oramai emancipato dallo stato di bisogno e, più in generale, “di un sistema retributivo realmente partecipativo”, l’A. critica la “logica vetero sindacale meramente acquisitiva e non realmente partecipativa insita nella “tendenza alla ricompattazione delle diversità ed alla equa distribuzione fra i destinatari del «di più» strappato alle imprese” che informerebbe l’azione sindacale in materia di flessibilizzazione del salario. Nello stesso senso, MARAZZA M., *La crisi dell’egualitarismo ...*, op. cit., *passim*. Più in generale, sull’individualizzazione del diritto del lavoro italiano, D’ANTONA M., *Alla ricerca dell’autonomia individuale ...* op. cit., pp. 155 e ss. Particolarmente espressivo di tale fenomeno nell’ordinamento spagnolo è il fenomeno degli accordi individuali “in massa” o “in serie”, sostitutivi delle prescrizioni di un vigente contratto collettivo. Sul punto, GARCÍA-PERROTE I., *Contratación individual «in serie» e condotta antisindacale*, in D’ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 359 e ss. che parla, a tal proposito, di “unilateralità della idea di flessibilità o, il che è lo stesso, (di) sua proiezione unidirezionale”. BAYLOS GRAU A., *Sobre la decisión unilateral del empresario sustitutiva de la negociación colectiva. Comentario a la STC 107/2000, de 5 de mayo*, RDS, 2000, n. 10, pp. 131 e ss., ALONSO OLEA M., *La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo*, REDT, 1994, pp. 137 e ss. Effetti potenzialmente “decollettivizzanti” si producono anche in relazione ad un altro fenomeno che ha interessato il sistema spagnolo di contrattazione collettiva. Si fa riferimento alla crescente tensione che si è venuta alimentando tra i prodotti della contrattazione collettiva elaborati nell’ambito del quadro legale stabilito dal Titolo III dell’Estatuto de los Trabajadores – contratti collettivi c.d. “statutari”, e quelli che, in forme diverse, si producono al di fuori di questo – contratti collettivi “extrastatutari”. Si tratta di contratti collettivi che in quanto conclusi fuori dai requisiti di legittimazione e di composizione delle commissioni di negoziazione stabilite dalla legge, non possono godere della forza normativa e dell’efficacia soggettiva (generale) che l’ET spagnolo riconosce ai primi. Nella pratica si sono sviluppate strategie imprenditoriali volte alla conclusione di contratti collettivi extrastatutari poi successivamente ratificati dai singoli lavoratori tramite adesione individuale. Sul punto, CAMPS L. M., SALA T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Doc. Lab., 1987, n. 21. Un’ulteriore ipotesi di conflitto tra dimensione collettiva e dimensione individuale è rappresentata dalla vicenda legate alla questione delle c.d. clausole di “jubilación forzosa”. Sul punto, CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., *Organización del trabajo y autonomía ...*, op. cit., spec. pp. 13 e ss. Più in generale, sul fenomeno della decollettivizzazione del diritto del lavoro spagnolo, BLASCO PELLICER A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.; RODRÍGUEZ PIÑERO M., *Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21, (monografico sull’individualizzazione del diritto del lavoro), pp. 1 e ss.; LILLO E., *La individualización de las relaciones laborales desde el punto de vista sindical*, *ivi*, pp. 146 e ss.; DEL-REY GUANTER S., *Autonomía individual y autonomía colectiva ...*, op. cit., pp. 425 e ss.; OJEDA AVILÉS A., *Autonomía colectiva y autonomía ...*, op. cit., pp. 35 e ss. Sia pure in una prospettiva distinta, ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, CES, Madrid, 2000. Infine si segnala il tentativo, successivamente dichiarato contrario alla Costituzione, di escludere dal campo di applicazione dei contratti collettivi i lavoratori a termine, con la conseguenza di ritenere non applicabili le norme a protezione dei lavoratori *ivi* previste (sulla loro incostituzionalità in quanto contrari al principio di parità di trattamento ex art. 14 CE, SSTC 7 maggio 1987, n. 52; 22 luglio 1987, n. 136 - per un commento alle sentenze citate, BAYLOS A., *Trabajo temporal y no discriminación*, RL, 1987, n. 18, pp. 31 e ss.).

dalla matrice propriamente economicistica dalla quale aveva preso le mosse, ovvero, in altre parole si cercherà di evidenziare come, inizialmente stimolato da esigenze storicamente determinate di revisione/ammodernamento del sistema giuridico, il dibattito sul recupero del ruolo del contratto nel diritto del lavoro tenda vieppiù ad essere presentato *anche* come una questione di valore, indipendente cioè dalle esigenze dettate da un contesto socio-economico.

Questo processo di emancipazione appare ben rappresentato dalla scomposizione del dibattito in due prospettive apparentemente molto distanti l'una dall'altra – ma che, come si vedrà, presentano anche importanti punti di contatto – tese a giustificare la necessità del recupero del principio consensualistico e, più in particolare, del contratto quale strumento privilegiato di recupero di spazi di espressione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro.

VI. 1. – Il fondamento economicistico del “ritorno al contratto.

La prospettiva economicistica ovvero quella che muove dalla considerazione – non sempre totalmente avulsa da una certa dose di determinismo – delle esigenze dell'economia e del mercato come principale presupposto a partire dal quale riconsiderare la normativa posta a tutela del lavoro continua ad innervare profondamente il discorso relativo alla modernizzazione del diritto del lavoro. E così, una parte crescente del mondo giuridico e sociale continua a porre a fondamento della necessità di ulteriore revisione del diritto del lavoro in senso più favorevole all'autonomia individuale le esigenze vere e/o presunte di un mondo economico e produttivo in costante trasformazione e sottoposto ad una sempre più intensa competitività internazionale.

Si sostiene in particolare che il sistema regolativo continuerebbe ad essere caratterizzato da un eccesso di rigidità che, impedendo alle imprese un rapido ed efficace adattamento ai mutamenti repentini che si verificano nel mercato, ne frustano le esigenze di competitività imposte dalla globalizzazione dei mercati e si frappongono alle esigenze di razionalità ed efficienza della produzione⁵³⁸. L'eccesso di garantismo, ma anche il carattere episodico e contingente degli interventi⁵³⁹, si dice, produce un aggravamento del costo di lavoro che non sempre le imprese, specie se di piccole dimensioni, sono in grado di sopportare con conseguente espulsione dal mercato ed evidenti ripercussioni sui livelli

⁵³⁸ CONDE MARTÍN DE HIJAS V., *Autonomía individual: alternativa ...*, op. cit. pp. 90 e ss.

⁵³⁹ PISANI C., *Diritto del lavoro e ...*, op. cit., p. 611.

occupazionali⁵⁴⁰. Le garanzie poste a limitazione della mobilità (esterna) della forza lavoro, impedendo il *turn over* dei lavoratori nelle (sempre più scarse) occasioni di lavoro, restringono le possibilità occupazionali di inoccupati e disoccupati e danno luogo a fenomeni di competizione tra gli *insiders* e gli *outsiders* del mercato di lavoro; tra lavoratori (ingiustificatamente) *privilegiati* e lavoratori totalmente sprovvisti di tutela, con ciò contravvenendo ai principi costituzionali che impongono ai pubblici poteri di perseguire condizioni di uguaglianza sostanziale e, più in generale, di approntare tutela al lavoro in tutte le sue forme e manifestazioni⁵⁴¹. Allo stesso modo, l'eccessivo sostegno prestato alle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, attraverso normative di tipo promozionale, l'istituzionalizzazione della rappresentanza all'interno delle imprese, la selezione dei soggetti sindacali, avrebbe comportato una sempre maggiore complessivizzazione e burocratizzazione delle procedure di contrattazione, che non solo ne avrebbe massimizzato i costi, ma avrebbe finito per contrapporsi alle stesse reali esigenze e aspettative di datori e prestatori di lavoro⁵⁴².

Il "ritorno" al contratto viene dunque proposto e perseguito in quanto ritenuto strumento utile al duplice obiettivo di pervenire da un lato, all'introduzione di più consistenti dosi di flessibilità (*libertà*) nell'utilizzo e nell'organizzazione da parte delle imprese del fattore lavoro nell'ambito delle nuove strategie organizzative e produttive e, dall'altro, ad assicurare maggiore certezza nei rapporti giuridici,

⁵⁴⁰ Anche SUPPIEJ G., *Intervento*, in *Il Diritto del Lavoro oggi*, LD, n. 1, 2000, pp. 30 e ss. sferza una dura critica al processo di "frenesia legislativa" che burocratizza e inficia la certezza del diritto e compromette ogni possibilità di controllo sul sistema. Si veda anche VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi...*, op. cit., p. 829.

⁵⁴¹ ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, RIDL, 1994, I, pp. 399 e ss.; VALLEBONA A., *Incertezze e rimedi*, in VALLEBONA A., PERONE G. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 17 e ss.; BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, 2001, I, p. 283. Per l'applicazione della teoria *insiders/outsiders* anche alla contrapposizione lavoratori nazionali/extraeuropei ovvero normodotati/invalidi: ICHINO P., *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, ADL, 2006, n. 2 pp. 459 e ss. *Contra*, MARIUCCI L., *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 52/2005, disponibile sul sito internet: www.unict.it, e ora anche in LD, 2006, critica la considerazione del lavoratore solo nel mercato ovvero esclusivamente in termini di forza economica, SCARPELLI F., *Spunti per la tutela del lavoro nel rapporto: autonomia negoziale individuale e sostegno collettivo*, in AMATO F. (a cura di), *I destini del lavoro. autonomia e subordinazione nella società postfordista*, F. Angeli, Bologna, 1998, pp. 99 e ss. scrive a tal proposito, Cruz Villalón J., *En busca de la estabilidad perdida ...*, op. cit., p. 19: "En ciertas actividades el logro de la estabilidad de los unos [i lavoratori a termine] ha de verificarse incorporando también una mayor flexibilidad en las condiciones de los otros [lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato], que son los que se encuentran en posición de mayor fortaleza contractual".

⁵⁴² ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il ...*, op. cit.

necessaria all'efficienza dei traffici giuridici e rispondente ad un preminente valore di razionalità dell'ordinamento⁵⁴³.

In realtà, ciò che si propone sempre più spesso è una razionalizzazione degli interventi sostanzialmente coincidente con l'autoregolazione del mercato. La giustificazione (politica) di tali critiche si radica insomma nell'esigenza di coordinare (subordinare) la regolazione giuridica dello scambio tra lavoro e retribuzione con le ragioni ed il funzionamento dell'economia e del mercato⁵⁴⁴. L'obiettivo, a ben guardare non è tanto una riduzione quantitativa degli interventi, bensì un loro riorientamento qualitativo in senso più favorevole alle imprese ed alle esigenze economico-produttive e organizzative di queste. Parlare dunque di de-regolamentazione è quantomeno qui fuorviante nella misura in cui ciò che si propone è di ricalibrare l'intervento pubblico in funzione della centralità dell'impresa non solo quale agente economico e produttivo, ma anche e soprattutto in quanto punto di riferimento culturale e politico privilegiato⁵⁴⁵.

Solo in questo senso limitato, è possibile parlare di una certa astrazione, "emancipazione", del discorso sul rinnovamento del diritto del lavoro dalla previa considerazione del contesto sociale ed economico nel quale è destinato ad operare. Ciò che si intende dire è che non è infrequente la sensazione che queste impostazioni, più che il risultato di

⁵⁴³ VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, 1992, I, pp. 479 e ss.; ID, *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell'impresa: la barbarie del diritto*, MGL, 1995, pp. 790 e ss.; ID., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia italiana a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 825 e ss.; PISANI C., *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, RIDL, 2003, I, pp. 67 e ss.

⁵⁴⁴ Non a caso, sempre più frequenti sono gli inviti a verificare l'efficacia e l'efficienza regolativa delle norme attraverso gli strumenti offerti dall'analisi economica del diritto e, più in generale, con i risultati della scienza economica. Si veda il dibattito negli scritti di ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; ID, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, ADL, 2006, n. 2, pp. 454 e ss.; ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, RIDL, I, 1994, pp. 399 e ss.; LOI P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, pp. 547 e ss.; DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, pp. 3 e ss.; DEAKIN S. WILKINSON F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, p. 587.

⁵⁴⁵ SIMITIS S., *La giuridificazione dei ...* op. cit., p. 238 e ss. Il baricentro dell'intervento pubblico tende dunque a spostarsi dal temperamento dei costi sociali della crescita economica, al sostegno ai costi di transazione o di scambio commerciale. ALONSO L. E., *Trabajo y ciudadanía ...*, op. cit. Si tratterebbe di una tendenza favorita anche dal processo di integrazione europeo "che ha contribuito, almeno in parte, a far valere la tesi secondo la quale l'intervento pubblico non può sostituire le leggi del mercato nel ruolo di guida del processo economico, ma deve soltanto dettare le regole al mercato per garantire ad esso una maggiore efficienza e correttezza". SANTORO PASSARELLI G., *Rigidità e flessibilità nella disciplina del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto civile alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000, p. 164.

una ponderata valutazione della realtà socio-economica concreta, sembrano rispondere ad una determinata considerazione ideologica del valore preminente dell'impresa e dell'economia nella società moderna. In questo senso la giustificazione propriamente economicistica si combina e si confonde con una soggiacente giustificazione politico-ideologica.

Già le prime manifestazioni della legislazione sociale agli albori della prima industrializzazione avevano testimoniato, insieme alla crisi delle politiche liberali di *laissez faire*, il proposito dello Stato di intervenire nelle relazioni sociali ed economiche onde determinarne fini ed obiettivi e predisporre mezzi (innanzitutto giuridici) per il loro conseguimento; avevano cioè fatto emergere l'idea di uno Stato necessitato ad intervenire in funzione di mediazione degli interessi contrapposti, delle tensioni sociali e delle diseconomie prodotte dal processo di industrializzazione capitalistica in atto. Nel corso del secolo socialdemocratico appena trascorso, questo ruolo attivo e sempre più penetrante delle istituzioni pubbliche nell'economia e nella società si è andato consolidando, dando luogo ad un compromesso (c.d. patto keynesiano)⁵⁴⁶ che ha favorito il consolidamento del sistema capitalistico in un clima di (relativa) pacificazione sociale.

La prospettiva a cui si è fatto cenno, almeno nelle sue versioni più radicali, sembra in qualche modo smentire la linearità del processo storico evidenziato, ritenendo l'intervento (demercantilizzatore) dello Stato in funzione di mediazione dei contrapposti interessi sociali ed

⁵⁴⁶ Si tratta dell'accettazione da parte del lavoro della logica capitalistica del mercato quale meccanismo fondamentale di produzione e distribuzione della ricchezza in cambio di politiche di protezione sociale pubblica e democratizzazione economica e sociale del sistema. Attraverso la rinegoziazione a livello macro-economico degli effetti economici e dei costi sociali di una crescita economica di tipo capitalistico e l'elaborazione di interventi incisivi di politica sociale, lo Stato si assumeva il compito di creare le condizioni economiche e sociali che rendessero possibile, allo stesso tempo, la redditività del mercato e la riproduzione del sistema. La c.d. "società della sicurezza" cui dette luogo, era incentrata sul valore del lavoro quale porta di accesso ad una "cittadinanza sociale", garantita attraverso l'assunzione da parte dello Stato, e in generale delle istituzioni pubbliche, del compito di assicurare un complesso di diritti non solo civili e politici ma anche sociali ed economici, rimediando alle esternalità (in termini di costi sociali e disfunzioni operative) prodotte dal mercato. Il riconoscimento ed il coinvolgimento delle grandi organizzazioni di rappresentanza del lavoro e dell'impresa nella determinazione delle politiche economiche e sociali pubbliche (c.d. macro-corporativismo) assicurava d'altra parte la istituzionalizzazione del conflitto, giuridificato e normato dentro i parametri imposti dallo Stato e dunque mitigato nei suoi effetti più distruttivi. Prosperità e sviluppo del sistema economico e produttivo, piena occupazione, consenso sociale, miglioramenti costanti nelle condizioni di vita e di lavoro di quote crescenti di popolazione, affermazione dei diritti sociali, caratterizzarono il ventennio dorato dello Stato sociale, e crescita economica e incremento del benessere sembrava dovessero durare per sempre. In realtà, le contraddizioni insite nel sistema stesso erano latenti e non tardarono a manifestarsi. ALONSO L. E., *Trabajo y ciudadanía*, op. cit. Sul pensiero socialdemocratico, BERSTEIN S., *Los regímenes políticos del siglo XX. Para una historia política comparada del mundo contemporáneo*, Ariel, Barcellona, 2003.

economici sempre meno necessario e sempre più dannoso. Sempre più chiaramente sembra affermarsi la convinzione che il compito della costruzione dell'ordine politico, sociale ed economico, sottratto al dominio delle politiche pubbliche, debba essere rimesso direttamente ai privati, alla libera determinazione delle loro volontà individuali, affidato al libero gioco dell'iniziativa privata⁵⁴⁷. All'idea dello Stato come "organizzatore sociale"⁵⁴⁸, che interviene, coordina e dirige l'economia e la società, ovvero che media il conflitto e pacifica i rapporti sociali ed economici, sembra sostituirsi quella della necessità di uno Stato neutrale, minimo e assistenziale⁵⁴⁹, il cui compito è adesso quello di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi di autoregolazione⁵⁵⁰ e di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla libera espressione delle volontà individuali⁵⁵¹.

Ma il "ritorno" al contratto viene anche giustificato sulla base di una distinta e più innovativa prospettiva, alla quale verrà dedicato il paragrafo seguente.

⁵⁴⁷ Ne sia una conferma anche la sempre più frequente attribuzione del ruolo della formazione delle regole ad organismi sopranazionali, spesso considerabilmente svincolati ad un qualsiasi controllo democratico e dal radicamento con un territorio di riferimento, ovvero la rimessione del compito direttamente ai privati (*lex mercatoria*), che dà luogo ad un processo di privatizzazione dei meccanismi di riproduzione sociale e giuridica, la cui legittimazione viene individuata direttamente nelle trasformazioni avvenute nelle società e nelle economie contemporanee (globalizzazione dei mercati, integrazione economica e finanziaria su scala mondiale, perdita di centralità dello Stato Nazione soppiantato da istituzioni politiche ed economiche sovranazionali, etc.). Non solo la formazione delle regole, ma anche la loro interpretazione e applicazione diventa sempre più questione privata, come dimostra il ricorso sempre più massiccio ad organi di conciliazione e arbitrato. Ne risulta di conseguenza un progressivo scollamento delle regole da un sistema di valori democraticamente individuato e condiviso e formalizzato a livello costituzionale.

⁵⁴⁸ BAYLOS A., *Derecho del trabajo* ..., op. cit. p. 30.

⁵⁴⁹ R. NOZICK, *Anarchia Stato e Utopia. I fondamenti filosofici dello "stato minimo"*, Firenze, 1981.

⁵⁵⁰ Si è parlato a questo proposito di "pan-contrattualismo" (GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, Contratto e Impresa, 2000, p. 919) per intendere la tendenza che si registra ben oltre i confini della disciplina lavoristica per abbracciare l'intero diritto, alla contrattualizzazione del diritto, "come dimostra da un lato la generalizzazione del diritto europeo dei contratti (...), e dall'altro la privatizzazione di questo diritto contrattuale mediante l'iniziativa dottrinale (Unidroit, Commissione Lando)". Cfr. SPEZIALE V., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, RIDL, 2007, I. p. 437.

⁵⁵¹ In tal senso, ricostruiscono la questione anche CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo* ..., op. cit. p. 10. Altre volte, sorprendentemente, si arriva a sostenere che "nelle nostre ricche società la questione sociale sta diventando progressivamente sempre meno importante, se non altro perché coinvolge fasce sempre più limitate della popolazione attiva". GRECO P., *Una questione di carattere*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, p. 215.

VI. 2. – Le interrelazioni con la giustificazione sul piano etico e sociale.

Sempre più spesso e con sempre maggiore articolazione di argomentazioni il recupero del ruolo del contratto nel diritto del lavoro viene proposto anche partendo dalla necessità di rivedere, nel senso ancora una volta di aggiornare, la considerazione giuridica della posizione del lavoratore in un moderno sistema di diritto del lavoro.

E così, si sostiene che il “ritorno” al contratto quale veicolo privilegiato di espressione dell'autonomia del singolo debba essere perseguito sulla base della necessità, variamente esplicitata, di riaffermare il singolo nei confronti dello Stato, delle sue istituzioni tutelari e delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori che, in nome di vere o presunte esigenze protettive, avrebbero costruito, nel corso del tempo, un complesso di norme che, invece di proteggere il lavoratore, avrebbero finito per soffocarlo, impedendogli la realizzazione nel lavoro.

Attraverso l'imposizione di una disciplina tanto individuale quanto collettiva costruita sulla base di un lavoratore medio e astratto, si dice, si sarebbe dato vita un ordine giuridico autoritario e dispotico che avrebbe finito per sovrapporsi e dunque “contrapporsi alle autentiche aspirazioni ed esigenze del lavoratore in carne ed ossa, inducendo conformismo di comportamenti ed estraniamento del singolo rispetto alle proprie fondamentali istanze di vita”⁵⁵²; un diritto anonimo e massificato quello del lavoro, che, anche quando animato da buoni propositi, avrebbe finito per disconoscere le specificità del singolo⁵⁵³, per frustrarne le esigenze di affermazione della propria differenza, della propria identità, per “colonizzarne” il comportamento, costringendolo a conformarsi ai modelli di vita imposti, onde poter accedere alle tutele offerte dai meccanismi regolatori⁵⁵⁴. Il processo di pesante giuridificazione insomma avrebbe dato luogo ad una sorta di eterogenesi dei fini: avviato

⁵⁵² SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e ...*, op. cit., pp. 89 e ss. Si veda anche, D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117; CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización de las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), p. 126 e ss.

⁵⁵³ SIMITIS S., *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, DLRI, 1990, spec. pp. 765 e ss.

⁵⁵⁴ ORSI BATTAGLINI A., *Diritto amministrativo*, in MENGONI, PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, 1990, pp. 54 e ss. SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ...*, op. cit., pp. 89 e ss.

allo scopo di assicurare al lavoratore quel minimo di autodeterminazione (anche nel lavoro) indispensabile alla salvaguardia della propria dignità e libertà, avrebbe finito per sfociare in un fenomeno patologico di negazione aprioristica della rilevanza della volontà e della capacità di autodeterminazione del singolo.

In questo senso, l'istanza verso il recupero del ruolo dell'autonomia individuale muove essenzialmente dalla necessità di attribuire nuova centralità al lavoratore in quanto singolo, connotato da specifici bisogni ed aspirazioni che, si ritiene, non possono più essere rappresentati e tutelati adeguatamente da un diritto del lavoro standardizzato e massificato. L'individualizzazione è proposta, dunque, in primo luogo, come espressione delle esigenze di autodeterminazione nel lavoro, autodeterminazione "intesa come libertà di determinare e mantenere, nel rapporto di lavoro, la propria identità"⁵⁵⁵ e, dunque, la propria "differenza", impedita dalla massificazione e standardizzazione delle condizioni di lavoro imposte da un diritto eteronomo e collettivizzato. Ciò a cui si aspira è una maggiore partecipazione del lavoratore in quanto singolo alla determinazione del punto di incidenza del diritto del lavoro, tanto di fonte legale che collettiva, sulla propria autonomia decisionale ed esistenziale⁵⁵⁶.

Se il diritto del lavoro delle origini nasce come reazione alla concezione individualistica e formalistica del diritto civile in funzione della necessità di veder riconosciuta (e corretta) la sostanziale disuguaglianza di potere e libertà tra le parti del rapporto di lavoro, il "ritorno al contratto individuale" serve oggi dunque quale veicolo di espressione non di una disuguaglianza verticale (tra datore e prestatore di lavoro), bensì orizzontale, tra lavoratori; serve insomma a denunciare l'esistenza di una pluralità di interessi diversi quando non anche contrapposti tra appartenenti alla medesima *classe*⁵⁵⁷.

Nell'ambito di questa impostazione, le critiche al processo di giuridificazione non si spingono mai fino a proporre un intervento dello Stato meramente tecnocratico e neutrale, ovvero, peggio, il mero ritorno a strategie negoziali individuali ed al mercato quali strumenti regolativi esclusivi dei rapporti sociali ed economici. Semmai si propone una razionalizzazione degli interventi, una "individualizzazione" del diritto del lavoro che sia in grado di "riscoprire l'individuo" dentro la massa

⁵⁵⁵ D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e ...*, op. cit., pp. 120 e ss.

⁵⁵⁶ È quella che SUPLOT A., *Crítica del derecho del trabajo ...*, op. cit., p. 196 definisce "argomento sociale".

⁵⁵⁷ In tale senso, CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización del las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp. 402 e ss.; DUEÑAS HERRERO L. J., *¿Transgresión o transformación en el ...*, op. cit., p. 11.

informe dei lavoratori⁵⁵⁸ e, soprattutto, di arrestarsi là dove l'intervento protettivo rischia di trasformarsi in una struttura di dominio e oppressione⁵⁵⁹. Si propone cioè un ripensamento critico delle ragioni storiche che hanno portato all'esautorazione della *lex voluntatis* in favore della *voluntas legis*, tanto ai fini della qualificazione del rapporto, quanto a quelli della determinazione del contenuto del contratto, nonché l'utilizzo di tecniche regolative conformative della volontà negoziale che puntino all'utilizzo di meccanismi di incentivazione delle parti individuali verso comportamenti ritenuti preferibili, piuttosto che sull'imposizione autoritaria di obblighi imperativi di comportamento⁵⁶⁰.

Certo non manca una critica serrata degli sperperi dello Stato sociale, assistenziale e clientelare, nonché dell'uso improprio degli strumenti del diritto del lavoro in funzione dell'acquisizione e della gestione del consenso politico. Ma tali critiche vengono funzionalizzate all'esigenza di un recupero "della coerenza, dell'articolazione e della praticabilità" degli interventi legislativi stessi⁵⁶¹ e, più in generale, di una seria riflessione sull'identità e le funzioni del diritto del lavoro nell'attualità.

L'ammodernamento della disciplina lavoristica auspicato riguarda insomma una maggiore adesione e considerazione di questa alla crescente complessità dell'ambito nel quale è destinata ad operare, in modo tale da scongiurare semplicistiche assimilazioni tra situazioni che chiedono di conservare la propria differenza ovvero peggio, in una sorta di eterogenesi dei fini, la frustrazione degli interessi e delle aspirazioni dei propri destinatari. Ciò che si domanda si avvicina in modo più o meno sensibile all'auspicio dell'affermazione di una "nuova concezione dell'uguaglianza: da intendersi non solo come una neutralizzazione delle disparità di potere sociale (versione classica), ma come pari opportunità di scegliere e mantenere, nel rapporto di lavoro, la propria identità e, con essa, la propria differenza (versione postclassica)"⁵⁶².

⁵⁵⁸ D'ANTONA M., *Uguaglianze difficili*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, I, p. 165, parla di "(apparente) rivincita del *citoyen* di fronte ai fallimenti, veri o presunti, del diritto «tutelare» commisurato alla condizione concreta dell'*homme situé* (che nel nostro caso è rappresentato dall'idealtipo di lavoratore salariato)".

⁵⁵⁹ ORSI BATTAGLINI A., *Diritto amministrativo ...*, op. cit., pp. 55 e ss.

⁵⁶⁰ Sul punto si rinvia ancora a D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e ...*, op. cit., pp. 135 e ss. GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, DLRI, 1979, p. 362.

⁵⁶¹ DE LUCA TAMAJO R., *Garantismo legislativo e mediazione ...*, op. cit., pp. 1 e ss. e Id., *Statuto dei lavoratori e diritto del lavoro della crisi*, in DE LUCA TAMAJO R., CESSARI A. (a cura di), *Dal garantismo al controllo...*, op. cit., pp. 25 e ss.

⁵⁶² D'ANTONA M., *Alla ricerca dell'autonomia individuale ...*, op. cit., p. 156.

VI. 3. - Una differenziazione più apparente che reale

Si tratta, come è ovvio, di una dicotomia tra le diverse posizioni qui, oltre che semplificata, anche estremizzata ed esasperata al fine di renderne maggiormente visibili le caratteristiche di base. Essa, in realtà, non solo si articola in un'innumerabile quantità di posizioni intermedie, ma queste, a loro volta, risultano spesso il prodotto della combinazione di entrambe le linee critiche sopra accennate⁵⁶³. Ciò si spiega anche e soprattutto in ragione del fatto che, per quanto fortemente differenziate, per lo più, entrambe le linee critiche - e molte delle graduazioni intermedie - sembrano in un certo senso vivere simbioticamente, alimentandosi reciprocamente.

Un primo minimo comun denominatore tra le stesse sembra rintracciabile infatti nella medesima giustificazione sociale sulla quale entrambe fondano le proprie considerazioni critiche: quella dell'avvenuta *emancipazione* del lavoratore⁵⁶⁴. Dietro la rivendicazione di maggiore spazio all'autodeterminazione e, ancor più, dietro l'istanza di "ritorno" al contratto⁵⁶⁵, traspare, in modo più o meno esplicito, l'accattivante rappresentazione del lavoratore quale soggetto razionale e autoresponsabile, oramai cosciente di sé, delle proprie necessità ed aspirazioni, capace cioè di autodeterminarsi. Pur con intensità e per fini diversi, si finisce per proporre un'immagine del lavoratore quale soggetto capace di individuare autonomamente i propri bisogni ed i propri interessi e, nella seconda prospettiva sopra indicata, capace anche di perseguirli attraverso la manifestazione della propria volontà; una volontà libera da condizionamenti, che si è emancipata dallo stato di bisogno e di soggezione e che dunque è perfettamente in grado di stare sul mercato e contrattare le condizioni di prestazione del proprio

⁵⁶³ E così, ad esempio, nell'obiettivo di addivenire ad una "flessibilità autoregolata o promozionale della libertà contrattuale", si propone una revisione del rapporto tra le fonti regolatrici del rapporto di lavoro, "svincolando la funzione regolamentare dell'autonomia individuale dalla soggezione all'autonomia collettiva (e in definitiva, istaurando un rapporto non più dirigistico ma di concorrenza tra contratto collettivo e contratto individuale nella costruzione del regolamento del rapporto di lavoro)" allo scopo di assicurare che l'autonomia individuale divenga "lo strumento per realizzare non solo la flessibilità organizzativa e salariale del lavoro, ma anche l'autodeterminazione del lavoratore nei confronti dell'impresa e del sindacato" GHERA E., *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in AA.VV., *Studi sul lavoro, Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, pp. 503 e ss.

⁵⁶⁴ Lo segnala anche MAZZIOTTI F., *La riforma della flessibilità del lavoro*, DL, 2003, II, pp. 490 e ss.

⁵⁶⁵ A volte inteso come ritorno al contratto come disciplinato nell'ambito del Diritto Civile, BUSTOS PUECHE J. E., *Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil*, Doc. Lab., 1997, n. 52, pp. 93 e ss.

lavoro⁵⁶⁶. La prospettiva, per quanto aprioristica, si rivela indubbiamente affascinante.

Un altro aspetto per certi versi comune sembra sostanziarsi nella tendenza più o meno evidenziata da entrambe le impostazioni sopra accennate, a ritenere che l'impostazione "tradizionale" che ispirerebbe la legislazione lavoristica tenderebbe ad una omologazione e ad una burocratizzazione che finirebbe non solo per costituire intralcio all'efficienza economica, ma anche per imbrigliare le libertà personali del cittadino-lavoratore. Nel perseguimento di un mal interpretato principio di uguaglianza, il diritto del lavoro, in altri termini, si sarebbe reso colpevole di una indebita tendenza al livellamento ed alla omogenizzazione che avrebbe finito per disconoscere libertà, la differenza ed autodeterminazione individuale. Si avrà modo di ritornare sul punto, per il momento appare sufficiente avanzare l'ipotesi secondo la quale, almeno in alcuni casi, entrambe le linee critiche sopra accennate sembrano accomunate anche da una tendenza a contrapporre - nel senso di subordinare - il perseguimento dell'obiettivo dell'uguaglianza (sostanziale) con quello della libertà (formale?).

Infine, forzando ancora un poco l'interpretazione, si può arrivare a scorgere un ulteriore possibile punto di parziale contatto tra le due impostazioni. Oltre ad una maggiore considerazione delle capacità autoregolative del soggetto lavoratore (da favorire in un caso, da riconoscere nell'altro), entrambe le impostazioni sembrano accomunate da una sorta di più o meno velata pre-giuridicità dei punti di partenza dai quali muovono. Da un lato, si staglia, infatti, l'individuo-lavoratore, in quanto "persona" titolare di diritti inalienabili, sorta di attributo pre-giuridico della personalità umana da difendere, se del caso, non solo dall'arroganza della politica, bensì anche dal mercato⁵⁶⁷. Dall'altro, campeggia il mercato, anch'esso sempre più spesso rappresentato come fenomeno a-temporale, a-storico, "naturale". Gli uni e l'altro configurati, dunque, come entità che il diritto non crea, ma che si limita a riconoscere dall'esterno. Nella prospettiva del "ritorno al contratto" poi la rivalutazione dell'autonomia individuale sembra inglobare entrambi gli aspetti. Si prefigura, infatti, un individuo titolare di diritti inalienabili che opera in un mercato libero ed aperto al fine di soddisfare i propri interessi

⁵⁶⁶ BIAGI M., *Il futuro del contratto ...*, op. cit., p. 341.

⁵⁶⁷ Anche se in realtà si tratta di una "débil cultura de los derechos" in cui si acuisce quella tendenza propria della modernità a separare l'elemento tecnico-giuridico dalla sua dimensione morale che si esprime nei principi e nei valori sanciti costituzionalmente. In tal senso, OLIVAS E., *Desordenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO J., OLIVAS E., ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE A. (coord.), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dikynson, Madrid, 2007, pp. 492 e ss.

e di realizzare le proprie aspirazioni attraverso il libero esercizio della propria autonomia privata individuale⁵⁶⁸. Quest'ultima assurge così a valore primario, assoluto, rispetto al quale alla legge residuerebbe il compito di regolare solo quegli aspetti che i contraenti, per libera scelta, avessero scelto di rimetterle⁵⁶⁹.

Se dunque entrambe le prospettive del recupero del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale sembrano accomunate da fondamenti e presupposti assai meno differenziati di quanto a prima vista si potrebbe pensare, si crede che la crescente rilevanza che sta acquistando la prospettiva che muove dall'esigenza di una decolonizzazione del comportamento del lavoratore abbia contribuito, suo malgrado, proprio a quel processo di progressiva autoreferenzialità del dibattito sul recupero del ruolo del contratto individuale anche nel diritto del lavoro. Ciò che si intende dire è che la prospettiva dell'autodeterminazione, intesa come esigenza di emancipazione del lavoratore da quella posizione di soggezione e di bisogno in cui anche un diritto del lavoro paternalista e autoritario avrebbe contribuito a relegarlo, si è prestata ad alimentare una serie di equivoci e di fraintendimenti estremamente pericolosi che hanno alimentato quel processo di astrazione del discorso neo-volontaristica dalla verifica puntuale della sua concreta giustificazione sociale ed economica a cui si faceva cenno.

Nella misura in cui, la possibilità di autodeterminazione è stata intesa come implicita e presupposta in una altrettanto astratta rappresentazione del nuovo prototipo sociale di lavoratore, in quanto tale capace di identificare e perseguire i propri interessi attraverso la libera manifestazione della propria volontà, ciò ha finito per alimentare quella deriva più propriamente formalista/liberista della regolazione lavoristica⁵⁷⁰, riproponendo una concezione del lavoro che stenta ad

⁵⁶⁸ Si è parlato a tal proposito di un processo di costruzione dell'identità post-moderna autista, narcisista, individualista e "privata" che si contrappone e tende a sostituirsi all'idea di cittadinanza sociale e "totale" su cui si era fondato lo Stato sociale nel '900. Sul punto, RODRÍGUEZ VICTORIANO J. M., *La producción de la subjetividad en los tiempos del neoliberalismo: hacia un imaginario con capacidad de transformación social*, CRL, 2003, n. 1, pp. 89 e ss.

⁵⁶⁹ BARCELONA P., *Il contratto e l'economia globale*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000, p. 40.

⁵⁷⁰ Per le tendenze alla rivalutazione dell'autonomia privata anche nei diversi ambiti del diritto civile, del diritto societario e del diritto processuale, SOMMA A., *Autonomia privata*, RDC, 2000, II, pp. 597 e ss.; ID., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comprativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè, Milano, 2000, cui si rinvia anche per la bibliografia collegata. L'A. distingue tra le diverse concezioni del contratto nella storia giuridica. In particolare distingue tra: la concezione del "contratto come strumento di illimitata autonomia" che esalta la volontà delle parti come ragione del vincolo e come fonte degli effetti, tipica nella fasi della storia giuridica in cui prevalgono aperture verso le massime individualiste e verso il principio di autodeterminazione dei partecipanti al traffico giuridico e recentemente integrata con

svincolarsi da quella ambiguità che lo ha caratterizzato fin dalle sue prime manifestazioni in epoca liberale.

VI. 3. 2. - La riproposizione di una concezione ambivalente del lavoro.

Si riaffaccia insomma la contrapposizione tra lavoro come strumento di autorealizzazione e lavoro come fattore produttivo che, dopo aver segnato il passaggio all'Età Moderna, ha accompagnato tutta l'evoluzione successiva del sistema di produzione capitalistico; contrapposizione tra una concezione del lavoro come strumento di elevazione personale e sociale, come strumento di espressione privilegiata della propria individualità, delle proprie capacità e della propria creatività, ed un lavoro che, in quanto fattore produttivo, soggetto al meccanismo dei prezzi del mercato ed alle necessità di efficienza e razionalità della produzione, non è altro che una merce al pari delle altre e come tale viene trattata⁵⁷¹. Da un lato infatti, il lavoro, in quanto prodotto di scelte autonome e personali, viene aprioristicamente (cioè a prescindere dalle reali condizioni e caratteristiche dello stesso) concepito come strumento di autorealizzazione, di affermazione personale in campo economico e (dunque) in ambito sociale⁵⁷². Dall'altro però, celata dietro

costruzioni più attente al contesto socio-economico dell'operazione ("teoria del contratto come operazione economica", in cui però tale valorizzazione si dirige prevalentemente al profilo delle asimmetrie informative relative alla contrattazione; e disposizioni che si ispirano ai risultati della "Analisi economica del diritto" che, in quanto compatibile con l'intervento eteronomo, si avvicina invece al concetto di contratto come accordo), di cui si sarebbe fatta espressione soprattutto la dottrina che ricorre al diritto romano come base per l'unificazione del diritto dei contratti; e la concezione del contratto ricostruito intorno al tema dello scambio o al principio dell'affidamento, più attenta ai valori solidaristici e più incline ad ammettere interventi eteronomi volti ad integrare o ribaltare la dichiarazione negoziale, a cui sembra invece ispirarsi la prassi applicativa.

⁵⁷¹ Tanto che qualcuno, rispolverando concezioni che si credevano sostanzialmente superate, ritorna a rintracciare l'oggetto del contratto di lavoro nel "corpo" stesso del lavoratore, nel senso cioè che oggetto del contratto di lavoro sarebbe la messa a disposizione da parte del lavoratore del proprio corpo. SUPLOT A., *Critica del derecho del trabajo* ..., op. cit. Per una critica, GRANDI M., "Il lavoro non è una merce" ..., op. cit.; ma già, MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 431.

⁵⁷² ANTÓN A., *Introducción*, in ANTÓN A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000, pp. 21 che segnala come tuttavia negli ultimi decenni, il lavoro, inteso nel senso liberale di strumento di autorealizzazione, viene vieppiù considerato nella sua funzione strumentale, quale mezzo di ottenimento di status, potere e consumo.

l'insistenza sulla centralità del contratto e sull'autonomia individuale si riaffaccia la prospettiva della mercificazione del lavoro, un lavoro suscettibile, al pari di ogni altra merce, di valutazioni eminentemente economiche, separabile dalla persona che lo presta e liberamente scambiabile/somministrabile sul mercato⁵⁷³.

La "ri-formalizzazione del rapporto di lavoro"⁵⁷⁴ proposta, ricorda insomma la fase iniziale dello sviluppo del diritto del lavoro, quella del dominio dell'ideologia borghese, individualista, egualitarista e patrimonialista, che struttura lo Stato, la società e l'economia attraverso l'esaltazione del ruolo dell'autonomia individuale, della proprietà e del contratto, strumento privilegiato (se non esclusivo) di manifestazione della uguale libertà di tutti i cittadini. Da allora, tuttavia, è passato più di un secolo di storia, una storia convulsa, densa di avvenimenti, di trasformazioni, fatta di lotte operaie, di crisi economiche, di rivoluzioni tecnologiche, di dittature e di restaurate democrazie; vicende che, pur in forme diverse, hanno tutte contribuito a forgiare il diritto (e in primo luogo quello del lavoro) quale lo conosciamo oggi.

È evidente allora che questo "ritorno" all'autonomia individuale tradisce significati assai più complessi di un semplice recupero di ideologie e strumenti giuridici appartenenti ad un'epoca storica, economica, politica e culturale, tanto lontana, quanto definitivamente tramontata⁵⁷⁵. La definizione puntuale di tale significato è compito che forse può essere assolto adeguatamente solo con la "saggezza di poi" e comunque esorbita dalle intenzioni e dalle possibilità di questo lavoro. Ci si propone qui un obiettivo assai meno ambizioso.

Con la cautela che impone l'analisi di fenomeni non ancora chiaramente riconoscibili, né definitivamente consolidati, il Capitolo che segue sarà dedicato più semplicemente a verificare il grado di incidenza delle opzioni volte ad un più sostanziale recupero del ruolo dell'autonomia individuale tanto come strumento di razionalizzazione efficientistica della disciplina, quanto come strumento di autodeterminazione sul lato del lavoratore. Con ciò non solo si intende contestualizzare il proseguo dell'analisi nell'ambito delle ultime riforme intervenute nella disciplina, ma anche contribuire a verificare il grado di

⁵⁷³ GRANDI M., "Il lavoro non è una merce"..., op. cit., p. 568; PERULLI A., *Lavori atipici e parasubordinazione* ..., op. cit., p. 735.

⁵⁷⁴ SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1986, p. 238.

⁵⁷⁵ Scrive a tal proposito DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni* ..., op. cit., p. 5, "mentre nell'Ottocento il principio di libertà contrattuale si caricava di valenze e significati strettamente associati ad un *trend* democratico ed emancipatorio e ciò come effetto di trascinamento della idea di partecipazione politica, la moderna dottrina della libertà contrattuale si dimostra meno sensibile a tali valori e più preoccupata di difendere la libertà di poteri, anche forti, a fronte dell'invasione dei poteri dello Stato e/o di pubbliche autorità".

compenetrazione tra la giustificazione sul piano economico del recupero della prospettiva contrattualista e la sua legittimazione sul piano sociale.

**CAPITOLO TERZO: FORMALISMO E AUTODETERMINAZIONE
NELLA REGOLAZIONE DELL'ACCESSO AL LAVOR**

I. - La prospettiva dell'autodeterminazione via rinnovamento delle tecniche di regolazione. Ipotesi per la prosecuzione dell'indagine.

Nel corso del Capitolo precedente si è cercato di mettere in evidenza l'esistenza di una tendenza generale che informa l'ordinamento giuslavoristico alla rivalutazione del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale. Analizzando le trasformazioni intervenute nella disciplina di fonte legale, nonché nell'interpretazione ed applicazione della stessa sul fronte giurisprudenziale e dottrinale, si è cercato di sottolineare quanto meno gli ambiti e gli strumenti giuridici principali attraverso i quali questa rivalutazione si è variamente prodotta e tradotta in dato positivo.

Si è visto anche come questo processo di rinnovamento a cui è stato sottoposto il diritto del lavoro ha trovato, almeno inizialmente, una sua più o meno autosufficiente giustificazione sul piano eminentemente economico. Le trasformazioni intervenute nel sistema economico e produttivo hanno cioè costituito la prima importante e fondamentale giustificazione dell'iniziale riorientamento della disciplina nel senso del recupero del contratto individuale di lavoro. Il primordiale fondamento economicistica si è poi arricchito di nuovi presupposti che hanno contribuito ad alimentare la giustificazione della necessità del recupero del contratto anche come strumento di manifestazione della libertà e della differenza del lavoratore in quanto singolo, in polemica con un diritto del lavoro ritenuto eccessivamente uniformizzante e paternalista. Il ritorno al contratto individuale, cioè, è stato vieppiù proposto anche come una questione quasi etica, di affermazione di una nuova concezione dell'uguaglianza e, con essa, di una rinnovata considerazione della posizione del lavoratore nel rapporto e nel mercato del lavoro. Ciò ha contribuito a determinare una sorta di "assolutizzazione" del discorso neo-volontaristico che sempre più spesso sembra caratterizzarsi per una certa autoreferenzialità e pregiudizialità dei punti di partenza dai quali muove; un discorso cioè che tende a legittimarsi di per sé, a prescindere di una verifica in concreto dei presupposti e degli effetti sui quali si fonda e si giustifica, come si cercherà di dar conto.

Se è vero che quella verso il recupero del ruolo del contratto quale strumento di autodeterminazione/autorealizzazione del lavoratore è una tendenza che ha incominciato a manifestarsi soprattutto nel corso degli anni '80 e '90, si tratta ora di verificarne le ripercussioni anche nel diritto vigente. A questo obiettivo si dedicherà il Capitolo che qui si apre.

Dando oramai per superata la problematica relativa alla contrattualità o meno del rapporto di lavoro che tanta parte ha occupato nel dibattito sul diritto del lavoro fino agli anni '70 del secolo passato, l'analisi prescindere dunque anche dall'accertamento della funzionalità del contratto di lavoro quale fonte della disciplina applicabile al rapporto, per dirigersi più propriamente all'analisi delle potenzialità del contratto quale strumento di autodeterminazione del lavoratore in quanto singolo.

Ciò che si intende dire è che, al di là di una significativa apertura alle potenzialità regolative del contratto individuale e, dunque, al di là di una certa rivalutazione del contratto di lavoro “come procedimento consensuale mediante il quale i privati producono la regola tra di loro”⁵⁷⁶, la sua rivalutazione consegue anche, indirettamente, quale precipitato di un rinnovamento nelle tecniche di regolamentazione e nel punto di incidenza della disciplina giuslavoristica. Questa, in altre parole, sembra concentrarsi sempre più chiaramente (anche) sulla regolazione del momento contrattuale, elaborando tecniche promozionali e di controllo dell’autonomia privata individuale nella fase di stipulazione del contratto di lavoro di tipo più propriamente formale e procedurale che si affiancano e, in alcuni casi, sostituiscono le tradizionali tecniche regolative basate sulla posizione di limiti inderogabili al libero dispiegamento dell’autonomia individuale. Tecniche, se si vuole, orientate non tanto ad imporre (nel senso di sostituire alle) libere determinazioni delle parti, la disciplina inderogabile di legge o di contratto collettivo, quanto piuttosto volte a rimediare agli squilibri che contraddistinguono la contrattazione individuale nel sistema lavoristico. Tecniche infine maggiormente incentrate sui profili formali e procedurali di regolazione che hanno fatto parlare di una certa quale “ricoperta del formalismo” anche nel diritto del lavoro.

I. 1. – Autodeterminazione come informazione.

I. 1. 1. – Articolazione delle funzioni della forma negoziale vincolata.

Al fine di provare questa sorta di rinnovamento metodologico del diritto del lavoro, verranno presi in speciale considerazione due fenomeni distinti anche se, come si vedrà, intimamente relazionati. Il primo di essi è quello relativo alla generalizzazione dell’obbligo di forma scritta (variamente combinato con quello di contenuto minimo) per la stipulazione dei contratti di lavoro flessibili.

La crescente attenzione del Legislatore per la prescrizione di obblighi di forma relazionati con la conclusione di tali contratti, se per un verso esalta la centralità del momento contrattuale quale oggetto di regolazione specifico da parte del diritto del lavoro (e dunque in certa misura sposta il punto di incidenza dello stesso dal momento del rapporto a quello del contratto), per l’altro si caratterizza per un’importante - anche se non sempre patente, né univoca - trasformazione delle funzioni tradizionalmente assegnate alla forma vincolata in ambito giuslavoristico.

⁵⁷⁶ D’ANTONA M., *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in CARUSO B. SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 202.

La direzione impressa a questa trasformazione sembra appunto venir determinata in gran parte dalla necessità di escogitare nuove tecniche regolative funzionali ad assicurare un'adesione più consapevole - e dunque più responsabile - del lavoratore al progetto contrattuale predisposto dal datore di lavoro; una più attiva partecipazione alla definizione del contenuto e delle caratteristiche dello scambio negoziale che consenta al lavoratore un più elevato margine di autodeterminazione.

In questo senso, le prescrizioni di forma vincolata per la conclusione del contratto, combinandosi con una sempre più dettagliata specificazione del contenuto minimo dello stesso che il documento scritto deve incorporare, sembrano volte a agire sulla posizione contrattuale del lavoratore con una funzione di tipo propriamente individual-informativa; sembrano in altri termini orientate ad assicurare al lavoratore - in quanto singolo e in quanto controparte negoziale del contratto che si appresta a concludere - una maggiore conoscenza e dunque consapevolezza della propria posizione, funzionale a stimolare una più attiva responsabilizzazione del lavoratore in ordine tanto alla prestazione del consenso, quanto alla promozione ed alla tutela dei diritti che gli derivano dal rapporto di lavoro. Si cercherà conferma di questa sorta di pluridirezionalità delle funzioni assegnate alla forma vincolata del contratto anche sul piano delle tecniche sanzionatorie.

I. 1. 2. – La centralità degli obblighi di informazione individuale.

Nella prospettiva della valorizzazione della valenza strategica dell'informazione⁵⁷⁷ quale presupposto per un più attiva partecipazione del lavoratore nella difesa e promozione dei propri diritti, particolare importanza sembrano assumere anche gli obblighi di informazione individuale oggetto di attenzione crescente tanto da parte del Legislatore comunitario, quanto da parte di quelli nazionali. Anche questi, al pari di quanto sta avvenendo in relazione agli oneri di forma per la stipulazione dei contratti flessibili, hanno subito una profonda trasformazione di significato e di funzione che sembra incorporare, come si dimostrerà, proprio la prospettiva dell'autodeterminazione, in funzione del rinnovamento ed ammodernamento delle finalità e delle tecniche del diritto del lavoro.

In conseguenza della sorta di “procedimentalizzazione” della fase di instaurazione del rapporto che obblighi di tal fatta per certi versi implicano, il fenomeno può essere interpretato anche come un'ulteriore manifestazione di quella riscoperta del *formalismo* delle tecniche anche

⁵⁷⁷ Sul punto, diffusamente, FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007.

nel diritto del lavoro. Agli obblighi procedurali propri del vecchio sistema di collocamento, si sostituiscono, a seguito della liberalizzazione dello stesso, nuove forme di controllo funzionali non già alla garanzia di un'equa ripartizione delle sempre più scarse occasioni di lavoro ovvero alla prevenzione di fenomeni di discriminazione nell'accesso al lavoro, quanto piuttosto alla valorizzazione della prospettiva dell'autodeterminazione individuale, appunto.

Se il rinnovamento delle funzioni della forma vincolata del contratto si giustifica nell'ottica di pervenire ad un rafforzamento della posizione del lavoratore soprattutto al momento della stipulazione del contratto di lavoro, la trasformazione e la proliferazione degli obblighi di informazione individuale posti a carico del datore di lavoro come conseguenza dell'instaurazione di un qualunque contratto di lavoro si spiega invece nella prospettiva della garanzia di un suo rafforzamento anche nello svolgimento e nell'esecuzione del rapporto. Ci si preoccuperà nelle pagine che seguono di dare fondamento giuridico a tali affermazioni e di verificare così sul campo la sostenibilità delle stesse.

I. 2. - La forma come limite all'autonomia privata datoriale.

L'analisi funzionale del requisito della forma contrattuale verrà poi messa in relazione anche con la tendenza, che si registra su di un piano più generale, all'attenuazione del carattere sostanziale dei limiti tradizionalmente posti all'autonomia delle parti negoziali nella scelta del modello contrattuale al quale ricondurre la prestazione di lavoro.

Se per un verso, la moltiplicazione dei tipi contrattuali amplia notevolmente le possibilità di scelta di quello maggiormente conforme alle esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro, pur nel rispetto dei limiti e delle condizioni poste dall'ordinamento; per l'altro, la causalizzazione delle fattispecie di contratti flessibili e atipici viene spesso portata avanti attraverso il ricorso a clausole generali, aperte e indeterminate che attribuiscono al datore ampia discrezionalità al momento della individuazione in concreto dei presupposti di fatto che integrano l'astratto requisito causale di ciascun contratto. In tutte queste ipotesi, la prescrizione di un obbligo di forma vincolata, associata alla necessità di riproduzione nel contratto scritto delle circostanze fattuali che giustificano il ricorso a una determinata modalità contrattuale, operano nel senso di attribuire al requisito della forma contrattuale una funzione di concretizzazione e cristallizzazione della giustificazione causale pur liberamente individuata dal datore di lavoro dentro dei limiti fissati legislativamente, che finisce proprio per limitare e circoscrivere l'autonomia individuale datoriale.

Si cercherà dunque di dimostrare come per un verso, la prescrizione di una forma vincolata per la stipulazione del contratto di lavoro agisce sul lavoratore nel senso di aumentarne il livello di conoscenza e consapevolezza e dunque di responsabilizzarlo nel perseguimento e nella difesa dei propri interessi e delle proprie aspirazioni personali e professionali legate al lavoro (forma-informazione); mentre per l'altro, funziona nel senso di circoscrivere la sempre maggiore discrezionalità concessa al datore di lavoro nella scelta del modello contrattuale maggiormente rispondente alle proprie esigenze (forma-motivazione), liberando così spazi di attuazione per il prestatore. Si porterà così in evidenza il nesso di interdipendenza che si ritiene esistente non solo tra contrazione del sistema di tutele tipiche del diritto del lavoro e proliferazione – in funzione compensatoria – di tecniche di controllo e di autorizzazione imperniate sulla prescrizione di obblighi formali e procedurali⁵⁷⁸; bensì, più in generale, tra recupero di un certo “formalismo” anche nel diritto del lavoro ed esaltazione del ruolo del contratto e dell'autonomia individuale⁵⁷⁹.

La necessità di fare ricorso e di utilizzare nozioni sostanzialmente polimorfe e polisenso quali quelle di “forma del contratto” e di “formalismo giuridico”⁵⁸⁰ consiglia di dedicare alle stesse una sia pur breve pausa di riflessione, funzionale a chiarire il senso ad esse attribuito in questo lavoro.

⁵⁷⁸ Si tratta di una correlazione evidenziata già da tempo dalla dottrina giuslavoristica. Si veda, G., *Formalismo giuridico e Diritto del Lavoro*, DLRI, 1989, pp. 567 e ss.; ID., *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, 2002, I, p. 447; D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, DLRI, 1990, spec. p. 545; RENGA S., *Mercato del lavoro e diritto*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 280 e ss.; GALLEGGO MORALES A. J., *Commentario al articolo 8 del ET*, in MONEREO PÉREZ J. L. (Dir.), *Commentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 177; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002, p. 267.

⁵⁷⁹ In tal senso, ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, RGL, 2005, n. 4, p. 746.

⁵⁸⁰ Sulla polisemia dei termini, D'ONGHIA M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 7 e ss. a cui si rinvia anche per la bibliografia collegata. Per la civilistica, tra gli altri, ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico*, in Nov. Dig. It. Utet, Torino, 1957, VII, p. 558; TARELLO G., *Formalismo* voce, Nov. Dig. It., Utet, Torino, 1957, pp. 571 e ss.

II. - Premessa terminologica: le nozioni polisenso di “forma” del contratto e di “formalismo giuridico”.

II. 1. – La nozione di forma del contratto.

Nello studio delle forme dei contratti di lavoro flessibili, ci si riferirà al termine “forma” quale prescrizione o requisito richiesto dalla legge e relativo ai modi di esternalizzazione del consenso, funzionale al raggiungimento dell’accordo negoziale. Forma, dunque, come necessità di una forma determinata - di una forma c.d. vincolata - per la conclusione dei contratti detti appunto “formali” o “solenni”.

La puntualizzazione è necessaria nella misura in cui al termine “forma” può essere attribuito anche un significato più lato, di aspetto esteriore di un fenomeno giuridicamente rilevante, di modo di manifestazione dell’atto nel suo oggettivo esternarsi, ossia nel suo uscire dalla sfera interiore dell’agente per acquistare autonoma rilevanza (sociale). In questa accezione, parlare di negozi formali e non formali perde gran parte del suo significato, dal momento che ogni atto o negozio giuridico non verrebbe neppure ad esistenza senza una forma esteriore di contegno⁵⁸¹.

Si è già fatto cenno⁵⁸² all’acceso e fecondo dibattito innestatosi nel corso della seconda metà del secolo scorso, tra sostenitori della “teoria o dogma della volontà” e “dichiarazionisti”, in materia di contratto o negozio giuridico⁵⁸³. Per quanto qui maggiormente interessa, individuando l’essenza del contratto nella volontà creatrice dell’individuo, i primi assegnavano alla forma il ruolo tutto sommato assai marginale, di veicolo - pur necessario - di “rivelazione” della volontà interiore, vera ed unica produttrice dell’accordo. Per i sostenitori della teoria (oggettiva) della dichiarazione invece, ciò che rileva per il diritto non è, né può essere, la volontà psichica, interiore del soggetto - in quanto tale inafferrabile e incontrollabile -, bensì solo la dichiarazione, la sua manifestazione nel mondo esteriore, con la conseguenza di dover

⁵⁸¹ Sul punto, SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1956, p. 234; ALBALADEJO M., *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 293; BAYON CACHÓN G., *Los problemas de forma en el contrato de trabajo*, RDP, 1955, pp. 333 e ss. La contrapposizione dunque si realizza tra negozi a forma *vincolata* e negozi a forma libera o *fungibile*, “nel senso che qualunque atteggiarsi in concreto di essa è sufficiente a rendere non solo riconoscibile socialmente, ma anche a rendere operante, il negozio giuridico”. Cfr. ORMANNI A., *Forma del negozio giuridico ...*, op. cit., p. 565.

⁵⁸² Cap. I, §. III.1.1. -

⁵⁸³ Sottolinea l’intimo e necessario collegamento tra la nozione dogmatica di forma contrattuale e quella di negozio giuridico, ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico...*, op. cit., p. 557 che aggiunge “alla progressiva enucleazione della categoria di forma del negozio, intesa come criterio tecnico per identificare uno dei profili ideali in cui può essere scomposto il negozio medesimo, si è sempre accompagnata la non ancora sopita polemica sulla rilevanza della volontà privata nella formazione del negozio giuridico”.

dare prevalenza, in caso di divergenza tra l'una e l'altra, a ciò che risulta dalla dichiarazione⁵⁸⁴.

Sebbene secondo questa diversa impostazione, il consenso, manifestato nelle forme autonomamente scelte dalle parti, cessa di essere sufficiente alla produzione degli effetti giuridici se non è assistito da forme adeguate di manifestazione esteriore, la forma continua ad essere intesa, come mero strumento di esternazione della volontà almeno fino a quando, sulla scia dell'elaborazione della "teoria precettiva" (o dell'autoregolamento), si chiarisce che un atto, come fatto socialmente rilevante, non sussiste senza una forma di contegno attraverso la quale sia riconoscibile agli altri consociati⁵⁸⁵. Il fenomeno contrattuale viene dunque correttamente interpretato in primo luogo come "fenomeno sociale", che viene ad esistenza ed acquista rilevanza giuridica nella misura in cui diventa socialmente apprezzabile. Abbandonando concezioni legate ad impostazioni e periodi storici oramai superati, si ritiene insomma che ciò che rileva per il diritto è, dunque ed essenzialmente, la possibilità di ricondurre ed imputare giuridicamente, secondo una valutazione di tipo oggettivo, l'atto decisionale ai soggetti del rapporto⁵⁸⁶; e ciò a prescindere dalla necessità di un'indagine sulla volontà interiore degli agenti ed al di là della considerazione del solo dato materiale della dichiarazione.

In questo modo, si forniscono, tra l'altro, utili argomenti al superamento della rigida distinzione, sostenuta dalla teoria soggettiva, tra "negozio" e "forma" dello stesso. In quanto condizione imprescindibile di conoscibilità sociale e dunque di rilevanza giuridica, la forma non è infatti qualcosa di distinto rispetto al negozio stesso visto nella sua obiettiva realtà⁵⁸⁷, consistendo in un aspetto della sua stessa struttura⁵⁸⁸.

Se dunque, nel suo senso lato, la forma è la manifestazione socialmente (e dunque giuridicamente) rilevante del fenomeno

⁵⁸⁴ Le ipotesi in cui la dichiarazione prevale sulla volontà interiore continuano ad essere ricostruite, soprattutto in Italia, come espressione di una deroga al principio della volontà. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, p. 54.; STOLFI G., *Introduzione*, in ID, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. VII e ss. Per una severa critica a tali impostazioni si veda BETTI E., *Teoria generale del negozio*, in VASSALLI F. (diretta da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1952, pp. 45 e ss. In generale, ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. It.* Utet, Torino, 1957, VII, pp. 564 e ss.

⁵⁸⁵ BETTI E., *Teoria generale del negozio ...*, op. cit., pp. 126. Per un riepilogo dell'analogo dibattito in materia nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 58 e ss.

⁵⁸⁶ "Ciò che importa è che il consenso si sia esternato in un fatto socialmente valutabile come accordo". BIANCA M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2000, III, pp. 273 e ss.

⁵⁸⁷ BETTI E., *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1960, p. 16.

⁵⁸⁸ Per una condivisibile critica ad una assimilazione troppo radicale tra forma e contenuto degli atti, BIANCA M., *Diritto civile ...*, op. cit., p. 274.

contrattuale, quando si parla di *forma vincolata* ovvero di negozi formali o solenni, si allude ad un fenomeno diverso e sicuramente più circoscritto. Si fa riferimento, in particolare, alle ipotesi in cui la legge impone per la costituzione del rapporto non la forma in quanto tale, bensì una forma appunto determinata⁵⁸⁹. Se poi è vero che forma in senso lato e contenuto del contratto sono, almeno per certi versi, due manifestazioni di uno stesso fenomeno (quello negoziale), il legame sembra farsi ancora più stretto in tutti quei casi – assai frequenti nel diritto del lavoro – in cui la legge accompagna l'imposizione di una determinata forma (in genere, la forma scritta) per la manifestazione del consenso, con prescrizioni relative al contenuto minimo essenziale del contratto⁵⁹⁰.

II. 2. – La nozione di formalismo giuridico.

Un'ultima questione definitoria riguarda invece l'espressione "formalismo giuridico", anche in relazione con la nozione delineata di "forma vincolata" dei contratti.

In questo lavoro, si utilizzerà una nozione ristretta di formalismo, inteso nel senso di "formalismo della tecnica giuridica", per indicare "una serie di caratteristiche interne al diritto, che fissano modalità, requisiti, limiti «formali» al compimento di atti o alla produzione di effetti giuridici"⁵⁹¹; ci si riferirà alla tendenza al formalismo per indicare l'orientamento di un certo diritto a dare composizione ai conflitti interprivati con soluzioni normative non sempre esaustivamente ancorate alla realtà sociale e giuridica nella quale sono destinate ad intervenire, né sempre rigidamente vincolate alla verifica materiale del raggiungimento

⁵⁸⁹ In tal senso, DÍEZ-PICAZO L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 36 e ss.; ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M. E., *Derecho del trabajo*, Thomson, Civitas, 2004, p. 234.

⁵⁹⁰ Il rilievo è di D'ONGHIA M., *La forma vincolata ...*, op. cit., p. 23: "Nel diritto del lavoro, invece, la forma si configura quale manifestazione sensibile di un contenuto; le norme non si limitano a prescrivere la forma scritta, ma prevedono soprattutto una minuziosa predeterminazione degli 'elementi' che il contratto deve contenere".

⁵⁹¹ JORI M., voce *Formalismo giuridico*, in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., Utet, Torino, 1992, VIII, pp. 426 e ss. In realtà per formalismo giuridico, in un'accezione ampia, si suole far riferimento allo studio della struttura normativa del fenomeno giuridico, a prescindere dal contenuto concreto che questo possa assumere in relazione con un determinato momento storico. Si allude, in altre parole, allo studio delle forme e delle tecniche attraverso le quali si costruisce l'ordinamento giuridico; ovvero alla necessità della costruzione di una teoria generale (formale) del diritto. Sul punto, BOBBIO N., *Formalismo giuridico e formalismo etico*, Riv. Fil. 1954, n. 3, pp. 255 e ss. Per un esame dei diversi significati attribuiti al termine "formalismo" nel mondo del diritto, TARELLO G., *Formalismo ...*, op. cit., pp. 571 e ss.

degli scopi assegnati dal Legislatore alla norma stessa. Formalismo dunque come tendenza all'astrazione da (ovvero semplificazione di) una realtà materiale concreta e storicamente determinata ovvero come tendenza verso un recupero della prospettiva della razionalità formale, in detrimento della razionalità o giustificazione sociale del diritto.

Come si cercherà di dimostrare attraverso l'analisi di alcune sue manifestazioni, si tratta di una tendenza che sta innervando, sia pure ancora timidamente, anche il diritto del lavoro – settore tradizionalmente restio all'utilizzo di tecniche di regolazione appunto formali o formalistiche – che sembra adesso riscoprirne utilità e potenzialità tanto in funzione della tutela del lavoratore in quanto contraente debole, quanto in funzione della necessità di ricondurre il sistema ad un *ordine* più razionale ed efficiente. L'esigenza posta a fondamento di tale recupero del formalismo nel diritto del lavoro, è dunque tanto quella di recuperare certezza e sicurezza del traffico giuridico nel contesto di una progressiva complessivizzazione della realtà sociale, giuridica ed istituzionale, nonché del sistema di valori di riferimento, quanto quella di promuovere un sostanziale rinnovamento delle tecniche di tutela capace di dare adeguata rappresentazione e composizione a tale complessità. Di fronte ad essa, il diritto, e non solo quello del lavoro, reagisce insomma formulando risposte che vanno nella direzione di un recupero dell'astrazione, del formalismo appunto. Si avrà modo di ritornare sul punto.

Inteso il formalismo come “formalismo della tecnica giuridica”, si delineano più chiaramente i rapporti instaurabili tra “forma dell'atto negoziale” e “forma dell'attività contrattuale”, costituendo la prima una delle svariate manifestazioni della seconda. Concentrando la propria attenzione anche sulla definizione della forma del contratto di lavoro, il diritto del lavoro tende cioè ad esaltare il formalismo dell'attività contrattuale, in controtendenza rispetto alla centralità tradizionalmente assegnata ai profili sostanziali e attuativi del rapporto. Allo stesso tempo però, attraverso la combinazione di prescrizioni più propriamente relative alla forma (di manifestazione del consenso) e disposizioni di contenuto minimo del contratto, finisce per fondere in un *unicum* forma e contenuto dell'atto, in cui la prima finisce per diventare veicolo di manifestazione del secondo. L'esaltazione della forma insomma si realizza anche in relazione alle esigenze espresse dall'imposizione di una disciplina del rapporto in gran parte etero imposta.

Allo stesso tempo, la crescente attenzione per l'importanza dell'informazione anche nel diritto del lavoro sembra postulare un approccio in parte innovativo del diritto del lavoro nei confronti degli strumenti e delle stesse finalità che si attribuiscono alla norma lavoristica. Specialmente quando l'informazione è intesa e diretta al lavoratore in quanto controparte del rapporto di lavoro (informazioni come diritto che il lavoratore gode a titolo individuale) e non in quanto membro di un gruppo sociale organizzato (informazione come diritto di natura

collettiva), la funzione protettiva propria del diritto del lavoro sembra realizzarsi nel senso di andare a colmare appunto le “asimmetrie informative” esistenti tra le parti negoziali, come se la debolezza che strutturalmente caratterizza il lavoratore subordinato e che tradizionalmente ha giustificato l'intervento autoritativo sull'autonomia privata di prestatore e datore di lavoro potesse in qualche modo risolversi in difetto di informazione a carico del primo nei confronti del secondo⁵⁹². Si avrà modo di tornare su entrambi gli aspetti.

II. 3. – La pluridirezionalità delle manifestazioni di formalismo nel diritto del lavoro.

L'utilizzo di tecniche formali di regolazione, può in principio avere ad oggetto non solo la fase della costituzione del rapporto di lavoro, bensì interessare anche il complesso dell'attività contrattuale - tanto precedente, quanto successiva - alla conclusione del contratto⁵⁹³. In questo senso, si comprende facilmente che il fenomeno dell'imposizione di una forma vincolata per la stipulazione dei contratti c.d. flessibili costituisce solo una tra le svariate manifestazioni che il formalismo può assumere nell'ambito dell'ordinamento giuslavoristico.

Altro esempio paradigmatico di utilizzo di tecniche di tutela incentrate sul formalismo nel diritto del lavoro, è quello oramai classico di derivazione pubblicistica, della progressiva e sempre più intensa opera di “procedimentalizzazione” degli atti di esercizio dell'autonomia privata del datore di lavoro. Funzionale all'esigenza di porre un argine alla discrezionalità dei poteri imprenditoriali di gestione, organizzazione e direzione dell'impresa e del lavoro al suo interno e, dunque, alla necessità di circoscrivere “lo spazio vuoto del diritto”⁵⁹⁴ in cui essi tendono ad esplicarsi, la procedimentalizzazione (tanto imposta dalla legge, quanto da clausole dei contratti collettivi) è una tecnica che consiste essenzialmente nel sottoporre l'esercizio di (almeno alcuni) di tali poteri (in primo luogo il potere di licenziamento individuale e collettivo e quello disciplinare, ma anche il potere di controllo), al rispetto di determinati procedimenti in cui intervengono, in varia misura e con diverso grado di effettività, anche i destinatari dell'atto finale

⁵⁹² ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Giuffrè, Milano, 1996. Riferisce di questa tendenza anche GAROFALO M. G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 783-84.

⁵⁹³ Sul punto, l'analisi di D'ONGHIA M., *La forma vincolata nel ...*, op. cit.

⁵⁹⁴ GALGANO F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1977, I, pp. 511 e ss.

(ovvero i loro rappresentanti)⁵⁹⁵. Lo scopo insomma è quello di consentire l'emersione e la valutazione delle motivazioni sottese alle decisioni imprenditoriali ed alle conseguenze, in termini di condizioni di lavoro e di occupazione, che possono derivarne, in modo tale che, nell'esercizio del suo potere di direzione, coordinazione e controllo, il

⁵⁹⁵ Nell'ambito dei tentativi di riconduzione all'area della garanzie giuridiche di quella sfera di discrezionalità di cui il datore dispone nell'amministrazione del rapporto, s'iscrivono per altro, anche altri strumenti, elaborati tanto a livello giurisprudenziale, quanto sul piano dottrinale, volti alla consacrazione della configurabilità di "limiti ulteriori a tali poteri rispetto a quelli generali (divieto di discriminazione) o particolari (limiti sanciti per ciascun potere) espressamente previsti, sino a ritenere che ciascun atto debba essere motivato e giustificato, nel senso che deve risultare ragionevole e coerente". ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, LD, 1997, p. 248. Secondo tali impostazioni, l'individuazione di tali limiti verrebbe rimessa ad un controllo giudiziario da condurre sulla base dei criteri di razionalità e ragionevolezza; controllo dunque propriamente di merito e di opportunità nella relazione tra mezzi e fini. Gli strumenti utilizzati ed utilizzabili a tale fine vengono dedotti tanto dall'ambito del diritto pubblico (eccesso di potere, interessi legittimi - a titolo esemplificativo si citano le sentenze Cass. S.U. 2 novembre 1979, n. 5688 in Giur. It., 1980, I, p. 440, con nota di DI MAJO A. *Le forme di tutela civile contro i c.d. poteri privati*; Cass. 27 maggio 1983, n. 3675 in Giust. Civ., 1983, I, p. 2267 con nota di Meucci, Cass. 10 agosto 1987, n. 6858, in Foro It, 1987, I, 2989 - si veda sul punto ZOLI C., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, Giust. Civ., 1984, II, pp. 423 e ss. Per un'impostazione sostanzialmente critica, BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, pp. 212 e ss), quanto estrapolati dalle tecniche più propriamente civilistiche (abuso del diritto, clausole di correttezza e buona fede, etc. Sul punto, a titolo esemplificativo, senza pretesa di esaustività, si rinvia a MAZZOTTA O., *Variazioni sui poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, DLRI, 1989, pp. 583 e ss.; TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990; FERRARO G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, ora in AA. VV., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 161 e ss. Più recentemente, PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, LD., 2002, pp. 398 e ss. ID., *La buona fede nel diritto del lavoro*, RGL, 2002, I, pp. 3 e ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Poder de dirección y derecho contractual*, RL., 2005, n. 19/20, pp. 5 e ss.). Il dibattito sulla configurabilità di limiti interni ai poteri imprenditoriali (FERGOLA P., *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, LD, 1990, pp. 463 e ss. *Contra*, PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, n. 1, pp. 1 e ss.) fu riproposto all'attenzione della dottrina dall'emanazione di una oramai famosa sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale italiana (sentenza 9 marzo 1989, n. 103) che sembrava voler affermare l'esistenza nell'ordinamento giuridico di un generale principio di parità retributiva, con la conseguenza di attribuire al giudice un potere di controllo tanto sugli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali, quanto sulle disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva (quanto meno nel caso di contratti collettivi che adempiano ad una funzione regolamentare regolata dalla legge - sentenza Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268), condotto secondo i canoni della razionalità e della ragionevolezza. L'evoluzione giurisprudenziale successiva (S.U. Corte Cass. 29 maggio 1993, nn. 6030/6034) è andata nel senso di escludere l'esistenza di un tale principio, sul presupposto che quella verso la parità di trattamento sarebbe unicamente una "linea di tendenza dell'ordinamento". Pur rientrando tra gli obiettivi di politica legislativa, insomma, il principio di parità di trattamento non si imporrebbe all'autonomia privata, né potrebbe autorizzare un intervento sostitutivo da parte del giudice. Sul punto, specialmente, SANTUCCI R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 26 e ss.

datore di lavoro venga in qualche modo obbligato a tener conto anche degli interessi (individuali e collettivi) dei lavoratori coinvolti⁵⁹⁶.

La sua riconduzione tra le tecniche di tutela di tipo formale si giustifica sulla base del fatto che, nella misura in cui si tratta di un modello di regolazione che interviene unicamente sulle modalità esteriori di esercizio dei poteri imprenditoriali per un verso, non incide sul momento costitutivo degli stessi e per l'altro, finisce proprio per rilegittimarli. Funzionale ad assicurare la partecipazione dei destinatari dell'atto finale in modo tale che possa emergere l'eventuale presenza di interessi altri e/o contrapposti a quelli propri del soggetto titolare del potere, la procedimentalizzazione è, infatti, tecnica che non implica, né assicura - di per sé - il recupero di una effettiva posizione di uguaglianza sostanziale e di potere tra le parti⁵⁹⁷. Si tratta di un aspetto, quello relativo al grado di effettività e agli obiettivi connessi all'utilizzo di tecniche incentrate sul formalismo degli atti, su cui si dovrà tornare in seguito.

In quanto afferente alla fase di gestione, amministrazione e risoluzione del rapporto di lavoro, questo tipo di procedimentalizzazione esula dal campo di indagine di questo lavoro che ha scelto di rimanere ancorato unicamente alla fase di costituzione del rapporto di lavoro. La scelta di tale circoscrizione del campo di indagine come già evidenziato si giustifica essenzialmente sulla base del fatto che è questa la fase in cui la prospettiva dell'autodeterminazione sembra emergere come maggiore chiarezza, anche se non senza contraddizioni. Il richiamo alla procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali è sembrato tuttavia necessario al duplice fine di evidenziare come da un lato, l'utilizzo di tecniche di tal fatta non sia affatto sconosciuto al diritto del lavoro e dall'altro, che quello del formalismo giuridico, come tecnica di

⁵⁹⁶ In questo modo, l'esercizio dei poteri imprenditoriali viene condizionato alla ricorrenza di criteri oggettivi di controllo e di legittimazione, costruiti come un meccanismo tecnico, che esprime la prevalenza di una razionalità oggettiva sulla volontà dell'imprenditore, al margine di una logica strettamente gerarchica. La definisce "la via italiana alla democrazia industriale" ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore ...*, op. cit., pp. 251 e ss. che scrive: "Per quanto debole, ... essa ha ugualmente favorito l'affermarsi di un modello di relazioni industriali meno conflittuale e più partecipativo, nel quale il sindacato, attraverso una più approfondita conoscenza dei processi produttivi e delle strategie imprenditoriali, ha acquisito una maggiore capacità di controllo e di proposta a tutti i livelli". Una via comunque "che sembra aver imboccato la parabola discendente ... probabilmente per il timore non sempre fondato di scivolare nel sindacato di merito".

⁵⁹⁷ DI MAJO A., *Incontro di studio civil-lavoristico*, in SANTORO PASSARELLI G., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 21: "Occorre infatti riconoscere che anche l'esistenza di siffatti oneri ed obblighi di procedimentalizzazione, se 'complica' le decisioni dell'imprenditore rendendole sicuramente meno arbitrarie, non è in grado tuttavia di eliminare la discrezionalità di cui sono dotate. In qualsiasi forma di autolimitazione, introdotta dall'osservanza di procedimenti, rimarrà sempre il problema, tremendamente arduo, di verificare se l'attivazione di tali procedimenti o meccanismi ... sia poi tale da garantire principio di uguaglianza sostanziale, di paritratamento, di non discriminazione, di adeguato riconoscimento di merito".

regolazione incentrata sulla rilevanza dei profili formali e procedurali, è fenomeno assai complesso e composito che si realizza in una pluralità di direzioni e di funzioni e con intensità affatto diverse.

III. – Autonomia privata e principio di libertà della forma.

Terminata questa breve pausa introduttiva, in questo paragrafo ci si occuperà di cercare di chiarire i rapporti tradizionalmente esistenti tra riconoscimento giuridico dell'autonomia privata e principio di libertà della forma di manifestazione del consenso contrattuale.

È noto che, storicamente, il principio della libertà della forma, valevole come regola generale nei negozi giuridici interprivati, è stato concepito e si è costruito come diretta manifestazione del principio dell'autonomia privata, a sua volta espressione del principio fondamentale della libertà giuridica, del consenso quale forma generale delle relazioni sociali⁵⁹⁸. L'affermazione dell'autonomia privata come potere di autodeterminazione dei singoli e del contratto quale strumento attraverso cui tale potere si esercita, importa il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della libertà contrattuale. Quest'ultima si articola in tre momenti logicamente distinti ma strettamente interconnessi.

In primo luogo, la libertà contrattuale implica e contiene in sé la libertà dei singoli di accedere al mercato, ovvero di scegliere tanto il "se" della conclusione del contratto, quanto il contraente con il quale contrarre. È il singolo attraverso la manifestazione della propria volontà che decide se e con chi contrarre, senza che in linea di principio la sua decisione possa essere in qualunque modo coartata dall'esterno.

Sempre dal principio della libertà contrattuale discende la libertà per le parti di determinare liberamente il contenuto del regolamento contrattuale, anche al di là della tipizzazione offerta dal Codice. In altre parole, il Codice predispone soltanto dei modelli di disciplina per il conseguimento dell'effetto giuridico voluto (contratti tipici, o nominati ovvero tipi legali), senza che per questo le parti siano obbligate a servirsene, potendo, non solo modificarli, bensì anche crearne di nuovi, (nei limiti imposti dalla legge e dalla meritevolezza degli interessi perseguiti – artt. 1322 e 1325)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ "La libertà giuridica implica che nessuno può essere costretto a fare alcunché senza il suo consenso. Il che comporta, dunque, che ciascun soggetto libero e capace di agire può entrare in contatto con l'altro soltanto attraverso una reciproca manifestazione di consenso, che in tanto è libera, in quanto è stata voluta dagli interessati". BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 321 e ss.

⁵⁹⁹ Si rinvia, sul punto, anche al §. II. 1. 1. – del secondo Capitolo.

La libertà contrattuale comporta infine anche la rimessione alla libera determinazione delle parti della scelta della forma (tacita, verbale o scritta) della manifestazione del proprio consenso⁶⁰⁰. Quest'ultimo, pur sempre necessario ai fini dell'esistenza stessa del contratto⁶⁰¹, può dunque esprimersi in qualunque modo che sia sufficiente a renderlo conoscibile nel mondo sociale⁶⁰². La dottrina maggioritaria interpreta dunque le ipotesi in cui la legge prescrive una determinata forma per la stipulazione del contratto come deroghe ad un generale principio della libertà della forma, valevole come tale per l'ordinamento⁶⁰³. È solo in ipotesi particolari e rigidamente tipizzate – artt. 1350 e ss. c.c. italiano - che la legge ne impone una specifica (atto pubblico o scrittura privata⁶⁰⁴) quale condizione di validità del contratto⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ In tale senso anche, SCOGNAMIGLIO R., *Negoziio giuridico*, Enc. Giur. Trec., 1990, ora in ID., *Scritti giuridici. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, I, p. 95.

⁶⁰¹ Il mutuo consenso, inteso come l'accordo delle parti in ordine al programma contrattuale (costituzione, regolazione ed estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale – art. 1321 c.c.), è, infatti, elemento costitutivo del contratto, insieme all'oggetto, la causa e, appunto, la forma quando prescritta dalla legge a pena di nullità (art. 1325 c.c.). BIANCA M., *Diritto civile....*, pp. 273 e ss.; DE CUPIS A., *Sul contestato principio di libertà delle forme*, RDC, 1968, II, p. 204. Nell'ordinamento spagnolo mentre l'art. 1255 c.c. sancisce in via generale il principio dell'autonomia privata ("Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"), l'art. 1261, comma 1 c.c. stabilisce il principio dell'imprendibilità del mutuo consenso per l'esistenza del contratto. DíEZ PíCAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 1983, vol. 1, pp. 112 e ss.

⁶⁰² Alcuni autori ancorano l'esistenza di un generale principio di libertà della forma al valore costituzionale della libertà. In questo senso, si è sostenuto, che potrebbe contrastare con tale principio l'indiscriminata e/o irragionevole previsione di prescrizioni di forma per la stipulazione dei negozi giuridici. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O., *La forma en el contrato...*, op. cit., p. 68.

⁶⁰³ Sul punto tra gli altri, BARCELONA P., *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 341 e ss.

⁶⁰⁴ Ma per le nuove ipotesi di forma vincolata si rinvia a, DAVARA RODRÍGUEZ M. A., *El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica*, Actualidad Informática Aranzadi, 1997, n. 24, pp. 13 e ss. NAVONA G., Username e password, sono firme elettroniche leggere?, *Diritto&Diritti*, disponibile sul sito internet: www.diritto.it, SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto. (Art. 1350)*, in *Commentario Schlesinger. Il Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 398 e ss. Parla a proposito del principio di libertà della forma di manifestazione del consenso negoziale come di "un'affermazione teorica – allo stesso modo del principio del nudo consenso, del quale è filiazione diretta – piuttosto che " un criterio vivo ed operante negli ordinamenti positivi", ORMANNI A., *Forma del negozio giuridico ...*, op. cit., p. 565. Vero è semmai che la formalizzazione del contratto di lavoro spesso viene incentivata da prescrizioni che pur non essendo direttamente attinenti alla forma negoziale finiscono per incentivarla. In tal senso, per il sistema di diritto del lavoro spagnolo, PÉREZ REY J., *Forma escrita obligatoria y ...*, op. cit., pp. 183 e ss.

⁶⁰⁵ Deroga che può derivare anche da un'autonoma scelta delle stesse parti negoziali che così dispongano nell'esercizio della propria libertà individuale. Si parla a questo proposito di forma vincolata di tipo volontario. Così espressamente prevede, in via

Ciò è quanto si deduce dall'art. 1325 c.c. italiano che, nell'elencare i requisiti di esistenza del contratto, menziona, oltre all'accordo, alla causa e all'oggetto, appunto anche "la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità" (art. 1325 c.c. n. 4). Se la forma deve essere considerata in ogni caso requisito di esistenza del contratto, la forma vincolata ovvero quella determinata imposta dalla legge, costituirebbe una mera eventualità, circoscritta alle fattispecie contemplate specificatamente dalla legge. In quanto eccezionali, tali ipotesi sarebbero dunque insuscettibili non solo di applicazione analogica, ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi, ma anche di interpretazione estensiva⁶⁰⁶.

generale, il Codice civile italiano all'art 1352, rubricato appunto "Forme convenzionali". Sul punto, D'ONGHIA M., *La forma vincolata* ..., op. cit., pp. 70 e ss. che sottolinea a tal proposito come la dottrina maggioritaria neghi alla forma di tipo volontario carattere di eccezione al principio della libertà della forma, nonché di limite all'autonomia privata, di cui al contrario costituisce momento di esercizio. Per l'ordinamento spagnolo, la possibilità di ricorrere a forme vincolate determinate dalle parti del rapporto di lavoro è espressamente disciplinata all'art. 8, comma 4 ET che recita testualmente: "Cualquiera de las partes podrá exigir que le contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral". Nonostante a prima vista possa sembrare una disposizione ridondante - dal momento che la possibilità di forme vincolate volontarie deve ritenersi implicita nel riconoscimento stesso dell'autonomia privata - , in questo caso, non si può parlare propriamente di forma vincolata volontaria. Non è, infatti, l'accordo delle parti che la determina e la impone, bensì unicamente la volontà unilaterale di una soltanto di esse, alla quale la legge conferisce il potere di imporla all'altra. In tale senso, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O., *La forma en el contrato* ..., op. cit., pp. 107 e ss.

⁶⁰⁶ GIORGIANNI M., *Forma degli atti (diritto privato)*, Enc. Dir., XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 994. Contesta tale impostazione, IRTI N., *Idola libertatis (tre esercizi sul formalismo giuridico)*, Milano, 1985, pp. 85 e ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. VIII e ss. Questo A., in particolare, ritiene che l'art. 1325 c.c. avrebbe disegnato due strutture contrattuali equivalenti: una "forte", in cui la forma (prescritta dalla legge sotto pena di nullità) costituisce requisito di esistenza del contratto, ed una "debole", in cui la questione della forma non assumerebbe alcuna rilevanza giuridica. Non esistendo nessun principio di gerarchia tra le due strutture ed in quanto requisito (di validità) di solo alcuni contratti, la forma non potrebbe dunque essere intesa come requisito generale degli stessi. Ciò conduce l'A. da un lato, a negare vivacemente l'esistenza per l'ordinamento giuridico di un generale principio di libertà delle forme e dall'altro, ad ammettere la possibilità dell'analogia. L'equivoco consisterebbe, secondo Irti, nel fatto di aver confuso la necessità dell'esternazione della volontà diretta all'accordo (in questo senso, contenuto e forma coincidono nell'accordo) con la forma del contratto. Mentre la prima è sempre necessaria per poter ritenere esistente l'accordo (requisito imprescindibile di esistenza del contratto), la seconda sarebbe requisito meramente eventuale. Per una replica all'impostazione di Irti, DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, RDC, 1986, II, pp. 203 e ss. che avverte dei pericoli derivanti dall'applicazione dell'analogia per la certezza del diritto. Per l'impostazione tradizionale, BIANCA M., *Diritto civile* ..., op. cit., p. 276. Per la ricostruzione e gli esiti del dibattito innescato dalle considerazioni di Irti e la sostanziale marginalizzazione di tale impostazione, PALAZZO A., *Forme del negozio giuridico*, Digesto civ., VIII, pp. 443 e ss.

Nel sistema spagnolo, quello della libertà della forma per la stipulazione del contratto è principio che gode di una lunga e assai consolidata tradizione⁶⁰⁷. Espressamente sancito all'art. 1278 c.c. ("los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez"), esso risulta ulteriormente esaltato dall'interpretazione che viene data degli articoli 1261 e 1280 e 1279 c.c.

Mentre il primo degli articoli menzionati, nel definire i requisiti di esistenza del contratto, omette qualsiasi tipo di riferimento alla forma contrattuale⁶⁰⁸, l'art. 1280 del Codice civile spagnolo, al pari di quanto dispone l'art. 1350 di quello italiano, elenca una serie di ipotesi tassative nelle quali la legge impone una forma vincolata per la conclusione di determinati contratti. Sarebbe agevole dedurre da ciò che, tanto nel sistema spagnolo quanto in quello italiano, a fronte di un principio generale di libertà della forma, si affiancano ipotesi tipiche ed eccezionali nelle quali la forma vincolata costituisce requisito di validità del contratto. La linearità di tale ricostruzione viene tuttavia compromessa dalla previsione di cui all'art. 1279 nel quale si legge: "Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Nonostante una certa difficoltà di lettura, questo articolo viene prevalentemente interpretato come una norma funzionale alla definizione della portata delle esigenze di forma di cui all'art. 1280 c.c. In altre parole, dottrina e giurisprudenza maggioritarie interpretano il requisito di forma stabilito all'art. 1280 c.c. come un'obbligazione ulteriore che, nei casi contemplati all'art. 1280 c.c., si aggiunge al complesso di diritti e obbligazioni che costituiscono il contenuto del rapporto negoziale già

⁶⁰⁷ Si fa risalire addirittura alla pubblicazione nel 1348 del "Ordenamiento de Alcalá" con il quale si sancisce per la prima volta solennemente la sufficienza del mero consentimiento per la vincolatività del contratto a prescindere dalla forma di manifestazione dello stesso. Sul punto, per una ricostruzione anche in chiave comparatistica, SANTOS MORÓN M. J., *La forma de los contratos en el Código Civil*, Colección de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, pp. 50 e ss. Si veda anche DíEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Parte I. Introducción. Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996, p. 128; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., pp. 39 e ss.; PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 71 e ss. Più in generale, sulla consacrazione, nell'ordinamento spagnolo, del principio consensualista, ALBALADEJO M., *El negocio jurídico ...*, op. cit. p. 301. Qualificano la libertà di determinazione della forma contrattuale come la terza manifestazione della libertà contrattuale anche, ALONSO GARCÍA M., *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 112.

⁶⁰⁸ L'art. 1261 sancisce, infatti, testualmente: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. consentimiento de los contratantes; 2. objeto cierto que sea materia del contrato; 3. causa de la obligación que se establezca".

perfettamente perfezionato sulla base del mero consenso delle parti in qualunque modo manifestato. Ciò significa essenzialmente che, anche nel caso di contratti a forma (presuntamente) solenne come quelli di cui all'art. 1280 c.c., la forma non costituisce mai requisito di validità del negozio (salvo nei casi in cui così lo disponga espressamente la legge: artt. 633, 1008, 1327 c.c.), risolvendosi unicamente in una mera obbligazione accessoria e strumentale che deriva da un contratto già perfettamente valido ed efficace⁶⁰⁹. Avremo modo di analizzare in seguito i riflessi di questa ricostruzione nel diritto del lavoro.

III. 1. – Tradizionali funzioni della forma vincolata del contratto: responsabilizzazione del consenso e certezza giuridica.

Se l'autonomia privata ed il principio generale del consenso quale forma generale delle relazioni sociali implicano anche il riconoscimento di un principio generale della libertà della forma, valevole come tale per l'intero ordinamento, ne consegue che le deroghe ovvero le eccezioni a tale principio devono dunque trovare la propria giustificazione nella necessità di contemperamento con altri interessi, ritenuti quantomeno come equivalenti secondo una valutazione oggettiva del sistema.

Questi vengono generalmente connessi alla speciale rilevanza sociale dell'oggetto del contratto o dell'atto giuridico; importanza collegata al valore economico, al rischio ad esso connesso ovvero alla natura giuridica dei beni oggetto di scambio o comunque coinvolti nello stesso (es. contratti che realizzano un'attribuzione liberale, quelli che determinano la circolazione dei diritti reali sugli immobili, etc.)⁶¹⁰. Si tratterebbe cioè eminentemente della necessità di proteggere interessi pubblici e collettivi derivanti dalla importanza economica e sociale dell'oggetto sul quale cade l'accordo.

⁶⁰⁹ Assimilabile a quella che in Italia viene chiamata "forma ad regularitatem" o "forma integrativa". Per una ricostruzione del dibattito anche giurisprudenziale sul punto, SANTOS MORÓN M. J., *La forma de los contratos ...*, op. cit., pp. 68 e ss.

⁶¹⁰ Anche nel diritto privato spagnolo, la forma scritta (nella forma della scrittura privata con iscrizione nel registro immobiliare) è prescritta per la donazione (artt. 633 e 634), l'enfiteusi (art. 1628), il contratto di società con apportazione di beni immobili (art. 1667), l'ipoteca (art. 1875). Più in generale, l'art. 1280 c.c. prescrive il documento pubblico per tutti i contratti che abbiano ad oggetto la creazione, la trasmissione, la modificazione o estinzione di diritti reali su beni immobili, la locazione degli stessi per un durata uguale o superiore a sei anni, le capitolazioni matrimoniali e le loro modificazioni, la cessione e rinuncia a diritti ereditari etc., anche se, secondo l'interpretazione dominante, neppure in questi casi viene attribuito alla forma carattere vincolante. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., pp. 62 e ss.

In tale contesto, la forma vincolata svolge una duplice funzione ovvero produce un duplice effetto. In primo luogo, l'obbligo di forma genera quello che è stato definito "effetto di responsabilizzazione del consenso"⁶¹¹, ovvero "effetto psicologico della forma"⁶¹². Le parti, obbligate al rispetto di una determinata forma per la conclusione del contratto, sarebbero cioè indotte ad una più attenta considerazione dell'affare che si apprestano a concludere; la formalizzazione del contratto in un documento scritto le obbligherebbe insomma ad una riflessione più ponderata ed accurata circa la portata, la convenienza e le conseguenze dello stesso⁶¹³; servirebbe ad avvertirle della speciale rilevanza dell'operazione che si apprestano a concludere.

Agli obblighi di forma si attribuisce poi anche un fondamentale "effetto di certezza giuridica". Attraverso l'oggettivazione della dichiarazione negoziale in un mezzo durevole di conoscenza, si consegue l'effetto di realizzare un livello superiore di certezza giuridica circa l'esistenza e la natura dell'atto o del negozio giuridico, l'identità delle parti che lo hanno posto in essere, il suo contenuto (con evidenti ed importanti ripercussioni ai fini della prova)⁶¹⁴. Anche in questo caso come nel precedente, l'effetto di certezza scaturente dalla prescrizione di obblighi di forma non è indirizzato alla tutela di uno solo dei soggetti della relazione contrattuale, bensì svolge funzioni di tutela per così dire "neutre" rispetto alle concrete posizioni di potere e soggezione rappresentate nel contratto⁶¹⁵. Rimane estranea cioè qualunque esigenza di tutela del contraente ritenuto più "debole"⁶¹⁶.

⁶¹¹ BIANCA C. M., *Diritto civile...*, op. cit., p. 284.

⁶¹² DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho ...*, op. cit., p. 248, che lo definisce come "la sensación que los contratantes experimentan de quedar especialmente obligados".

⁶¹³ Il formalismo negoziale, in questo senso, opererebbe anche in favore della protezione delle posizioni delle parti. Tutelandole "contro decisioni precipitose, le mette in condizioni di riflettere e ponderare bene sopra iniziative economiche che, per il rilevante valore dei beni coinvolti (...), o per la speciale natura dell'operazione (...) sono suscettibili di avere gravi conseguenze sul patrimonio del soggetto. ROPPO E., *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 93.

⁶¹⁴ LARENZ K., *Derecho civil. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pp. 559 e ss.; DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil ...*, op. cit., pp. 247 e ss.; BIANCA M., *Diritto civile ...*, op. cit. p. 278

⁶¹⁵ Innegabile è anche la funzione di tutela che obblighi di tal fatta svolgono anche verso i terzi. È questo il caso delle prescrizioni di obblighi di forma funzionali alla pubblicità verso dell'atto che assolvono cioè a fondamentali esigenze di carattere eminentemente pubblicistico.

⁶¹⁶ VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, DLRI, 2001, p. 564.

III. 2. - Complessivizzazione del sistema e neo-formalismo in funzione di tutela del contraente debole.

Proprio questa fondamentale esigenza di certezza del diritto e di sicurezza del traffico giuridico viene posta alla base della c.d. “rinascita del formalismo giuridico”, quale tecnica di regolazione fondata sulla prescrizione di particolari modalità, requisiti e limiti formali alle possibilità di espressione della volontà negoziale.

La complessivizzazione e l'intensificazione del sistema degli scambi, il loro svolgersi nel contesto di mercati globali, ovvero contemporaneamente con una pluralità di controparti (contratti in massa) hanno importato la necessità di pervenire ad un più razionale contemperamento tra le esigenze di agilità e tempestività degli scambi negoziali – tradizionalmente rappresentate dal principio di libertà della forma – e quelle di certezza e di sicurezza giuridica, con la conseguenza di recuperare un certo formalismo ad esse funzionale⁶¹⁷.

In questo senso, i profili formali di regolamentazione, tradizionalmente ritenuti un ostacolo alla celerità e alla fluidità degli scambi, vengono vieppiù impiegati proprio in quanto funzionali ad un funzionamento più efficiente e spedito di un mercato sempre più complesso e composito⁶¹⁸. Più in particolare, si sta sviluppando una certa sensibilità verso la posizione di quelle classi di soggetti, più o meno omogenee e più o meno organizzate, appartenenti a categorie sociali ed economiche determinate particolarmente pregiudicate dalla complessivizzazione del sistema degli scambi commerciali (anche in conseguenza della ri-mercantilizzazione di aree importanti di bisogni sociali che spingono a rivolgersi ai meccanismi del mercato per la loro soddisfazione) che ha spinto il Legislatore (tanto comunitario, quanto nazionale)⁶¹⁹ ad utilizzare il formalismo come tecnica (ulteriore e/o

⁶¹⁷ “Il bisogno di razionalità e il timore di dispute sospingono verso un rigido formalismo, capace di garantire certezza di interpretazione e rapidità di esecuzione”. IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 55. Analogamente, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato*, op. cit., p. 27.

⁶¹⁸ APARICIO TOVAR J., *La forma en el contrato de tra bajo*, REDT, 1980, p. 132-33.

⁶¹⁹ Si veda, in proposito, la legislazione relativa ai contratti agrari, alle locazioni di immobili urbani (l. 9 dicembre 1998, n. 431) alla tutela dei consumatori e degli utenti (d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185, ora d. lgs. n. 206/2005– c.d. Codice del consumo -), alla disciplina relativa alla sub-fornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificata dalla l. n. 57/2001 e dal d. lgs. n. 231/2002), alla disciplina delle vendite concluse fuori dei locali commerciali (d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 di attuazione della direttiva 85/577/CEE), ma anche la regolamentazione di settori strategici dell'economia contemporanea quali quello bancario, assicurativo, finanziario, etc. Si rinvia, sul punto a BIANCA M., *Diritto civile* ..., op. cit., cap. VI; ALPA G., *L'armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, Nuova giur. civ. comm., 2002, II, p. 391 ss. CARRIERO, *Nuove prospettive di tutela del risparmiatore*, Nuova giur. civ. comm., 2002, p. 496 ss.; SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto* ..., op. cit. Sul punto, per la dottrina giuslavoristica, VOZA R., *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, DLRI, 1998, pp. 603 e

alternativa) di tutela del contraente c.d. debole⁶²⁰. La forma, combinandosi strettamente con il contenuto del contratto, cessa così di essere requisito neutro rispetto alla posizione delle parti, in quanto posto a specifica tutela di una di esse.

Gli interventi normativi in materia muovono espressamente dalla consapevolezza dell'esistenza di una sostanziale disuguaglianza di posizioni (in termini di asimmetrie informative e – dunque – di potere contrattuale) tra le parti negoziali che caratterizza ampi settori della contrattazione, cercando di offrire risposte alle esigenze di composizione dei conflitti sociali che ne scaturiscono in termini di “trasparenza delle condizioni negoziali e quindi dei termini dell'affare”⁶²¹.

Proprio il riconoscimento di una sostanziale disuguaglianza nell'accesso alle informazioni relative all'affare e, dunque, nelle posizioni di potere e soggezione derivanti dalle distorsioni del mercato concorrenziale, forniscono una nuova e distinta funzione del formalismo. Questo, più che connesso con l'importanza o il valore dell'oggetto sul quale cade l'accordo, specifica ed arricchisce la tradizionale funzione di

ss.; LAMBERTUCCI P., *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti: riflessi giuslavoristici*, in BARBA A. (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 91 e ss.; FALERI C., *Asimmetrie informative ...*, op. cit., pp. 17 e ss. La proliferazione di legislazioni speciali a tutela di classi specialmente deboli di consumatori ed utenti, anche in considerazione della sua regolazione a livello comunitario, è oramai patrimonio acquisito in molti degli Stati membri. Si segnala, per il caso spagnolo, la rilevanza addirittura costituzionale della tutela dovuta a consumatori e utenti assunta quale principio rettore Della politica economica e sociale dello Stato (art. 51 CE “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”). Sul punto, DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho...*, op. cit. pp. 136 e ss. e più in particolare, MARTÍN BRICEÑO M. R., *La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato*, Aranzadi Civil, 2001, n. 1, pp. 1971 e ss. In materia, si segnala anche la recente emanazione di un Testo Unico che riordina la legislazione vigente in materia di tutela di consumatori ed utenti, approvato con Real Decreto Legislativo 16 novembre 2007, n. 1.

⁶²⁰ ECHEVARRÍA DE RADA T., *El formalismo como característica del derecho de consumo*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2000, n. 1863, pp. 617 e ss. L'assimilazione tra le tecniche civilistiche a tutela dei consumatori ed utenti con le posizioni di potere e soggezione nascenti dal rapporto di lavoro non va tuttavia enfatizzata. Se è vero che il complesso di disposizioni in materia al pari di quanto avviene nel diritto del lavoro prende a proprio referente il soggetto in quanto contraente debole e su tale presupposto costruisce meccanismo giuridici di protezione, è anche vero che a monte qui a differenza di quanto succede in ambito lavoristico, non c'è un previo riconoscimento giuridico della posizione di supremazia sociale ed economica del soggetto forte. Non c'è insomma una giuridificazione dei poteri di supremazia dell'impresa con la quale il consumatore o l'utente più o meno liberamente negozia. In tal senso, anche RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras ...*, op. cit., p. 23.

⁶²¹ VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione ...*, op. cit., p. 566.

“responsabilizzazione del consenso”, agendo preventivamente, in un momento logico e temporale antecedente alla prestazione dello stesso⁶²², allo scopo di consentire alla parte “sottoprotetta” una adeguata informazione ed una effettiva conoscibilità del contenuto del regolamento contrattuale e, dunque, sia pure indirettamente, dei suoi effetti e degli strumenti di tutela disponibili. La formalizzazione nel documento scritto del contenuto essenziale del regolamento contrattuale (ovvero, l’obbligo di informazione scritta)⁶²³ consentirebbe un più consapevole posizionamento del soggetto in quanto singolo rispetto al complesso di obbligazioni e diritti di cui è titolare.

Il formalismo giuridico agisce qui dunque allo scopo di promuovere e sostenere l’autonomia privata del soggetto svantaggiato, sul presupposto che il recupero di una posizione di uguaglianza sul piano dell’informazione disponibile consenta un proporzionale recupero anche di forza contrattuale. La corretta e completa informazione risulterebbe, in altre parole, funzionale ad “accrescere la libertà e la consapevolezza della scelta”⁶²⁴, e dunque un più agevole esercizio dei diritti⁶²⁵.

⁶²² Parla a tal proposito di funzione preventiva della forma, MARTÍN BRICEÑO M. R., *La protección de los intereses del consumidor ...* op. cit., pp. 1975 e ss. anche se le potenzialità preventivo-informative della forma possono venir snaturate dalla frettolosa apposizione della firma da parte del consumatore ovvero dalla difficoltà di comprensione del testo poco chiaro o farraginoso.

⁶²³ È vero infatti che a volte, il diritto comunitario non impone necessariamente la formalizzazione per iscritto dell’intero contratto, bensì unicamente l’obbligo di informazione scritta. Si vedano a titolo esemplificativo la direttiva 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali ovvero la direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”.

⁶²⁴ Non si tratta – si badi – di una legislazione paternalistica, volta a soccorrere l’umiliante figura della ‘parte debole, ma di un regime che ricollega il rischio alla libertà della scelta” e “così esalta l’autoresponsabilità, l’avvedutezza della scelta, il calcolo razionale della convenienza”. IRTI N., *L’ordine giuridico del ...*, op. cit., p. 75. Per l’ordinamento spagnolo, appare pertinente ricordare che il citato T.U. in materia di tutela del consumatore e utente, dopo aver annoverato “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios” tra i diritti fondamentali del consumatore/utente (art. 8, comma 1, lett. d), specifica poi (art. 17) che “la información precisa”, che dovranno assicurare e promuovere gli organi pubblici anche attraverso i mezzi di comunicazione di cui dispongono, è funzionale ad un “eficaz ejercicio de sus derechos”. Come è evidente, qui l’informazione è considerata come condizione per un’efficace autodifesa e promozione dei propri diritti.

⁶²⁵ IRTI N., *Codice civile e società politica ...*, spec. pp. 99 e ss. È evidente qui l’influenza esercitata dall’analisi economica del diritto che ha prevalso sulle categorie elaborate dalla sociologia dei ruoli. Quest’ultima, partendo dal presupposto che in nessun caso l’intervento normativo consente di recuperare l’attitudine dei soggetti ad autodeterminarsi nel mercato, giacché l’agire del soggetto-consumatore-utente non costituisce mai il frutto di una libera scelta, bensì la conseguenza di condizionamenti esterni, promuove conseguentemente interventi normativi volti a garantire una più equa distribuzione dei rischi (negazione del carattere vincolante di determinate pratiche contrattuali o esercizio di un controllo incisivo sulle pratiche che attengono alla fase

Se questa è una delle tendenze che si sviluppano sul piano dell'ordinamento generale, da essa non sembra essere rimasto immune neppure quel settore dell'ordinamento, tradizionalmente caratterizzato da una originaria diffidenza verso lo stesso, qual è il sistema giuslavoristico. Le specifiche caratteristiche del contratto di lavoro - essenzialmente l'essere un contratto di durata, dal contenuto complesso, fondato su una strutturale disuguaglianza tra le parti -, hanno storicamente spinto, infatti, a prestare speciale attenzione più che ai profili formali, a quelli effettuali del rapporto, in funzione della necessità di riequilibrare posizioni di potere e soggezione strutturalmente (oltre che socialmente) connesse al fenomeno del lavoro prestato sotto la direzione ed in favore di interessi produttivi altrui. In questo senso, il formalismo giuridico, in quanto presupponente una certa indifferenza dell'ordinamento verso tali disuguaglianze ed anzi, in quanto fondato su una sostanziale parità contrattuale tra i soggetti parti del rapporto, è stato tradizionalmente interpretato come tecnica di regolazione espressione dei principi del Liberalismo giuridico, al cui superamento si era ispirata, appunto, la normativa giuridica del lavoro⁶²⁶.

In gran parte superati dubbi e timori⁶²⁷, il formalismo giuridico è stato sempre più frequentemente utilizzato anche nel campo del diritto

precontrattuale, etc). Al contrario, l'analisi economica del diritto parte dal presupposto che un'adeguata informazione circa i termini essenziali dell'affare sia sufficiente a garantire la libertà della scelta e dunque la responsabilità individuale. Sul punto, SOMMA A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 405 e ss. il quale A. sottolinea come la legislazione comunitaria in materia di tutela del consumatore sia passata da un approccio del primo tipo (es. direttiva 91/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori) ad un approccio prevalentemente del secondo tipo (direttiva 86/577/CEE in materia di tutela del consumatore in caso di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, direttiva 90/314/CEE concernente viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", direttiva 97/7/CE in materia di contratti a distanza, ovvero disciplina in materia bancaria, creditizia ed assicurativa). Dello stesso autore, *Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell'autonomia individuale stimulate da un recente contributo*, pubblicato sul Boletín Mexicano de Derecho Comparato, disponibile sul sito internet www.info.juridicas.unam.mx. Sulle relazioni tra analisi economica del diritto e diritto del lavoro, ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, RIDL, I, 1994, pp. 399 e ss; LOI P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, pp. 547 e ss; DEAKIN S. WILKINSON F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, pp. 587 e ss.; ID., *Ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, DML, 2002, n. 2, pp. 29 e ss.; DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, pp. 3 e ss.; ICHINO P., *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, ADL, 2006, n. 2, pp. 454 e ss; ID., *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, LD, 1998, pp. 309 e ss. Per un esame critico ad alcune delle teorie di Pietro Ichino, GHEZZI G., PUGLIESE E., SALVATI M., *Tre commenti a il lavoro e il mercato di Pietro Ichino*, DLRI, 1997, pp. 163 e ss.

⁶²⁶ Si sottolinea poi che, essendo il contratto di lavoro un contratto di durata difficilmente sarà possibile cancellare, ovvero astrarre in un documento, prestazioni che si siano già realizzate. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1978, p. 120.

⁶²⁷ Si è sostenuto a tal proposito in dottrina che il principio della libertà di forma, applicato alla disciplina lavoristica, assolverebbe ad una funzione protettiva del

del lavoro come tecnica funzionalizzata alla protezione del lavoratore, in quanto parte più debole del rapporto di lavoro. Anche qui si assiste ad un tendenziale recupero dei profili formali di regolamentazione, espressione, tra l'altro, della più generale tendenza all'esaltazione del ruolo dell'autonomia e del contratto individuale quali fonti del vincolo contrattuale e delle reciproche obbligazioni delle parti⁶²⁸. Il recupero di più ampi margini regolativi del contratto, quale premessa per una sostanziale individualizzazione/razionalizzazione del diritto del lavoro, ha spinto in altri termini ad attribuire maggiore importanza al formalismo, tanto in funzione di tutela del lavoratore-contrante debole in un settore tradizionalmente più orientato alla valorizzazione dei profili effettuali, quanto in funzione di esigenze di semplificazione e razionalizzazione degli interventi.

III. 3. – Il principio della libertà della forma del contratto di lavoro.

Anche per questo ramo dell'ordinamento non si prevedono, in linea generale, prescrizioni particolari relative alla forma del contratto di lavoro, tanto nel senso che la determinazione della stessa - pur sempre necessaria - è rimessa alla libera scelta delle parti, quanto in quello che devono ritenersi applicabili le regole generali contenute nel Codice civile per la conclusione del contratto.

La generalizzazione del principio antiformalista nel diritto del lavoro può essere interpretato come conseguenza della scarsa attenzione prestata nel diritto delle origini al fenomeno del lavoro subordinato, del diffuso analfabetismo allora imperante, ovvero della sua derivazione civilistica, ovvero anche in relazione alla speciale rilevanza che assume nel diritto del lavoro il momento attuativo su quello meramente contrattuale. In ogni caso, la mancata determinazione legale delle modalità di manifestazione del consenso importa che anche per la conclusione del contratto di lavoro, in linea di principio, "le parti possano avvalersi di qualsiasi strumento rappresentativo idoneo alla esteriorizzazione della volontà negoziale, e quindi anche della forma

lavoratore nella misura in cui neutralizzerebbe le potenzialità ostacolizzanti l'applicazione del diritto del lavoro implicite nell'imposizione di obblighi di forma. In altre parole, attraverso il riconoscimento di tale principio anche in campo lavoristico, si sarebbe perseguito e realizzato l'obiettivo di facilitare e flessibilizzare l'applicazione del Diritto del Lavoro, a prescindere dal rispetto di requisiti formali. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ O., *La forma en el contrato del trabajo*, CES, Madrid, 2002, pp. 100 e ss.

⁶²⁸ O forse si tratta di quella tendenza operante già da tempo, secondo quanto evidenziato dalla dottrina, "alla dilatazione del diritto del lavoro, dal momento della produzione e della distribuzione del reddito tra fattori della produzione, a quello più vasto del consumo". PERONE G., *L'accordo sul costo del lavoro: problemi e prospettive*, LD, 1983, I, p. 94.

tacita, ivi compreso il silenzio”⁶²⁹. Il contratto di lavoro, almeno nella sua versione cosiddetta *standard*, dunque, si perfeziona sulla base del mero presupposto dell’adesione, in qualunque modo manifestata, di entrambe le parti all’assetto di interessi implicato nel contratto di lavoro subordinato, e ciò a prescindere, appunto, dalla forma (orale, scritta o anche tacita) in cui il consenso stesso viene in concreto manifestato⁶³⁰.

A differenza di quanto avviene in Italia, nell’ordinamento spagnolo, il principio della libertà della forma per la stipulazione del contratto di lavoro gode di espressa previsione normativa. L’art. 8, comma 1 ET recita espressamente, “El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra”. Ne consegue che, anche qui come in Italia, “La exteriorización de la voluntad de convenir, expresa (escrita o de palabra), o tácita (hechos concluyentes), es suficiente para la celebración válida del contrato del trabajo”⁶³¹, ovvero che “es el consentimiento el elemento que da origen a la relación contractual y este consentimiento puede manifestarse expresamente, bien sea por escrito o de palabra, o puede tratarse de un consentimiento tácito”⁶³².

⁶²⁹ MAGRINI S. voce *Lavoro (contratto individuale)*, in ED, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 401 e ss. Sul punto, anche, FERRERO G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, DLRI, 1989, p. 559. CAMERLYNCK G., *I modi non formali di espressione della volontà nel diritto del lavoro*, RDL, 1968, I, p. 379 e ss.; SMURAGLIA C., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 87 e ss.; DELL’OLIO M., *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1970, pp. 192 e ss.; BETTINI M. N., *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 145 e ss. Per la giurisprudenza, a titolo esemplificativo: Cass. 13 giugno 1990, n. 5731, in DPL 1990, 2565, con nota di Di Nunzio. L’applicabilità del principio della libertà della forma anche per la conclusione di contratti collettivi di lavoro è stata ribadita dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 22 marzo 1995, n. 3318, in Foro It., 1995, I, pp. 1138 e ss. Per le peculiarità della forma del contratto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni, CARINCI M. T., *Costituzione ed estinzione del rapporto*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 241 e ss.

⁶³⁰ Cass. 23 agosto 2000, n. 11045, in RIDL, 2001, II, p. 622; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1885, in Mass. Giust. Civ., 2000, p. 405.

⁶³¹ PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del trabajo*, Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 526.

⁶³² PÉREZ REY J., *Forma escrita obligatoria y consecuencias contractuales de su incumplimiento en el contrato de trabajo*, Riv. Jur. de Castilla-La Mancha, 2000, n. 28, p. 180. Si tratta, in realtà, di una possibilità - quella della forma tacita e/o per fatti concludenti - già implicitamente contenuta nel riconoscimento del principio dell’autonomia contrattuale, la cui positivizzazione tuttavia ne accentua la rilevanza. Si veda pure, nello stesso senso, ALBIOL MONTESINOS I., CAMPUS RUIZ L. M., LÓPEZ GANDÍA J., SALA FRANCO T., *Derecho del trabajo. Fuentes y contrato individual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 288. La mancanza di un referente normativo analogo a quello dell’art. 8, comma 1 ET nell’ordinamento italiano ha creato non pochi problemi interpretativi alla dottrina ed alla giurisprudenza ed ha costituito in passato motivo di appiglio per ricostruzioni teoriche di tagli a-contrattualistico, ora come si è visto sostanzialmente superate. TORRENTE A., *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Milano,

IV. – Le funzioni tradizionali delle prescrizioni di forma nel diritto del lavoro.

Se è vero che la regola generale valevole per la conclusione del contratto di lavoro è stata fin da sempre quella della libertà della forma, è anche vero che fin da subito la normativa in materia di contratti c.d. atipici e/o flessibili si è caratterizzata per la presenza di tecniche di regolazione che hanno associato alla *tipicità* dei modelli (le alterazioni rispetto al modello “normale” di contratto di lavoro vengono ammesse solo entro i limiti del rispetto di “tipi” rigidamente e tassativamente predefiniti dal Legislatore), anche i requisiti della *causalità* (nel senso della subordinazione dell’accesso alle tipologie di lavoro flessibile al verificarsi di determinate circostanze di tipo oggettivo, ovvero anche soggettivo⁶³³) e, appunto, della *formalità*, ovvero della necessità di forme determinate e vincolate di esteriorizzazione del consenso⁶³⁴.

In tutti questi casi, le prescrizioni di forma si sono tradizionalmente giustificate in ragione del fatto che si tratta di modelli contrattuali ovvero di clausole che importano deviazioni più o meno incisive rispetto al rapporto di lavoro c.d. *standard*, quello a tempo pieno e durata indeterminata. Essendo clausole o forme contrattuali capaci di generare particolari ed ulteriori aggravii alla posizione soggettiva del lavoratore – anche in conseguenza dell’attenuazione dello statuto protettivo ad esse collegato -, ovvero di incidere più profondamente su valori fondamentali quali la libertà, la dignità, la professionalità, la salute

1966; *contra*, DELL’OLIO M., *La prestazione di fatto ...*, op. cit., p. 169 e ss. Per una panoramica generale sempre relativa al sistema italiano, CASTELVETRI L., *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 45 e ss e pp. 123 e ss.

⁶³³ Fatta eccezione, per quanto riguarda il sistema spagnolo, per il periodo in cui ha trovato applicazione la disciplina relativa alle fattispecie di lavoro a termine c.d. a causali, sul punto quanto già detta nel §. IV. 2 - del secondo Capitolo.

⁶³⁴ Quello della formalità non è, infatti, fenomeno del tutto nuovo per il diritto del lavoro. Anche prima dell’esplosione della contrattazione atipica, e fin dall’emanazione del Codice civile, era possibile rinvenire ipotesi di forma vincolata per la conclusione di determinati patti o per l’apposizione di specifiche clausole accessorie al contratto di lavoro. Si veda a tal proposito la disciplina risultante già dal Codice italiano del ’42 in materia di patto di prova o di non concorrenza – artt. 2096 e 2125 c.c. - ovvero la normativa in materia di contratto di lavoro dei marittimi e della gente dell’aria – artt. 328, 375 e 903 Cod. nav. -, di lavoro sportivo – art. 4 l. 23 marzo 1981, n. 91 -, di apposizione della clausola del termine finale al contratto, etc. Per l’ordinamento spagnolo, l’esigenza della forma scritta per il patto di prova è stabilita all’art. 14 comma 1 ET - e la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che si tratti di uno dei rari casi nell’ordinamento spagnoli di forma richiesta ad *substantiam* o costitutiva (-, mentre l’art. 21, commi 2 e 4 ET stabiliscono l’esigenza di forma scritta per la clausola di non concorrenza e per quella di permanenza nell’impresa (sono due delle rarissime ipotesi in cui il diritto del lavoro spagnolo impone all’autonomia privata vincoli di forma *ad substantiam*). Per un riepilogo delle esigenze di forma imposte dalla normativa precedente all’emanazione dell’Estatuto de los Trabajadores, nell’ordinamento spagnolo, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo: regulación histórica y última tendencias*, REDT, 2002, spec. pp. 413 e ss.

e la sicurezza dei lavoratori coinvolti, l'imposizione della forma vincolata è stata interpretata come funzionale all'esigenza di garantire da un lato, la possibilità di un più incisivo controllo pubblico sul loro utilizzo e dall'altro, una maggiore attenzione e consapevolezza da parte del soggetto particolarmente esposto, chiamato a prestare il proprio consenso⁶³⁵.

Allo stesso tempo, il carattere di eccezionalità attribuito agli obblighi di forma ha rappresentato il rovescio della medaglia dell'abilitazione in via meramente eccezionale dell'autonomia individuale al ricorso ai tali clausole e forme contrattuali. L'imposizione di una forma vincolata per la stipulazione di queste particolari modalità contrattuali è servito cioè anche a rappresentare l'atteggiamento di sostanziale sfavore dell'ordinamento giuridico verso l'utilizzo da parte dei privati delle stesse e, di conseguenza, a giustificare l'accentuato interesse del sistema ad esercitare un controllo pubblico specifico in funzione della prevenzione e repressione di possibili "abusi"⁶³⁶.

La centralità, in termini di preferenza, di cui tutt'ora gode il contratto a tempo pieno e durata indeterminata nel sistema, spiega altresì lo speciale rigore delle conseguenze sanzionatorie associate, almeno nel sistema italiano, alla violazione delle prescrizioni di forma (nullità della clausola di temporaneità – prova o termine ovvero del patto di non concorrenza – e ripristino delle regole generali valevoli per un qualunque contratto a tempo indeterminato). Si avrà modo di approfondire l'indagine sul punto.

IV. 1. - Alcuni esempi paradigmatici dell'utilizzo della forma in funzione della garanzia del controllo pubblico e collettivo.

⁶³⁵ AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 231. Scrive a tal proposito PÉREZ REY J., *Forma escrita obligatoria y ...*, op. cit., p. 181: "En estas relaciones, eufemísticamente conocidas como atípica, la forma sirve para mostrar aquellos aspectos en los que la relación de trabajo se separa del estatuto unitario y homogéneo del trabajo por cuenta ajena al que se tiene acceso a través del contrato de trabajo de duración indefinida y a tiempo completo". In parte diverse sono invece le ragioni che giustificano particolari requisiti di forma per speciali contratti di lavoro quali quello di arruolamento – per il quale il Codice della navigazione prevede l'atto pubblico (art. 328) – o quello del personale addetto alla navigazione interna – per il quale invece si prescrive la scrittura privata (art. 375) -. Qui, al pari di quanto avviene in Italia, più che altro prevalgono interessi di natura pubblica connessi con la sicurezza e la regolarità della navigazione.

⁶³⁶ In tal senso, anche, ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina ...*, op. cit., p. 743 la quale sottolinea la differenza tra controlli di questo tipo e l'accertamento operato dal giudice circa la conformità/differenza tra il contratto stipulato tra le parti e la sua concreta attuazione.

IV. 1. 1. – Le funzioni della forma nei contratti di lavoro caratterizzati dalla temporaneità del vincolo contrattuale.

L'esame della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo determinato risultante dalla oramai abrogata legge 18 aprile 1962, n. 230 (e successive modificazioni) può essere assunta come esempio paradigmatico di quanto fin qui detto.

All'art. 1 della citata legge si imponeva la necessità della formulazione per iscritto del solo termine finale apposto al rapporto di lavoro, il quale, in mancanza, doveva ritenersi "privo di effetto" (art. 1, comma 3). Nessun altro elemento a parte il termine doveva essere formalizzato per iscritto⁶³⁷.

Il carattere di eccezionalità attribuito alle ipotesi di ammissibilità del ricorso a tale modalità di contratto⁶³⁸, così come la stringatezza delle disposizioni in materia di forma contrattuale, permettono dedurre facilmente che la formalizzazione per iscritto del termine assolveva essenzialmente ad un'importante funzione di sicurezza giuridica. Cristallizzando nel documento scritto il momento di estinzione del rapporto, ne assicurava la certezza e contribuiva ad agevolare la possibilità di un efficace controllo pubblico circa la regolarità e la conformità alla legge di eventuali proroghe, successioni ovvero continuazioni del rapporto al di fuori ed al di là dei limiti disposti legislativamente⁶³⁹. L'effetto di rafforzamento della certezza giuridica

⁶³⁷ Neppure il riferimento alla causale (tanto legale, quanto derivante dal contratto collettivo) legittimante il ricorso allo stesso era in principio necessario, anche se nella pratica assai frequente (come invece ora dispone il comma 2 dell'art. 1 del d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368 che, abrogando la disciplina del '62, ha riformato l'istituto – *infra*, nel testo –). Per l'irrelevanza della specificazione della causale legittimante, Cass. 26 maggio 1980, n. 1980, I, c. 1924; Cass. 19 maggio 1988, n. 3492, in Mass., 1988; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2211, in Foro It., 1999, I, 134 con nota di Perrino; Cass. 19 luglio 2002, n. 10607, in AC, 2002, 548. La giurisprudenza, tuttavia, aveva previsto che al datore di lavoro che, pur non obbligato in tal senso, avesse indicato la causale che legittimava l'assunzione a termine, fosse inibita la possibilità di addurre in giudizio una diversa causale, rimando così vincolato a quelle esplicitate nel contratto. Trib. Milano, 26 febbraio 2003, in D&L, 2003, pp. 309 e ss. L'unica eccezione riguardava la stipulazione di contratti a termine per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, per la quale si prevedeva la necessaria indicazione nel contratto del nome del sostituto e della causa della sua sostituzione (art. 1, comma 2, lett. b) l. n. 230/1962). Su quest'ultimo aspetto, Cass. 10 giugno 1992, n. 2211, in FI, 1999, I, pp. 3023 e ss.

⁶³⁸ L'art. 1 della l. n. 230/1962 si apriva con l'affermazione secondo la quale "Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate".

⁶³⁹ Interpretazione implicitamente confermata dalla previsione, in via d'eccezione, della non applicazione dell'obbligo di formalizzazione per iscritto per il caso di rapporti di lavoro puramente occasionali, aventi cioè durata inferiore a 12 giorni (art. 1, comma 5 l. n. 230/1962). Si deve ritenere che in questi casi, l'occasionalità della prestazione di lavoro renda eccessivamente oneroso, in relazione con la consistenza del lavoro, l'adempimento delle prescrizioni di forma

era dunque funzionalizzato essenzialmente ad assicurare un controllo pubblico sul regolare utilizzo della fattispecie contrattuale da parte dell'autonomia privata. Il sostanziale sfavore dell'ordinamento per l'utilizzo da parte dei privati di questa modalità contrattuale giustificava insomma tanto la necessità di un penetrante controllo pubblico sull'autonomia privata, quanto lo speciale rigore sanzionatorio associato alla violazione delle prescrizioni formali: la nullità della clausola del termine con conseguente considerazione del contratto come, *ab initio*, a tempo indeterminato.

Sul lato del lavoratore, invece, la cristallizzazione del termine nel documento scritto, più che funzionale alla possibilità di un controllo (privato-individuale) sullo stesso, serviva a richiamare la sua attenzione sul principale e fondamentale elemento di differenziazione/deviazione che il contratto che si apprestava a stipulare presentava rispetto al modello "normale" o *standard* di contratto, consistente nella natura meramente temporanea del vincolo contrattuale, destinato ad risolversi automaticamente al momento convenuto⁶⁴⁰. La scrittura assolveva insomma eminentemente alla "classica" funzione di "responsabilizzazione" del lavoratore chiamato a prestare il proprio consenso all'instaurazione di un rapporto di lavoro che presentava evidenti elementi di deviazione dal modello *standard*.

Anche per quanto riguarda la formalizzazione dei contratti a contenuto formativo, sembrano valere le considerazioni fin qui fatte in merito alle funzioni tradizionalmente assegnate alla forma vincolata nel diritto del lavoro. Se è pur vero che la disciplina in materia di contratto di formazione e lavoro risultante dall'art. 3 della l. n. 863/1984 non disponeva nulla in materia di forma del contratto di formazione e lavoro⁶⁴¹, una parte importante della dottrina e della giurisprudenza era arrivata alla conclusione che la regola della forma scritta (*ad substantiam*) potesse derivare dall'applicazione in via analogica della disciplina in materia di contratto a termine⁶⁴² ovvero indirettamente dalla

⁶⁴⁰ Si interpretava infatti il termine, al pari di quanto sostenuto in materia di lavoro a tempo parziale, quale *clausola vessatoria* che, in quanto tale, abbisognava di specifica approvazione per iscritto da parte del lavoratore. In tale senso, si veda la ricostruzione del dibattito in AMATO F., *Il contratto a tempo parziale*, e, VACCARO M. J., *Il contratto a termine*, entrambi in AMATO F., VACCARO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Liguori, Napoli, 1991, rispettivamente a pp. 64 e ss. e 118 e ss.

⁶⁴¹ L'imposizione della forma scritta per la stipulazione del contratto di formazione e lavoro è stata infatti positivamente introdotta solo nel 1990 con l'art. 8, comma 7 della l. 29 dicembre 1990, n. 407 che prevedeva anche, in mancanza, la conversione del contratto di formazione e lavoro in un normale contratto a tempo indeterminato.

⁶⁴² Per la giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Cass. 16 gennaio 1993, n. 531, in RIDL, 1994, II, pp. 343 e ss. Con nota di Pizzoferrato; Cass. 4 febbraio 1992, n. 1188, in NGL, 1992, p. 484. Per la dottrina, tra gli altri, D'ANTONA M., *Occupazione flessibile e nuove ...*, op. cit. p. 1167; MARESCA A., *Il contratto a termine per la formazione dei*

necessità della predisposizione ed indicazione del progetto formativo che doveva essere approvato dalla Commissione regionale per le politiche occupazionali (salvo il caso di adesione dell'impresa agli accordi collettivi che regolavano questa tipologia contrattuale – art. 3, l. n. 863/1984⁶⁴³).

Trattandosi di una modalità contrattuale caricata di speciale rilevanza tanto in ragione della finalità formativa ad esso coesistente, quanto sotto il profilo più prettamente occupazionale, le esigenze di un efficace controllo pubblico sulla regolarità nell'utilizzo della stessa da parte dell'autonomia privata erano specialmente avvertite. Il controllo in particolare, veniva assicurato essenzialmente dalla previsione di un sistema di legittimazione/abilitazione al ricorso a questo contratto che si realizzava direttamente attraverso la prescrizione della necessità di un'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità pubblica incaricata di approvare i progetti formativi "predisposti dagli enti pubblici economici, dalle imprese e loro consorzi ovvero, anche a livello locale, dalle loro organizzazioni nazionali", ovvero indirettamente attraverso il rinvio a progetti formativi "conformi alle regolamentazioni del contratto di formazione e lavoro concordate tra le organizzazioni nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative" (art. 3, comma 3)⁶⁴⁴. In tale contesto, l'obbligo di scrittura quale forma imposta di manifestazione del consenso negoziale, agisce nel senso di agevolare la possibilità di tale controllo pubblico e collettivo.

Considerazioni analoghe possono essere fatte in quanto alla disciplina in materia di contratto di apprendistato così come regolato dalla l. 19 gennaio 1955, n. 55. Anche qui come nell'ipotesi anteriormente esaminata, nulla diceva la legge a proposito della forma di manifestazione del consenso negoziale, ma anche qui come nel contratto di formazione e lavoro, si subordinava la regolare costituzione del rapporto alla necessità della preventiva autorizzazione alla stipulazione del contratto da parte "dell'ispettorato del lavoro territorialmente competente, cui [il datore di lavoro] dovrà precisare le condizioni della prestazione richiesta agli apprendisti, il genere di addestramento al quale saranno adibiti e la qualifica che essi potranno conseguire al termine del rapporto" (art. 2, comma 2, l. n. 55/1955).

La necessità della scrittura insomma veniva dedotta in via indiretta dalla prescrizione relativa alla forma di autorizzazione al ricorso a tale tipologia contrattuale e assolveva essenzialmente ad assecondare ed

giovani, RIDL, 1984, I, pp. 493-94; CENTOFANTI S., *Il contratto di formazione e lavoro nella l. 19 dicembre 1984, n. 863*, RIDL, 1985, I, p. 319.

⁶⁴³ Vedi *retro*, §. II. 2. 1. – Cap. II.

⁶⁴⁴ Si rinvia sul punto a quanto già detto a tal proposito nel §. II. 2. 1. – del secondo Capitolo.

agevolare il controllo pubblico sul regolare ricorso alla stessa da parte dell'autonomia privata.

IV. 1. 2. – La forma nel contratto a tempo parziale.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per l'imposizione dell'obbligo di forma scritta nel contratto di lavoro a part-time.

Se è vero che l'art. 5, comma 2 d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in l. 19 dicembre 1984, n. 863⁶⁴⁵ imponeva espressamente la stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro a tempo parziale e disponeva la necessaria indicazione nello stesso delle mansioni e della distribuzione giornaliera, settimanale, mensile e annuale dell'orario, si ritiene che ciò servisse essenzialmente a garantire "la possibilità di un controllo e di un censimento permanente del lavoro a tempo parziale, oltre che per tutelare il lavoratore contro i rischi che potrebbero derivare dall'incertezza circa il contenuto della pattuizione individuale in materia di orario di lavoro"⁶⁴⁶.

La funzione tutelare sul lato del lavoratore si risolveva, dunque, nell'agevolazione in essa implicita del controllo pubblico, funzionale ad "evitare un uso distorto dell'istituto"⁶⁴⁷, a cui si aggiungevano anche effetti di rafforzamento della certezza giuridica derivanti dalla necessaria indicazione anche delle mansioni e della distribuzione oraria. Queste specificazioni nel documento scritto servivano infatti ad evitare, sul lato del lavoratore, gli inconvenienti derivanti da un'eccessiva genericità dell'oggetto contrattuale.

Riservandosi di ritornare in seguito sul grado di effettività della tutela garantita al lavoratore dalle prescrizioni di forma per questo tipo di contratto, basti per il momento sottolineare che le riforme che si sono andate stratificando nel tempo in materia di disciplina del part-time nel

⁶⁴⁵ Abrogato dall'art. 10 del D.M. 25 marzo 1998, n. 142.

⁶⁴⁶ ICHINO P., *Il lavoro a tempo parziale*, in ARRIGO G., ICHINO P., LOY G., ROCCELLA M., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 122-23, il quale utilizza tale precisazione ai fini di sostenere il requisito della scrittura come posto esclusivamente a fini di documentazione e dell'assolvimento degli obblighi di comunicazioni agli organi pubblici di controllo.

⁶⁴⁷ In tale senso, Circolare del Ministero del lavoro e della Previdenza sociale 26 agosto 1986, n. 102, disponibile in appendice, in AMATO F., VACCAIO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Liguori, Napoli, 1991. Ciò appare confermato anche dalla previsione della esigenza di forma scritta per la conversione del contratto da full-time a part-time, possibile solo previa convalida da parte dell'Ufficio provinciale del lavoro, sentito il lavoratore interessato (art. 5, comma 10).

sistema italiano⁶⁴⁸ non sembrano aver introdotto trasformazioni significative delle funzioni attribuite alle prescrizioni di forma per la sua stipulazione. Il requisito della forma scritta, questa volta sicuramente prescritta unicamente ai fini della prova della natura a tempo parziale del contratto⁶⁴⁹ è adesso imposto all'art. 2, comma 1 del d. lgs. n. 61/2000. Al comma 2 del medesimo articolo si prescrive adesso la necessaria indicazione nel contratto scritto della “puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno”.

Senza addentrarci ulteriormente nell'analisi della disciplina appare evidente che, nel contratto part-time, la forma continua a svolgere, quale funzione prevalente, quella di assicurare la riconoscibilità del tipo contrattuale; riconoscimento indispensabile per assicurare la possibilità di un controllo pubblico sull'utilizzo da parte dei privati di questa forma contrattuale.

Vero è semmai che con la consacrazione della rilevanza della forma unicamente ai fini della prova dell'esistenza del contratto, la regolamentazione del part-time “si stacca dal tronco degli schemi negoziali flessibili, nei quali la scrittura è sempre richiesta quale elemento costitutivo di quegli accordi o clausole che potrebbero risultare lesivi degli interessi dei lavoratori”⁶⁵⁰, inaugurando una tendenza all'incremento di prescrizioni di forma imposte unicamente ai fini della prova che sembra importare un'indiretta esaltazione della sua rilevanza meramente interindividuale. Come meglio si cercherà di spiegare in seguito - §. VIII. 1. 2. -, l'attribuzione di una rilevanza limitata al piano probatorio della forma del contratto sembra in qualche modo rafforzare la

⁶⁴⁸ Si fa riferimento agli interventi operati con il d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 che ha dato attuazione alla direttiva 97/81/CE del 15 dicembre 1997, “relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES - /Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale”, successivamente modificato ad opera del d. lgs. n. 100/2001 (per i primi commenti in materia, si rinvia a ROMEI R., *Prime riflessioni sulla nuova legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, ?????, pp. 247 e ss.; MASSI E., TOFACCHI F., IANNELLA M. T., *La nuova disciplina del part-time*, DPL, *Inserto*, 2000, n. 16, pp. III e ss.). Più recentemente, si nuovamente intervenuti in materia prima ad opera degli artt 46 e ss. del d. lgs. n. 276/2003 e, da ultimo, con il comma 44 della l. n. 247/2007.

⁶⁴⁹ È quanto si deduce dal rinvio che l'art. 2, comma 1 d. lgs. n. 61/2000 opera in favore dell'art. 8, comma 1 dello stesso decreto intitolato alle sanzioni. In tale norma, si prevede infatti che “Nel contratto di lavoro a tempo parziale la forma scritta è richiesta a fini di prova. Qualora la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 del codice civile”. Per l'analisi della rilevanza unicamente ai fini della prova della forma vincolata, nonché per un commento sulla differenziazione delle conseguenze sanzionatorie collegate dal d. lgs. n. 61/2002 alla mancanza della forma scritta che impedisca la riconoscibilità del contratto come contratto a part-time ovvero che si risolva unicamente nella mancata indicazione nel contratto della sola collocazione temporale dell'orario di lavoro, si rinvia al §. di questo Capitolo.

⁶⁵⁰ VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione ...*, op. cit., p. 577.

funzione informativa della scrittura; sembra rafforzare cioè la sua utilità sul piano privatistico-individuale anche se poi l'analisi complessiva della disciplina finisce per togliere gran parte dell'effettività a tale utilità.

IV. 2. – Possibili analogie con le funzioni assegnate ai vincoli di forma per la stipulazione dei contratti flessibili nel sistema spagnolo.

IV. 2. 1. – La forma nei contratti a termine.

Considerazioni analoghe possono essere fatte a proposito del sistema di regolazione dei contratti flessibili proprio dell'ordinamento giuridico spagnolo. Anche qui come nel sistema italiano, il Legislatore ha, fin da subito, associato alla tipizzazione dei contratti di lavoro temporanei e/o con diversa modulazione dell'orario di lavoro la necessità non solo di una loro giustificazione causale, ma anche della formalizzazione per iscritto⁶⁵¹. La regola vale senz'altro per i contratti di durata determinata di cui all'art. 15 ET.

L'art. 8, comma 2 ET, infatti, impone contemporaneamente l'obbligo di forma scritta per il contratto *para obra o servicio determinado*, e per qualunque altro contratto a termine di durata superiore alle 4 settimane. Se ne deduce che si tratta di prescrizione sicuramente applicabile al contratto *eventual por circunstancias de la producción* che superi tale limite⁶⁵². L'obbligo di formulazione in un documento scritto vale tuttavia anche per il contratto *de interinidad*, dal momento che l'art. 15, comma 1 lett. c) ET, nel disporre prescrizioni relative al contenuto minimo di tale contratto (l'indicazione del nome del lavoratore sostituito e della ragione della sostituzione), implicitamente richiama la necessità della scrittura⁶⁵³.

⁶⁵¹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo: regulación histórica y ...*, op. cit., pp. 430, "Axial pues, las exigencias de forma operan a partir de entonces como instrumentos de control de la contratación temporal - es lo mismo - garantía del principio de preferencia por la contratación de carácter indefinido".

⁶⁵² Il limite della 4 settimane vale tuttavia solo in caso di contratto di durata determinata certa fin dal momento della sua stipulazione. Deve ritenersi pertanto non operante in materia di contratto *para obra o servicio determinado*, che per definizione è contratto con data di risoluzione incerta e per il contratto di *interinidad*. Si applicherà senz'altro invece ai contratti *eventuales por circunstancias de la producción*.

⁶⁵³ In tal senso, anche GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo (En torno al artículo 8)*, REDT, n. 100, 2000, I, p. 336 cui si rinvia anche per la giurisprudenza collegata. A tal proposito, il RD 18 dicembre 1998, n. 2720 che ha dato attuazione alle previsioni statutarie in commento, ha precisato che mentre il contratto *para obra o servicio determinado* e quello di *interinidad* devono *sempre* essere stipulati in forma scritta, quelli *por circunstancias de la producción* lo saranno quando siano di

Lo stesso art. 8, comma 2 ET prescrive poi l'esigenza di forma scritta anche in tutta una serie di altre ipotesi specificatamente indicate: per i contratti *de práctica y para la formación* (vedi artt. 3, 11 e 17, comma 1 RD-Ley 27 marzo 1998, n. 488), per i contratti a tempo parziale, *fijo-discontinuo y de relevo* (art. 12, comma 4 lett. a) ET), per i contratti di lavoro a domicilio (art. 13, comma 2 ET), per i vecchi contratti *de inserción* stipulati con la Pubblica Amministrazione (art. 15, comma 1, lett. d) ET)⁶⁵⁴, così come per i contratti stipulati in Spagna da imprese spagnole operanti all'estero ed i contratti sottoscritti tramite un'Agenzia di Lavoro Temporaneo (ETT)⁶⁵⁵.

Accanto a questi modelli contrattuali da stipularsi "en todo caso" per iscritto, l'art. 8 rinvia per ulteriori ipotesi – forse innessariamente – ai casi in cui così lo disponga la legge (art. 8, comma 2)⁶⁵⁶. È questo il caso, ad esempio, dei rapporti di lavoro c.d. speciali di cui all'art. 2 ET (personale di alta direzione – art. 4, comma 1 RD 1° agosto 1985, n. 1382 – sportivi professionisti – art. 3, comma 1 RD 26 giugno 1985, n. 1006 – artisti di spettacoli pubblici – art. 3, comma 1 RD 1° agosto 1985, n. 1435 – rappresentanti di commercio – art. 2, comma 1 RD 1° agosto 1985, n. 1438 -, stivatori portuari – art. 15, comma 1 RD Ley 23 maggio 1986, n. 2 – personale civile dipendente in stabilimenti militari – art. 8 RD 13 giugno 1980, n. 2205 -, portatori di handicap assunti in "centros especiales de empleo" – art. 5 RD 1368/1985 -, ausiliari associati - art.

durata superiore alle 4 settimane ovvero quando, sebbene di durata inferiore, siano stipulati a tempo parziale (art. 6, comma 1).

⁶⁵⁴ Si tratta di un contratto da stipularsi tra organi della Pubblica Amministrazione (ovvero enti senza animo di lucro) e disoccupati iscritti all'*Oficina de Empleo*, per la realizzazione un'opera od un servizio di interesse sociale. La sua inclusione tra le ipotesi di contratti con forma vincolata dell'art. 8 ET si deve alla l. 9 luglio 2001, n. 12 (art. 1) relativa alle misure urgenti di riforma del mercato del lavoro per l'incremento dell'occupazione ed il miglioramento della qualità del lavoro, che lo ha introdotto nell'ordinamento. Tale figura contrattuale è stata poi soppressa, anche a causa del suo scarso utilizzo nella pratica, con l'entrata in vigore del RD Ley 9 giugno 2006, n. 5 (si veda la disposizione derogatoria unica).

⁶⁵⁵ Art. 10 l. 1 giugno, 1994, n. 14.

⁶⁵⁶ Intesa, dalla dottrina maggioritaria, in senso ampio come comprensiva anche della normativa risultante dalle disposizioni di regolamento amministrativo. GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo ...*, op. cit., p. 337; PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 74. Più controversa è invece l'interpretazione che vede la possibilità di introdurre vincoli di forma anche da parte della contrattazione collettiva, possibilità sostenuta da quest'ultimo autore (p. 75) e negata invece dal primo (pp. 86-93). In favore di un'interpretazione in senso stretto della norma, che escluda la possibilità di imporre forme vincolate da parte di fonti di rango inferiore alla legge, AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo ...*, op. cit., p. 232, i quali tuttavia contraddittoriamente concordano nell'attribuire alle prescrizioni di forma vincolata una funzione di protezione della posizione del lavoratore.

10, comma 3 ET⁶⁵⁷ -). A questi, si aggiungono poi determinati contratti rientranti in quelli di incentivo alla contrattazione a tempo indeterminato⁶⁵⁸, il contratto di sostituzione di lavoratore in pensionamento anticipato – art. 3 comma 2 RD 17 giugno 1985, n. 1194 ed i contratti conclusi con un’Agenzia di lavoro interinale (ETT) - art. 10, comma 1 l. 1 giugno 1994, n. 14 e art. 15 RD di attuazione 13 gennaio 1995, n. 4 -.

Non molto di più si dice in materia di forma del contratto. L’Estatuto de los Trabajadores prevede infatti prescrizioni relative al contenuto minimo solo in materia di contratto a tempo parziale (per il quale l’art. 12, comma 3 prescrive la necessaria indicazione nel contratto scritto anche del numero di tempo di lavoro ordinario giornaliero, settimanale, mensile e annuale e la sua collocazione temporale⁶⁵⁹), di contratto a domicilio (che ai sensi dell’art. 13, comma 2 ET deve contenere l’indicazione del luogo di svolgimento della prestazione) e di contratto *de interinidad por sustitución* (per il quale, come si è visto, l’art. 15, comma 1, lett. c) impone l’indicazione per iscritto del nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione). Infine, per il contratto *fijo-discontinuo* a ciclo variabile, si prevede la necessaria indicazione della durata stimata dell’attività, della forma e dell’ordine di chiamata stabilito dal contratto collettivo applicabile, nonché della durata prevedibile e della distribuzione dell’orario di lavoro (art. 15, comma 8 ET)⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Si tratta di un patto attraverso il quale un’impresa autorizza un lavoratore a servirsi dei servizi di un aiutante, che in questo modo acquista lo *status* di lavoratore subordinato della stessa, per il quale l’art. 10, comma 3 ET richiede la forma scritta.

⁶⁵⁸ Art. 10 RD-Ley 9 giugno 2006, n. 5 che riforma la l. 9 luglio 2001, n. 12 “ de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”.

⁶⁵⁹ Si tratta della redazione risultante dalle modifiche introdotte dal RD Ley 2 marzo 2001, n. 5 e della citata l. n. 12 /2001 che hanno attenuato il rigore formale della precedente formulazione che precedentemente imponeva non solo l’indicazione della quantità e della collocazione temporale della prestazione lavorativa ma anche la specificazione puntuale della stessa per ciascun mese, settimana, giorno, con l’indicazione dei giorni in cui la stessa era richiesta. Occorre ricordare poi come

⁶⁶⁰ Vero è semmai che l’ET, nella sua versione derivante dalla l. 10 marzo 1980, n. 8, faceva salva – sia pure soltanto con forza di regolamento e per le materia non regolate (4° disposizione finale) - la vigenza della vecchia *Ley de Contrato de Trabajo* del 1944, nella parte in cui stabiliva tutta una serie di requisiti di contenuto minimo per i contratti che doveva stipularsi per iscritto. In particolare, all’art. 16 *Ley de Contrato de Trabajo* del 1944 si prevedeva che essi dovessero contenere: “1°, la clase o clases de trabajo objeto del contrato; 2°, la expresión de si el contrato ha de prestarse por unidad de tiempo, por unidad de obra, por tarea o en cualquier otra forma; 3°, el señalamiento de la cuantía y la forma de pago de la remuneración; 4°, la fijación de la jornada de trabajo y de los descanso, con arreglo a la legislación vigente; 5°, la determinación concreta de los términos de cumplimiento de las disposiciones legales sobre seguros sociales; 6°, la declaración de comprometerse a la observancia escrita de la disposiciones legales sobre el trabajo; 7°, la declaración de si se establecen o no sanciones, y, en caso de

L'esiguità delle disposizioni in materia di forma contrattuale⁶⁶¹ e, soprattutto, il punto di incidenza delle stesse – elementi di differenziazione dal modello *standard* - lasciano presupporre che la funzione svolta dalla forma vincolata in tutte queste ipotesi sia, anche qui, ancora una volta, quella di assicurare la possibilità di un controllo pubblico sul corretto utilizzo da parte dell'autonomia privata individuale di tali istituti, in quanto ricostruiti come modelli devianti rispetto al contratto a tempo pieno e durata indeterminata comunque preferibile⁶⁶². Si ritiene insomma che, anche per l'ordinamento spagnolo, le esigenze di forma vincolata per i contratti di lavoro atipici siano state pensate essenzialmente in funzione dell'interesse pubblico ad un controllo circa la regolarità e la conformità alla legge di tali contratti che, in quanto meno garantisti della posizione del lavoratore, necessitano di maggiore attenzione da parte dell'ordinamento e dello stesso lavoratore che si appresta a stipularli⁶⁶³.

establecerse, la forma de determinarlas y garantías para su efectividad; 8º, la expresión de las facilidades que deben dar los patronos para la educación general y profesional de los obreros o para el cumplimiento de las obligaciones que acerca de esto señalan las disposiciones legales; 9º, la declaración de celebrarse el contrato por tiempo indefinido, por tiempo cierto o para obra o servicio determinado". Tale disposizione è stata abrogata ad opera della disposizione abrogativa unica del RD Legislativo 24 marzo 1995, n. 1, con il quale si è approvato il nuovo testo dell'ET. Sul punto, MARTÍN VALVERDE A., *La Directiva 91/533 sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, AL, 1992, n. 12, pp. 195 e ss.

⁶⁶¹ Si è parlato a tal proposito con espressione grafica di "libertad de forma escrita". SALA FRANCO T. (Dir.), *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 323, citato da PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 92.

⁶⁶² In tal senso, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo: regulación ...*, op. cit., p. 429 che sottolinea tra l'altro come l'esigenza di forma viene associata anche agli obiettivi di promozione dell'occupazione quando si tratta di requisito associato ai contratti di tipo formativo ovvero a quelli di "fomento del empleo" per i quali si prevedono incentivi anche di tipo economico. Il rispetto della forma vincolata diventa qui anche requisito per poter accedere a tali benefici economici (pp. 430-33).

⁶⁶³ Si tratta, tuttavia, di una tutela la cui effettività sul piano individuale risulta sensibilmente attenuata rispetto al sistema italiano, in ragione soprattutto delle diverse conseguenze sanzionatorie associate alla violazione degli obblighi di forma – *infra* –. È vero semmai che con la riforma del mercato del lavoro del 2003 anche in Italia si sta registrando una sostanziale attenuazione del rigore sanzionatorio in caso di inosservanza delle prescrizioni formali. Occorre inoltre ricordare, che, come opportunamente segnalato dalla dottrina spagnola sul punto, l'effetto "psicologico" della forma sul lato del lavoratore viene inopportuno svalutato dalla giurisprudenza nella misura in cui, per evitare l'applicazione delle conseguenze sanzionatorie collegate al mancato rispetto del requisito formale (art. 8, comma 2 ET – su cui più diffusamente *infra* -), non occorre in via generale dimostrare l'avvenuto raggiungimento dell'accordo tra le parti sul carattere temporaneo del rapporto di lavoro, essendo sufficiente la prova della conoscenza dello stesso da parte del lavoratore – oltre che ovviamente la sussistenza delle altre condizioni di legittimazione previste dalla legge -. PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., pp. 45 e ss. e spec. nota n. 47.

IV. 2. 2. – Le funzioni della forma negli altri contratti di lavoro flessibili.

Considerazioni analoghe possono essere fatte a proposito degli obblighi di forma relativi agli altri contratti di lavoro flessibili.

Così, per quanto riguarda i contratti formativi, previsti e disciplinati dal RD 27 marzo 1998, n. 488 (che dà attuazione all'art. 11 ET), si prevede, quale unica obbligazione a carico delle parti in materia di forma contrattuale, la necessaria formulazione per iscritto del contratto *en practicas* nel quale si faccia riferimento al titolo di studio in possesso del lavoratore da assumere, la durata del contratto ed il posto o i posti di lavoro che questi andrà ad occupare durante il periodo di formazione (art. 3). Allo stesso modo, anche per il contratto *para la formación* si prescrive la necessità della sua formulazione per iscritto e l'obbligatoria indicazione nel contratto scritto del "nivel ocupacional, oficio o puesto del trabajo para el que se concierta", del tempo da dedicare alla formazione e della sua distribuzione oraria. Ai sensi dell'art. 10 del RD n. 488/1998, il contratto dovrà poi contenere anche l'indicazione della sua durata e del nome e della qualificazione professionale del lavoratore designato come *tutor*.

Come risulta evidente, anche qui come nel sistema italiano, il Legislatore si preoccupa essenzialmente di rendere espliciti alcuni elementi del contenuto del contratto attraverso la loro necessaria riproduzione nel documento scritto, in modo tale da rendere più agevole il controllo circa l'effettivo rispetto della funzione formativa attribuita a tali tipologie contrattuali⁶⁶⁴. Lo scopo della scrittura insomma sembra

⁶⁶⁴ Entrambi i contratti infatti presentano una medesima giustificazione causale che consiste nel rendere possibile lo svolgimento di un'attività lavorativa che assicuri allo stesso tempo l'acquisizione ovvero il perfezionamento del bagaglio di competenze professionali già in possesso del soggetto al momento della stipulazione del contratto. Ad entrambe le tipologie di contratti formativi poi, non è estranea anche una funzione più propriamente occupazionale consistente nella definizione di un regime giuridico che agevoli l'accesso al mercato del lavoro. Nel più volte citato *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo* dell'aprile del 1997, si legge a questo proposito che si tratta di contratti funzionalizzati "a facilitar la inserción laboral de los jóvenes, tanto los que presentan carencias formativas y de titulación, para garantizarles la adquisición de una formación teórico-práctica, como a aquellos que habiéndola adquirido precisan de una adaptación práctica a través de la experiencia profesional" (art. 1). Ciò che li differenzia dunque non è tanto l'intensità della finalità formativa comune ad entrambi, quanto il livello di competenze professionali che il lavoratore può vantare al momento della conclusione del contratto (titolo di studio di livello universitario, formazione professionale di livello medio o superiore o titoli ufficialmente riconosciuti come equivalenti per il contratto *en prácticas* – art. 11, comma 1 ET e art. 1 RD n. 488/1998 - ; ovvero tutte le altre ipotesi per il contratto *para la formación* espressamente funzionalizzato alla "adquisición de la formación teórica y practica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación" (art. 11, comma 2 ET). In entrambi i casi si prescrivono precisi requisiti soggettivi relativi all'età del lavoratore dal assumere, così come limiti di tempo tanto alla durata del contratto, quanto al periodo che può essere trascorso tra il conseguimento del titolo di studi universitari o di formazione professionale e la

essere ancora una volta quello rafforzare la certezza giuridica e di agilizzare il controllo – essenzialmente pubblico – dell’effettivo rispetto delle finalità e delle obbligazioni nascenti da tali tipi di contratti⁶⁶⁵. A conferma di ciò, l’art. 17 del RD n. 488/1998 non solo prescrive l’utilizzo del modello ufficiale per la formalizzazione del contratto, ma impone anche l’obbligo di registro dello stesso entro 10 giorni dalla sua stipulazione presso il centro per l’impiego competente (*oficina de empleo*).

Per quanto riguarda invece la disciplina relativa alla forma del contratto di lavoro a tempo parziale (art. 12 ET) dopo i numerosi interventi di modifica della disciplina ad esso relativa⁶⁶⁶, la disciplina attualmente vigente impone anche per questa modalità contrattuale la stipulazione in forma scritta nel modello ufficiale e l’espressa indicazione nel documento della durata e della distribuzione del tempo di lavoro (ordinario) con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all’anno. Analogamente a quanto già commentato a proposito del sistema italiano, anche qui si deve intendere che la formalizzazione del contratto assolve essenzialmente ad esigenze di riconoscibilità del tipo contrattuale che si caratterizza rispetto al contratto *standard* unicamente per la riduzione del tempo di lavoro contrattato e di certezza e sicurezza giuridica circa la quantità di sforzo lavorativo richiesto al lavoratore. La forma vincolata, insomma, anche in questo caso sembra prescritta oltre che in funzione della garanzia di riconoscibilità del tipo contrattuale, anche in ragione della necessità di garantire un efficace controllo pubblico sulla regolarità e conformità alla legge di un contratto – quello di lavoro a tempo parziale non controllabile dal punto di vista causale.

Anche per il *contrato temporal de fomento del empleo* (adesso riservato unicamente all’assunzione di disabili⁶⁶⁷), si prevedeva non solo

stipulazione del contratto. Per l’esame dettagliato della disciplina in materia si rinvia a SALA FRANCO T., *Los contratos formativos (art. 11)*, REDT, 2000, n. 100, II, pp. 397 e ss. Per le innovazioni introdotte con la l. 12/2001 che ha in parte ridisegnato i requisiti soggettivi, GOÑI SEIN J. L., *Los contratos formativos en la Ley 12 del 2001: alteraciones en el ámbito subjetivo*, RL, 2002, n. 1, pp. 575 e ss.

⁶⁶⁵ Anche qui, come per il caso di contratti di lavoro a termine, il mancato ottemperamento delle prescrizioni in materia di forma contrattuale determina, unicamente, l’attivarsi di un meccanismo presuntivo circa la natura a tempo indeterminato del contratto, che può essere evitato dal datore di lavoro attraverso la prestazione della prova della natura meramente temporanea del rapporto di lavoro (art. 22 RD n. 488/1998). Come meglio si vedrà in seguito, si tratta in realtà di prova di difficile esperimento da parte del datore del lavoro in tutti i casi in cui l’incorporazione del lavoratore in formazione nell’organico aziendale avvenga per l’espletamento di mansioni che attengano all’attività normale e permanente dell’impresa.

⁶⁶⁶ Ben 8 dalla sua introduzione nell’ordinamento ad opera della l. 10 marzo 1980, n. 8.

⁶⁶⁷ Art. 2, comma 2 e 1 disp. add. RD n. 5/2006 che ne ammette il ricorso nel caso di assunzioni di lavoratori disabili iscritti alla *Oficina de Empleo* con un livello di incapacità pari o superiore al 33% ovvero di lavoratori percettori di una pensione di

la forma scritta per la sua stipulazione, ma anche l'utilizzo del "modelo oficial" di contratto, nonché la registrazione nella *Oficina de Empleo* competente (art. 2, comma 2 in attuazione del disposto dell'art. 8, comma 2 ET che prevede la necessaria stipulazione per iscritto di tutti i contratti a termine di durata superiore alle 4 settimane e conformemente all'art. 6 RD 2104/1984 in materia di registro). La forma scritta rispondeva e risponde qui senz'altro alla necessità di dotare di speciali precauzioni un tipo di contratto che non solo si caratterizzava per la strutturale natura a tempo determinato del rapporto da esso scaturente, e dunque per una sostanziale deviazione rispetto al prototipo normale di rapporto di lavoro, ma anche e soprattutto che non si giustificava sulla base di oggettive esigenze temporanee dell'impresa. La duplice eccezionalità della figura contrattuale in commento, la particolare attrazione che essa poteva suscitare per le imprese, nonché la specifica preoccupazione per un suo utilizzo fraudolento, rendevano insomma necessario assicurare un controllo pubblico penetrante sulla regolarità (formale) e la conformità alla legge della sua stipulazione; controllo affidato a prescrizioni a contenuto formale variamente incidenti sulla struttura del contratto⁶⁶⁸.

E così anche per il *contrato de fomento de la contratación indefinida* che ha praticamente sostituito il vecchio *contrato de fomento del empleo* a partire del 1997, vale la regola della forma scritta. Ai sensi della normativa attualmente in vigore, risultante dalla l. 9 luglio 2001, n. 12 così come modificata dall'art. 10 della RD-Ley 9 giugno 2006, n. 5, il contratto dovrà formalizzarsi necessariamente per iscritto (comma 3, 1° disp. addizionale)⁶⁶⁹. È evidente che trattandosi di un normale contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato caratterizzato unicamente dal un regime fiscale e da strumenti di incentivazione economici che ne favoriscano l'utilizzo non si prescrivono obblighi relativi al contenuto minimo del contratto.

incapacità permanente assoluta. Il contratto non potrà avere durata inferiore a 12 mesi e superiore a 3 anni. Si rinvia a quanto già detto nel §. IV. 2. - del precedente Capitolo.

⁶⁶⁸ Si trattava anche in questo caso di requisito il cui mancato rispetto generava unicamente l'attivarsi della presunzione circa la natura a tempo indeterminato del rapporto; presunzione *iuris tantum*, superabile attraverso la prestazione della prova del carattere temporaneo dell'attività o dei servizi dedotti in contratto. Come è evidente, nonostante la precisazione circa la natura non costitutiva del vincolo di forma imposto per la conclusione di tale contratto operata dall'art. 4, comma 2 del citato RD n. 1989/1984, le speciali difficoltà probatorie ricadenti sul datore di lavoro, costretto a provare una temporaneità che non costituiva requisito essenziale del contratto e che dunque nella pratica poteva anche mancare, trasformavano il vincolo di forma in presupposto quasi-strutturale del contratto. Sul punto, CAVAS MARTÍNEZ F., *La contratación temporal como ...*, op. cit., pp. 392 e ss. e spec. pp. 394-95. e più in dettaglio, in seguito, nel testo.

⁶⁶⁹ Per un'analisi dell'istituto, si rinvia a ÁLVAREZ DEL CUVILLO A., *Análisis funcional del fomento de la contratación por tiempo indefinido en la reforma del 2006*, TL, 2006, n. 85, pp. 59 e ss.

V. 2. 1. - Forma vincolata, autonomia individuale e controllo collettivo nei contratti a termine in Spagna.

Appare a questo punto importante sottolineare che, nel sistema spagnolo, l'esigenza di controllo sulla regolarità e la trasparenza del mercato del lavoro risulta ulteriormente rafforzata dalla speciale rilevanza che ha acquisito l'autonomia privata individuale nella regolamentazione dei contratti a termine. Si è visto infatti, nel corso del secondo Capitolo (§. IV), che se in Spagna la destandardizzazione del contratto di lavoro è stata funzionalizzata più che altrove ad obiettivi occupazionali, l'intervento statale in materia si è rivolto principalmente e direttamente alla autonomia individuale, con scarso coinvolgimento cioè di quella collettiva. All'esaltazione della funzione del contratto (individuale) che ne discende, ha corrisposto insomma una speciale rilevanza anche dei profili formali dello stesso.

E ciò vale non solo per la forma (scritta) del contratto⁶⁷⁰, ma anche per tutta una serie di ulteriori obblighi formali di documentazione che pur non interessando direttamente la struttura contrattuale, ne esaltano il formalismo. In altre parole, alla decollettivizzazione di tale figure contrattuali ha fatto riscontro l'elaborazione di specifiche forme di controllo non più affidate ai meccanismi di contropotere che si generano sul lato collettivo, bensì forme di controllo *ab externo*, pur rimesse non solo ad organismi amministrativi pubblici, bensì anche alla stessa contrattazione collettiva⁶⁷¹.

Si prevede infatti, per i soli contratti atipici (o meglio, letteralmente, per tutti quei contratti per i quali la legge impone una forma vincolata)⁶⁷², accanto agli obblighi generali di comunicazione agli uffici pubblici – su cui *infra* -, obblighi di comunicazione specifici in favore delle rappresentanze legali dei lavoratori⁶⁷³. E' quanto dispone l'art. 8, comma 3, lett. a) ET che prescrive al datore di lavoro l'obbligo di consegna di copia del contratto contenente tutti i dati dello stesso (ad eccezione di quelli che possono pregiudicare il diritto all'intimità

⁶⁷⁰ PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 82.

⁶⁷¹ BAYLOS A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 71 e ss.

⁶⁷² L'unica eccezione riguarda il contratto concluso con personale dirigente, per il quale l'art. 8, comma 3, lett. a) stabilisce solo un obbligo di notificazione dell'avvenuta conclusione del contratto e dello scopo della sua conclusione.

⁶⁷³ Sono tali tanto "los Delegados de personal" di cui all'art. 62 ET, quanto i "Comités de Empresa" di cui all'art. 63 ET. Si tratta in entrambi i casi di organi elettivi di rappresentanza generale dei tutti i lavoratori dell'impresa. In realtà, l'informazione in commento si estende anche ai "Delegados sindicales", ovvero organi di rappresentanza di emanazione del sindacato, dal momento che l'art. 10, comma 3 della Ley Orgánica 2 agosto 1985, n. 11 in materia di libertà sindacale stabilisce espressamente che i delegati sindacali, nell'ipotesi in cui non facciano parte del Comité di impresa, avranno diritto alla stessa informazione e documentazione che l'impresa fornisca al Comité.

personale del lavoratore - per questo probabilmente si parla di copia “básica”⁶⁷⁴, entro 10 giorni dalla sua stipulazione. Allo stesso tempo, l’art. 64 ET nel delineare le funzioni e le competenze assegnate al Comité de empresa, menziona anche quella di conoscere i modelli di contratto di lavoro formalizzati per iscritto ed utilizzati nell’impresa “así como de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral” (art. 64, comma 1, lett. 6).

Se, ai sensi delle disposizioni in commento, il diritto di informazione così statuito ha l’espressa finalità di consentire un controllo (appunto) collettivo circa la regolarità formale e la conformità alla legge del contratto stipulato, alla stessa *ratio* risponde l’obbligo di comunicazione agli uffici amministrativi pubblici⁶⁷⁵. Tali prescrizioni procedurali adempiono cioè ad una preminente funzione di controllo collettivo ed amministrativo *esterno* sulla trasparenza e la regolarità formale del mercato del lavoro⁶⁷⁶, alle quali rimane estranea dunque qualunque finalità di rafforzamento diretto della posizione contrattuale del lavoratore. È chiaro tuttavia che il coinvolgimento sindacale

⁶⁷⁴ Le rappresentanze dei lavoratori sono obbligate a firmare la copia del contratto (anche nel caso in cui ritengano il contratto non conforme alla legge) e ciò al fine di certificare l’avvenuta consegna della stessa (art. 8, comma 3, lett. a) terzo capoverso). Il mancato ottemperamento dell’obbligo di consegna della copia básica è considerato infrazione grave ai sensi del l’art. 7, n. 7 RD 4 agosto 2000, n. 5 in materia di sanzioni ed infrazioni nell’ordinamento sociale. Sul travagliato percorso della legge l. 7 gennaio 1991, n. 2 “Sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación” – ora abrogata dalla *Disposición Derogatoria Unica* lett. g) del Real Decreto Legislativo 24 marzo 1995, n. 1 -, che introdusse l’obbligo di consegna della copia básica ai rappresentanti dei lavoratori, si rinvia al numero monografico straordinario n. 100 della “Revista de Trabajo” dedicato appunto al tema “Derechos de Información en materia de contratación laboral”, a cura di De la Villa Gil L. E. Sulla conformità alla Costituzione della l. n. 2/1991 anche in relazione al rispetto della libertà sindacale negativa (art. 28, comma 1 CE) ed alla protezione della sfera privata del lavoratore (art. 18, comma 1 CE), si rinvia alla STC 22 aprile 1993, n. 142.

⁶⁷⁵ Comunicazioni regolate dall’art. 16, comma 1 ET e dal RD 27 dicembre 2002, n. 1424 – ma si veda pure la OM 14 marzo 2003.

⁶⁷⁶ PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del trabajo ...*, op. cit., p. 348. In questo senso, la stessa esposizione dei motivi della l. n. 2/1992 e la citata STC n. 142/1993 nella quale ultima in particolare si legge: “El reforzamiento de las facultades de información de los representantes legales, llamados, como hemos visto, a colaborar con las autoridades competentes en esta materia, ha de redundar necesariamente en una mayor efectividad de la actuación de estas últimas, y también de la Inspección de Trabajo, y consiguientemente, en un más exacto cumplimiento de las normas laborales, lo que corresponde a un interés público relevante, de suficiente entidad como para autorizar intromisiones en esferas personales que en principio pudieran considerarse reservadas en aplicación del art. 18.1 CE ... corresponde a los representantes legales de los trabajadores velar por el cumplimiento de la normativa laboral en el seno de la empresa [art. 64.1.8 a) ET]. Y desde esta perspectiva también, no es irrazonable ni desproporcionado que el legislador acuerde determinados derechos de información, instrumentales al control aludido que permiten llevarlo a cabo en un área de las relaciones laborales particularmente necesitado de él como es el de la de contratación temporal.”

nell'attività di monitoraggio e controllo sulle modalità contrattuali utilizzate dall'impresa consente al sindacato anche una più attenta considerazione ed valutazione delle strategie da elaborare in difesa degli interessi dei lavoratori. Anche in considerazione di ciò, la legge sanziona il mancato o l'incorretto ottemperamento dell'obbligo in questione da parte del datore di lavoro, qualificandolo come sanzione grave ai sensi dell'art. 7, comma 1 del RD-Ley 4 agosto 2000, n. 5⁶⁷⁷ e abilita la contrattazione collettiva ad attivare l'intervento dell'Ispettorato del Lavoro ai fini dell'accertamento e dell'applicazione della sanzione amministrativa corrispondente.

V. – Generalizzazione della regola della forma vincolata per i contratti flessibili e mutamenti strutturali e funzionali: alcuni esempi paradigmatici.

Rispetto a questo modello che intende le prescrizioni relative alla forma vincolata dei contratti flessibili come dirette essenzialmente ad assicurare la possibilità di un più agevole controllo pubblico (e collettivo) sulla regolarità e la trasparenza del mercato del lavoro, sembra possibile sostenere una progressiva moltiplicazione e diversificazione delle funzioni connesse all'imposizione di prescrizioni di forma per la stipulazione dei nuovi o riformati contratti di lavoro flessibile.

Al pari di quanto si cercherà di mettere in evidenza a proposito della disciplina relativa alle prescrizioni di obblighi di informazione individuale, anche quella in materia di forma del contratto sembra cioè subire un progressivo mutamento di funzioni e di significati. Ciò è senz'altro l'effetto delle trasformazioni che hanno interessato la disciplina e la considerazione del lavoro atipico nel diritto del lavoro degli ultimi anni. Si fa riferimento, in primo luogo, alla proliferazione in termini quantitativi e dell'articolazione in termini qualitativi delle modalità di contrattuali c.d. flessibili per l'accesso alle quali si è andata stabilizzando la "regola" della forma vincolata; ma anche alla tendenziale e generale attenuazione dello storico sfavore che le ha tradizionalmente accompagnate⁶⁷⁸. Se il primo degli elementi segnalati - ovvero la

⁶⁷⁷ Anche il mancato rispetto del termine per la consegna ai rappresentanti dei lavoratori della copia básica è considerata infrazione grave ai sensi dell'art. 15, n. 5, RD-Ley n. 5/2000.

⁶⁷⁸ A questo riguardo, appare quanto meno sorprendente l'evoluzione che ha subito la disciplina della flessibilità nel settore pubblico. Senza entrare nel merito della questione, basti qui ricordare che all'esito del lungo e complesso processo di privatizzazione a cui sono stati sottoposti i rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. a partire soprattutto dal 1992, l'art. 36, comma 1 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (che riproduceva il contenuto dell'art. 36, comma 7 del d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29) disponeva espressamente l'estensione al settore pubblico della disciplina in materia di forme

diffusione sociale e l'articolazione giuridica del lavoro flessibile - ha reso sempre meno appropriato l'utilizzo delle categorie regola/eccezione per l'inquadramento del fenomeno del lavoro flessibile in relazione con quello considerato *standard*, la stessa dicotomia ha perso gran parte della propria pregnanza euristica anche riguardo al rapporto forma libera/vincolata per la conclusione del contratto di lavoro. Allo stesso tempo, il contenimento dell'atteggiamento di sfavore che ha tradizionalmente accompagnato la disciplina e l'accesso al lavoro flessibile, nonché la generalizzazione della "regola" della forma vincolata imposta per il ricorso allo stesso, hanno finito per imprimere ai requisiti formali ulteriori ed innovative funzioni rispetto a quelle fin qui segnalate (responsabilizzazione del consenso e certezza giuridica in funzione dell'agevolazione della possibilità di un controllo pubblico).

Proprio la complessivizzazione del sistema istituzionale e normativo di riferimento, derivante dalla moltiplicazione dei modelli e dunque delle discipline applicabili, ha generato una recrudescenza delle esigenze di certezza e sicurezza del traffico giuridico anche in relazione con la tutela del prestatore di lavoro in quanto contraente debole. Ciò ha

contrattuali flessibili disposta per il settore privato, pur nel rispetto delle regole sul reclutamento del personale. L'estensione si giustificava essenzialmente quale precipitato della volontà politica di pervenire ad un sostanziale omologazione delle regole in materia di assunzioni, fermo restando i tratti di specialità della disciplina nel settore pubblico. In tale contesto, forti perplessità aveva suscitato la decisione del Legislatore del 2003 di escludere proprio le P.A. dal campo di applicazione della importante riforma portata avanti nel 2003. L'art. 6 della l. delega e il comma 2 dell'art. 1 del d. lgs. n. 276/2003 dispongono espressamente l'esclusione del settore pubblico dal campo di applicazione della normativa (anche se poi almeno per alcuni aspetti l'esclusione viene in parte ridimensionata. Per un primo commento, si rinvia a BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 36/2004 disponibile sul sito internet: www.unicit.it). La divaricazione tra settore pubblico e privato era poi proseguita con l'emanazione della legge 9 marzo 2006, n. 30 (legge di conversione del decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4), che ritoccava gli artt. 35 e 36 del del d. lgs. n. 165 del 2001. In particolare, il nuovo comma 1-bis dell'art. 36 disponeva espressamente che "le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi" (per un commento sul punto, si rinvia a MAINARDI S., *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 30*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 45/2006 disponibile sul sito internet www.unicit.it). Infine, sempre nell'ottica della necessità di contenere il fenomeno della precarizzazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, l'art. 3, comma 79 della legge finanziaria per il 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244), ha nuovamente ridisegnato l'art. 36 d. lgs. n. 165/2001 che è adesso formulato nei termini che seguono: "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile (...) se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi".

portato ad un'accentuazione della rilevanza del momento contrattuale e del formalismo ad esso connesso, che si è tradotto in un ampliamento della pregnanza e delle funzioni della forma del contratto. Quest'ultima, per certi versi, sembra esaltare e, per altri, trasformare gli effetti che abbiamo chiamato di certezza giuridica e di responsabilizzazione del consenso individuale; e ciò, in primo luogo, quale conseguenza del mutamento strutturale delle prescrizioni che impongono una forma determinata per la conclusione del contratto di lavoro.

Si fa riferimento al fatto che sempre più spesso ad una più dettagliata tipizzazione del modello contrattuale flessibile si associano prescrizioni di forma che si combinano strettamente con prescrizioni di contenuto minimo del contratto⁶⁷⁹; contenuto minimo che coincide, a ben vedere, con la riproduzione nel documento scritto quanto meno dei principali elementi caratteristici di ciascun tipo contrattuale⁶⁸⁰. L'effetto "informativo" che ne deriva sul lato del lavoratore⁶⁸¹, per un verso, rafforza la funzione di responsabilizzazione del consenso della forma rispetto al complesso delle situazioni giuridiche che deriveranno dalla sottoscrizione del contratto, mentre per l'altro, tende ad agire su di un momento logico e temporale anteriore a quello della prestazione del consenso negoziale. L'informazione sempre più dettagliata circa il contenuto (e quindi gli effetti) del contratto riprodotta nel documento scritto, sembra cioè preordinata ad assicurare alla parte "sottoprotetta" (la possibilità di) una conoscenza quanto più possibile precisa del complesso di posizioni giuridiche soggettive che derivano dal contratto che si appresta a sottoscrivere.

Ciò che si intende dire è che l'esaltazione del momento informativo della forma vincolata (ottenuto attraverso la combinazione con prescrizioni sempre più dettagliate relative al contenuto minimo essenziale del contratto flessibile) sembra preordinata a garantire, sul lato del lavoratore, una maggiore possibilità di intervento e codeterminazione

⁶⁷⁹ Dando luogo a quella che MARTÍN BRICEÑO M. R., *La protección de los intereses del consumidor ...*, op. cit., pp.1976 e ss. definisce come "función integradora" della forma.

⁶⁸⁰ Sembra opportuno puntualizzare che alla prescrizione di requisiti formali per la stipulazione del contratto si devono ritenere sempre associate necessità di estrinsecazione di certi aspetti del contenuto dello stesso. Dal momento che la formalizzazione per iscritto si riferisce sempre a tipi contrattuali determinati, il riferimento - pur essenziale ed elementare - agli estremi che rendano possibile l'identificazione giuridica del contratto, ovvero il richiamo degli elementi essenziali del contratto, è sempre necessario. Quando si parla nel testo di prescrizioni di contenuto minimo si allude alla necessaria indicazione nello stesso di ulteriori elementi aggiuntivi e complementari rispetto a quelli che derivano naturalmente dalla formalizzazione per iscritto che rispondono ad esigenze di tipo diverso e che non potrebbero essere fatti rientrare nella nozione stessa di forma vincolata. In tale senso, anche, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., pp. 48 e ss.

⁶⁸¹ In tale senso, anche D'ONGHIA M., *La forma vincolata ...*, op. cit., p. 78. Per l'ordinamento spagnolo, PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 84.

nella scelta del tipo contrattuale, nella fissazione del regolamento ad esso associabile e dunque nella determinazione degli effetti, nonché una maggiore consapevolezza e capacità di reazione a fronte di eventuali comportamenti irregolari o fraudolenti della controparte negoziale.

Assicurando al lavoratore la possibilità di un'adeguata – in quanto informata – valutazione e dunque ponderazione della convenienza dell'opportunità di lavoro che gli si presenta, la forma agisce insomma nel senso di rafforzare la sua posizione contrattuale anche in ordine ad una più consapevole contrattazione delle proprie condizioni di lavoro che tenga conto anche delle proprie specifiche esigenze ed aspirazioni. Allo stesso tempo, il rafforzamento della funzione di certezza giuridica che deriva dalla possibilità di disporre di un documento che riproduce quanto più fedelmente il contenuto del contratto, gli assicura un più agevole controllo individuale circa la regolarità e la conformità alla legge non solo del contratto concluso, ma anche di tutte le eventuali modificazioni e trasformazioni che possano derivare dall'esecuzione in concreto della prestazione di lavoro, in funzione della prevenzione, quando non anche della repressione, di eventuali abusi di cui si renda protagonista la controparte contrattuale⁶⁸².

V. 1. - La funzione informativa della forma nei contratti di lavoro a orario ridotto, modulato e flessibile.

Esempi paradigmatici del progressivo incremento delle prescrizioni relative alla forma-contenuto minimo del contratto di lavoro flessibile possono essere dedotti, nell'ordinamento italiano, dalla disciplina in materia di contratti di lavoro ad orario ridotto, modulato o flessibile (lavoro part-time, ripartito o *job sharing*⁶⁸³ ed intermittente⁶⁸⁴). In tutte

⁶⁸² “E’ dunque possibile ipotizzare che il formalismo giuridico nella stipulazione dei contratti di lavoro costituisca un limite agli ulteriori ambiti di flessibilità recentemente introdotti nel sistema, una tecnica di controllo giudiziale della conformità della programmazione negoziale alla fattispecie legale e una tecnica di tutela del lavoratore di fronte al rafforzamento dei poteri imprenditoriali anche quando è chiamato a concorrere a determinare quali sono le reciproche obbligazioni che derivano alle parti dalla conclusione del contratto”. ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina ...*, op. cit., p. 739.

⁶⁸³ Che, ai sensi dell'art. 42, deve essere stipulato in forma scritta ai fini della prova della misura percentuale e della collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale a cui sono tenuti i due lavoratori coobbligati, il luogo di lavoro, il trattamento economico e normativo, nonché le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto. Sul punto, il commento agli artt. 41-45 d. lgs. n. 276/2003 di DE SIMONE G., in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e ...*, op. cit., pp. 504 e ss.;

queste ipotesi, il Legislatore associa alle prescrizioni relative propriamente alla forma di manifestazione del consenso negoziale, prescrizioni sempre più dettagliate relative al contenuto minimo del contratto.

Si è già analizzato la funzione della forma nel contratto di lavoro a tempo parziale, sottolineando una sostanziale coincidenza di funzioni delle prescrizioni di forma così come imposte della l. n. 863/1984 prima, e dalla l. 61/2000 poi. Si è visto, in particolare, che qui più che altrove la scrittura serve ad assicurare in primo luogo la “riconoscibilità del tipo”, che si caratterizza appunto per una riduzione del tempo di lavoro rispetto all’orario normale, rafforzando le esigenze di certezza giuridica attraverso la riproduzione nel documento scritto dei propri elementi caratteristici (durata della prestazione e collocazione temporale della

ZILIO GRANDI G., *Il lavoro ripartito tra “nuove” regole e “vecchi” principi*, disponibile sul sito internet: www.dirittodellavoro.it.

⁶⁸⁴ Fattispecie ora espressamente abrogata con l’entrata in vigore il 1° gennaio 2008 della l. n. 247/2007 (art. 1, comma 45). L’art. 35 d. lgs. n. 276/2003 sanciva infatti l’obbligo di indicare espressamente nell’atto scritto le causali – oggettive e soggettive – che ne giustificano il ricorso ai sensi dell’art. 34, il luogo e le modalità della disponibilità a rispondere alla chiamata eventualmente garantita dal lavoratore, il trattamento economico e normativo previsto e l’eventuale indennità di disponibilità, ove prevista, nei limiti dell’art. 36, le forme e le modalità della chiamata, i tempi e le modalità del pagamento della retribuzione e dell’indennità di disponibilità ed anche “le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto”. Sul punto, GOTTARDI D., *Art. 35. Forma e comunicazioni*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e ...*, op. cit., pp. 478 e ss. La soppressione dell’istituto si è accompagnata alla previsione della possibilità, per i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di ammettere lo svolgimento di prestazioni di lavoro a carattere discontinuo, “durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate dall’articolo 10, comma 3 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368” (contratti di lavoro temporaneo – ma anche somministrazione di manodopera -, contratti di formazione e lavoro e di apprendistato, nonché tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che non costituiscono rapporto di lavoro), limitatamente ai settori del turismo e dello spettacolo. A tal fine, la legge impone alle parti sociali di definire condizioni, requisiti e modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative sulla base di parametri di tipo meramente oggettivo ed i limiti temporali massimi del contratto così stipulato, nel rispetto del principio di parità di trattamento economico e normativo con i lavoratori che svolgano le “medesime mansioni” (art. 1, comma 48, lett. a) e b). Si prevede poi che il contratto collettivo preveda e disciplini la corresponsione di un’indennità di disponibilità al lavoratore, dovuta nel caso in questi si obblighi in tal senso in un arco temporale definito. Con la Circolare del 25 marzo 2008, n. 7, Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha chiarito che, l’abrogazione tanto del contratto di lavoro intermittente, quanto della somministrazione a tempo indeterminato disposta dalla l. n. 247/2007 (art. 1, commi 45 e 46), ha effetto solo per il futuro. Seguendo i principi generali in materia di successione delle leggi nel tempo (art. 11 disp. att. c.c.), dunque, a partire dall’1 gennaio 2008, da un lato, non sarà più possibile fare ricorso a tali modalità di contratto di lavoro, mentre dall’altro, i contratti stipulati anteriormente a tale data rimarranno pienamente validi ed efficaci.

prestazione lavorativa). Riconoscibilità e certezza funzionali ad assicurare tanto la possibilità di un controllo pubblico sul corretto utilizzo dell'istituto da parte dei privati, quanto la protezione dell'interesse del lavoratore a evitare un'eccessiva indeterminatezza dell'oggetto contrattuale. Come si è cercato di mettere in evidenza in precedenza, non sembra che i successivi interventi normativi che hanno introdotto modificazioni alla disciplina del 2000 abbiano inciso significativamente sulle funzioni da assegnare prescrizioni di forma contrattuale nel part-time.

Forse l'interpretazione in chiave informativa della funzione della scrittura in questo modello contrattuale ha ricevuto un implicito e indiretto rafforzamento – oltre che dalla conferma della sua rilevanza unicamente sul piano della prova del contratto⁶⁸⁵, anche – in considerazione della progressiva trasformazione della considerazione e dalle funzioni attribuite in generale dall'ordinamento ai modelli contrattuali che implicano una riduzione/flessibilizzazione della distruzione e della durata della prestazione lavoristica. Si fa riferimento alla importanza crescente che, tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale, si sta attribuendo a modelli contrattuali ad orario ridotto, modulato o flessibile nei quali la flessibilità possa rappresentare una risposta non solo alle esigenze di razionalizzazione efficientistica della produzione e dell'organizzazione imprenditoriale e di incentivo all'occupazione di segmenti specialmente deboli del mercato del lavoro, bensì anche a quelle di conciliazione della vita personale e professionale del lavoratore stesso⁶⁸⁶.

Ciononostante, la funzione di rafforzamento della posizione del lavoratore che dovrebbe derivare quale conseguenza dell'effetto informativo della forma risulta in gran parte compromessa da una disciplina che nel complesso si rivela assai meno interessata ad assicurare al lavoratore la possibilità concreta di effettiva disponibilità del tempo non a disposizione del datore di lavoro. Si avrà modo di tornare sul punto analizzando gli effetti che derivano dalla prescrizione dell'obbligo di forma quando prescritto unicamente ai fini della prova⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Per questo aspetto, *infra*, §. VIII. 1. 3. – di questo Capitolo.

⁶⁸⁶ A proposito dell'esigenza di assicurare la possibilità di una migliore conciliazione tra gli impegni professionali ed il libero sviluppo della persona anche al di là del lavoro si veda per l'ordinamento spagnolo la recente emanazione della Ley Orgánica 22 marzo 2007, n. 3 “*para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*” che, tra le altre cose, ha introdotto un nuovo comma 8 all'art. 34 ET formulato nei termini che seguono: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”. Si rinvia, sul punto, a QUINTANILLA NAVARRO B., *La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual*, CRL, 2005, n. 1, pp. 95 e ss.

⁶⁸⁷ Vedi, *infra*, §. VIII. 1. 2. – di questo Capitolo.

Data la recente abrogazione della disciplina relativa al contratto di lavoro a chiamata (o intermittente)⁶⁸⁸, si passerà direttamente ad analizzare le funzioni della forma vincolata imposta anche per la conclusione del contratto di lavoro ripartito (o *job sharing*).

Ai sensi dell'art. 41 del d. lgs. n. 276/2003, si definisce lavoro ripartito, lo “speciale contratto di lavoro mediante il quale due lavoratori assumono in solido l'adempimento di una unica ed identica obbligazione lavorativa”. La legge rimette alla libera determinazione dei lavoratori stessi - “secondo le intese tra di loro intercorse” – tanto la ripartizione dell'obbligo lavorativo, quanto la possibilità di “determinare discrezionalmente, in qualsiasi momento, la sostituzione tra di loro ovvero la modificazione consensuale della distribuzione dell'orario di lavoro” (art. 41, comma 1, lett. a), fermo restando l'obbligo di comunicare “preventivamente”, al datore “con cadenza almeno settimanale (...) l'orario di lavoro di ciascuno dei soggetti coobbligati” (art. 42, comma 1, lett. d).

Tralasciando gli aspetti problematici relativi alla definizione di questa particolare modalità contrattuale⁶⁸⁹, per quanto riguarda la disciplina relativa alla forma di manifestazione del consenso, l'art. 42 d. lgs. n. 276/2003 richiede non solo la formalizzazione per iscritto del contratto, ma anche il rispetto di un determinato contenuto minimo dello stesso. Il contratto scritto deve infatti contenere - “ai fini della prova” - tutta una serie assai variegata di elementi quali: “la misura percentuale e la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale che si prevede venga svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati”(art. 42, comma 1, lett. a); “il luogo di lavoro, nonché il trattamento economico e normativo spettante a ciascun lavoratore” (art. 42, comma 1, lett. b) e le “eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto” (art. 42, comma 1 lett. c).

A differenza di quanto già commentato a proposito del contratto di lavoro a tempo parziale, si tratta qui dell'obbligatoria riproduzione nel

⁶⁸⁸ L'art. 35 d. lgs. n. 276/2003 imponeva infatti l'espressa indicazione nel contratto scritto di una serie assai dettagliata di elementi diversi, non tutti per altro attinenti ai caratteri essenziali dell'istituto. In particolare, prevedeva l'indicazione a) “della durata e delle ipotesi, oggettive o soggettive, previste dall'articolo 34 che consentono la stipulazione del contratto; b) luogo e la modalità della disponibilità, eventualmente garantita dal lavoratore, e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore (...); c) il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e la relativa indennità di disponibilità, ove prevista, nei limiti di cui al successivo articolo 36; d) indicazione delle forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché delle modalità di rilevazione della prestazione; e) i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione e della indennità di disponibilità; f) le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto”.

⁶⁸⁹ Sui quali, tra gli altri, DELL'OLIO M., *Le «nuove tipologie» e la subordinazione: lavoro intermittente e ripartito*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 301 e ss.

documento scritto non solo gli elementi c.d. “essenziali” del contratto, ovvero quelli necessari all’identificazione ed alla riconoscibilità del tipo contrattuale⁶⁹⁰, bensì anche tutta una serie di elementi ulteriori, puramente accessori, che attengono alla disciplina e all’esecuzione del rapporto.

La previsione della necessarietà della scrittura anche di elementi meramente accessori rispetto alla struttura ed alle caratteristiche essenziali del contratto, attinenti alla disciplina del rapporto, sembrerebbe confermare qui più che altrove la finalità eminentemente informativa della forma contrattuale, quale elemento funzionale ad assicurare non già (solo) una corretta identificazione dello schema contrattuale concretamente usato, e dunque un più efficace controllo pubblico, bensì più specificatamente un’adeguata informazione e dunque una quanto più possibile completa conoscenza in capo al lavoratore delle caratteristiche dell’operazione economica che si appresta a realizzare.

Qui più che altrove risalta per un verso, la commistione sempre più evidente tra requisito di forma e contenuto del contratto e per l’altro, lo slittamento della funzionalità della forma (anche) verso finalità più propriamente privatistico-individuali⁶⁹¹. Si fa riferimento alla funzionalizzazione dei requisiti di forma all’assolvimento di interessi che si agitano principalmente sul piano della relazione intersoggettiva datore-prestatore di lavoro, in detrimento della più tradizionale valenza sotto il

⁶⁹⁰ Secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, infatti, l’onere della forma si deve ritenere assolto correttamente quando nel documento scritto sono stati riprodotti gli elementi necessari e sufficienti all’esatta identificazione della fattispecie. GIORGIANNI M., *Forma degli atti (diritto privato)*..., op. cit., pp. 1005 e ss.

⁶⁹¹ Considerazioni analoghe possono essere avanzate anche a proposito delle prescrizioni relative alla forma del contratto di lavoro a progetto nel settore privato. Anche in questo caso e nonostante la natura autonoma della relazione di lavoro, il Legislatore del 2003 ha previsto, accanto ad una serie piuttosto modesta di diritti riconosciuti in capo ai lavoratori in essa coinvolti, una serie di tutele che si esprimono tanto sul piano sostanziale, quanto su quello più propriamente formale. In particolare, in materia di forma del contratto, l’art. 62 recita testualmente: “Il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi: a) indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro; b) indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto; c) il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese; d) le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l’autonomia nella esecuzione dell’obbligazione lavorativa; e) le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto, fermo restando quanto disposto dall’articolo 66, comma 4.” Al pari di quanto visto a proposito del contratto di lavoro ripartito, anche in questo caso l’indicazione degli elementi che devono essere riprodotti nell’atto scritto trascende le esigenze di riconoscibilità del tipo contrattuale, per estendersi anche alla minuziosa indicazione di tutta una serie di elementi non qualificabili come essenziali. Sul punto si rinvia a D’ONGHIA M., *La forma vincolata* ..., op. cit., pp. 229 e ss. e gli AA. citati alla nota n. 26 del secondo Capitolo di questo lavoro.

profilo del controllo pubblico. Con ciò non si intende negare la rilevanza della forma anche sotto il profilo pubblico e generale, bensì più semplicemente evidenziare l'emersione anche di un interesse più propriamente privato-individuale.

Anche in questo caso, per poter valutare correttamente l'effettività dell'informazione ai fini dell'autodeterminazione che deriva al lavoratore dalla riproduzione degli elementi di cui all'art. 42 d. lgs. n. 276/2003 sarà necessario valutare adeguatamente le conseguenze che si producono sul piano sanzionatorio nel caso di mancato rispetto degli obblighi di forma⁶⁹².

V. 2. – La funzione della forma nei contratti a contenuto formativo: la specialità della formalità del contratto di inserimento.

Il Titolo VI del d. lgs. n. 276/2003 regola invece i c.d. contratti a contenuto più o meno formativo; apprendistato (nella sua triplice versione di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, di apprendistato professionalizzante per il conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro ed un apprendimento tecnico-professionale e apprendistato per l'acquisizione di un diploma per percorso di alta formazione)⁶⁹³ e

⁶⁹² Vedi, *infra*, §. VIII. 1. 2. – di questo Capitolo.

⁶⁹³ Il requisito della forma scritta è espressamente previsto per la stipulazione tanto del contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione (art. 48, comma 3, lett. a) e per il contratto di apprendistato professionalizzante (art. 49, comma 4, lett. a), in sostituzione della autorizzazione preventiva da parte del servizio ispettivo della Direzione provinciale del lavoro (art. 2, l. 19 gennaio 1955, n. 25 espressamente abrogato dall'art. 85, comma 1, lett. b) d. lgs. n. 276/2003). Si prevede in entrambi casi che nel documento scritto si indichi la prestazione oggetto del contratto, il piano formativo individuale e la qualifica che potrà essere acquisita al termine del rapporto di lavoro. Non si specifica in alcun modo né il valore del documento scritto, né le conseguenze che derivano dalla sua mancata predisposizione. Si ritiene tuttavia che l'imposizione dell'obbligo di forma debba essere interpretato come la contropartita per la rimozione degli appesantimenti burocratici derivanti dalla necessità della previa autorizzazione amministrativa. Adesso infatti il rapporto si instaura direttamente tra le parti, nel rispetto dei requisiti e delle condizioni poste dalla legge. In merito alle conseguenze da ricollegare alla violazione dell'obbligo di forma, occorre in primo luogo analizzare la finalità che il Legislatore assegna a tale obbligo. Esso senz'altro risponde ad esigenze di controllo pubblico su di una tipologia di contratti che si caratterizzano per la finalità propriamente formativa degli stessi. La forma insomma è requisito funzionale ad assicurare il controllo pubblico sul regolare utilizzo dell'istituto da parte dell'autonomia privata. In ragione di ciò, parte della dottrina ha ritenuto che "la mancanza della forma scritta non potrà comportare alcuna conseguenza né sul piano della validità, né sul piano probatorio", operando unicamente sul piano della regolarità del contratto - forma *ad regularitatem* -. D'ONGHIA M., *Contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo*

contratto di inserimento. È soprattutto questa seconda tipologia di contratto che presenta elementi di speciale interesse ai fini delle considerazioni portate avanti in questo Capitolo. Ad essa verranno dedicate le osservazioni che seguono.

Occorre ricordare fin da subito che si tratta di una modalità contrattuale che si inserisce nel quadro di un sostanziale processo di revisione sistematica dei contratti formativi, portato avanti dal Governo di centro destra allo scopo precipuo di razionalizzarne l'utilizzo e la disciplina⁶⁹⁴, nonché di renderla compatibile con la normativa comunitaria in materia di aiuti di stato all'occupazione⁶⁹⁵.

Mentre la realizzazione delle finalità più propriamente formative viene affidata alla triplice articolazione del contratto di apprendistato (artt. 47-53), al contratto di inserimento di attribuisce una funzione eminentemente occupazionale, consistente nel realizzare l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di determinate categorie di lavoratori considerate particolarmente deboli e/o a rischio di esclusione sociale (art. 54, comma 1 d. lgs. n. 276/2003)⁶⁹⁶, nel tentativo di fornire

il decreto legislativo. 276/2003, Cacucci, Bari, 2004, p. 277. In realtà, in considerazione dell'esistenza di un accentuato interesse pubblico al controllo della legittimità del ricorso a queste forme contrattuali, anche in conseguenza dello speciale regime contributivo ad esse associato, appare maggiormente condivisibile l'opinione di quanti ricostruiscono il requisito di forma collocandolo sul piano della struttura del contratto. Forma dunque come requisito di validità del contratto a contenuto formativo, con la conseguenza che, in mancanza, si applicherà in via analogica quanto previsto per la violazione degli obblighi di forma nel contratto di inserimento – conversione in un contratto a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 56, d. lgs. n. 276/2003 -. In tal senso, anche ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina ...*, op. cit., p. 770; RAVELLI F., *Appunti in tema di riordino dei contratti a contenuto formativo nel decreto legislativo 276/2003*, disponibile sul sito internet: www.unicz.it, p. 11; ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro ...*, op. cit., p. 164.

⁶⁹⁴ Si tratta di una tipologia contrattuale che, in via di principio, non si applica al settore pubblico, nel quale continua a trovare applicazione il diverso istituto del contratto di formazione e lavoro (art. 86, comma 9, d. lgs. n. 276/2003 e d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165), antecedente e modello di riferimento di questa nuova tipologia contrattuale. All'art. 86 comma 8 d. lgs. n. 276/2003, si prevede tuttavia che "il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia". Da ciò si deduce una volontà di adeguamento della disciplina del settore pubblico a quella prevista nel settore privato. ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 174.

⁶⁹⁵ È noto, infatti, che la censura della Corte di Giustizia della CE che ha condannato lo Stato italiano ritenendo che gli incentivi previsti in materia di contratto di formazione e lavoro dovessero essere inquadrati nell'ambito dei c.d. "aiuti di Stato", vietati dall'art. 87 TCE. Sul punto si veda, FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 106 e ss.

⁶⁹⁶ In questo senso, tale contratto può essere interpretato come uno degli strumenti utilizzati dal Legislatore del 2003 per dare concretizzazione alle finalità generali della

così anche una valida e viabile alternativa al lavoro irregolare⁶⁹⁷. In questo senso, l'obbiettivo formativo cede di fronte a quello occupazionale, ben potendo la formazione derivare semplicemente come conseguenza del mero svolgimento della prestazione lavorativa dedotta in contratto. Si tratta dunque di una formazione che non qualifica il contratto, né risulta essenziale⁶⁹⁸ ai fini del legittimo ricorso allo stesso da parte delle imprese⁶⁹⁹.

In materia di forma del contratto, l'art. 56 dispone che essa debba essere scritta *ad substantiam* (comma 1), con la conseguenza che in mancanza, "il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato" (comma 2). Si tratta di una norma che riproduce, forse innecessariamente, quanto disposto in materia di contratto a termine dall'art. 1 d. lgs. n. 368/2001. Il contratto di inserimento viene considerato infatti un vero e proprio contratto a termine (l'art. 57, comma 1 ne fissa la durata in un periodo compreso tra un minimo di 9 ed un massimo di 18 mesi⁷⁰⁰ prorogabile unicamente nel rispetto dei limiti massimi sopra indicati e imperativamente non rinnovabile tra le stesse parti - art. 57, comma 3), sia pure giustificato sulla base di una causale di tipo non oggettivo, bensì soggettivo -. Conseguentemente, si prevede l'applicazione al rapporto di lavoro da esso scaturente della disciplina prevista in materia di contratto a termine (d. lgs. n. 368/2001) "per quanto compatibile" e "salvo diversa previsione dei contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano

riforma così come esplicitate all'art. 1 d. lgs. n. 276/2003 che appunto prevede che "le disposizioni di cui al presente decreto legislativo Sono finalizzate ad aumentare ... i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo ...".

⁶⁹⁷ Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 276/2003, p. 3.

⁶⁹⁸ Come del resto avveniva per il contratto di formazione e lavoro che può essere considerato il diretto antecedente del contratto di inserimento. Con riferimento al contratto di formazione e lavoro, la Corte Costituzionale si era espressa nel senso di ritenere prevalente rispetto alla finalità formativa, quella meramente occupazionale. Si veda sentenza Corte Cost. 20 agosto 1987, n. 190, in OGL, 1987, p. 1015.

⁶⁹⁹ Ciò si deduce in primo luogo dal riferimento ad una formazione meramente eventuale, contenuto nel comma 4 dello stesso art. 55, comma 4 d. lgs. n. 276/2003 che prevede espressamente che "La formazione *eventualmente* effettuata durante l'esecuzione del rapporto di lavoro dovrà essere registrata nel libretto formativo". Corsivo mio. Tale svalutazione del profilo formativo deriva poi anche dalle conseguenze disposte dal decreto per il caso di mancato adempimento da parte del datore di lavoro delle prescrizioni del progetto individuale di inserimento. A differenza di quanto disposto in materia di contratto di formazione e lavoro, si prevede infatti l'irrogazione di sanzioni dal carattere meramente pecuniario. Si ritornerà più diffusamente sul punto nel corso del Capitolo successivo di questo lavoro.

⁷⁰⁰ L'unica eccezione riguarda l'assunzione di portatori di grave handicap fisico, mentale o psichico, "ai sensi della normativa vigente", per i quali la durata massima del contratto può raggiungere i 36 mesi (art. 57, comma 1).

nazionale”, ovvero dei contratti collettivi stipulati a livello aziendale da rsa o rsu⁷⁰¹.

A proposito delle prescrizioni in materia di contenuto minimo del contratto, si specifica che nel documento scritto debba essere riprodotto anche il *progetto individuale di inserimento*, definito, “con il consenso del lavoratore”, secondo le modalità stabilite dai contratti collettivi a ciò abilitati dall’art. 55, comma 2 e “finalizzato a garantire l’adeguamento delle competenze professionali del lavoratore stesso al contesto lavorativo” (art. 55, comma 1)⁷⁰². La centralità occupata, nella definizione della tipologia contrattuale in commento, dal progetto di inserimento, strumento attraverso il quale il legislatore intende perseguire l’obiettivo occupazionale, è tuttavia assai poco valorizzata dalla laconicità della disciplina in materia di sanzioni applicabili per il caso di mancato rispetto degli obblighi formativi a carico del datore di lavoro⁷⁰³.

⁷⁰¹ In questo senso, si ritiene di condividere la considerazione secondo la quale, il contratto a termine si pone come modello di riferimento di tale tipologia contrattuale al pari di quanto avviene per il caso di assunzione con contratto di somministrazione a tempo determinato (art. 22 d. lgs. n. 276/2003).

⁷⁰² ALLEVA P., *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in www.cgil.it, p. 29.

⁷⁰³ Appare significativo il fatto che, per un verso si imponga l’indicazione nel contratto scritto dello stesso (con la conseguenza di ritenere che in mancanza il contratto dovrà ritenersi stipulato a tempo indeterminato), mentre per l’altro le eventuali inadempienze del datore di lavoro in materia di realizzazione dello stesso vengano punite soltanto con una sanzione di tipo economico, consistente nel versamento della “differenza tra contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello d’inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di inserimento, maggiorata del 100 per cento”. Si prevede poi che la sanzione scatti solo in presenza di inadempienze “gravi” ovvero “tali da impedire la realizzazione delle finalità” dell’istituto, “di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro”. A scanso di equivoci, si precisa infine, che la maggiorazione così stabilita esclude l’applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione” (art. 55, comma 5 così come modificato dalla l. n. 80/2005). La disciplina previgente in materia di contratto di formazione e lavoro, da questo punto di vista, era assai più pregnante, prevedendo l’applicazione della sanzione della considerazione del rapporto a tempo indeterminato fin dal momento della sua costituzione in ogni “caso di inosservanza da parte del datori di lavoro degli obblighi del contratto di formazione e lavoro” (art. 3, comma 9 della l. 19 dicembre 1984, n. 863). La giurisprudenza, tuttavia, sembra orientata a voler circoscrivere l’ampiezza del campo di applicazione della sanzione in menzione anche in considerazione del fatto che spesso l’addestramento si sostanzia quasi esclusivamente nell’espletamento da parte del lavoratore dell’attività lavorativa dedotta in contratto. Nella sentenza del 9 febbraio 2001, n. 1907, la Corte di Cassazione stabilisce, infatti, che “una divergenza, anche di non lieve entità, fra obblighi previsti dal contratto di formazione e lavoro e concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione dello stesso in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ove detto svolgimento avvenga con modalità tali – secondo la valutazione del giudice di merito, che è incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata – da non compromettere la funzione di suddetto contratto, che, diversamente dall’apprendistato, tende non già alla mera acquisizione della professionalità ma all’attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro”. Per quanto riguarda invece il

Sempre in materia di forma, requisiti aggiuntivi rispetto a quelli risultanti dalle disposizioni legali sono stati posti dall'Accordo Interconfederale stipulato in data 11 febbraio 2004 dalle principali organizzazioni sindacali e da un consistente numero di organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori e orientato a dettare la disciplina transitoria applicabile al contratto in menzione. In tale accordo, si prevede, infatti, che dal contratto (scritto) di inserimento dovrà essere specificata anche la durata del rapporto – che “nell'ipotesi di reinserimento di soggetti con professionalità compatibili con il nuovo assetto organizzativo”, potrà essere anche inferiore di quella disposta dal d. lgs. n. 276/2003, “tenendo conto della congruità delle competenze possedute dal lavoratore con la mansione alla quale è preordinato il progetto di reinserimento”⁷⁰⁴ -, l'eventuale periodo di prova⁷⁰⁵, l'orario di lavoro determinato in base al contratto collettivo applicato - che potrà essere sia a tempo pieno che a tempo parziale -, ed infine il trattamento di malattia ed infortunio non sul lavoro disciplinato secondo quanto previsto in materia dagli accordi per la disciplina dei contratti di formazione e lavoro o, in difetto, dagli accordi collettivi applicati in azienda, riproporzionato in base alla durata del rapporto e comunque non inferiore a 70 giorni⁷⁰⁶. Si chiarisce poi che il progetto di inserimento, anch'esso concretato nel contratto, dovrà a sua volta contenere la qualificazione al conseguimento della quale è preordinato il progetto di inserimento/reinserimento oggetto del contratto, la durata e le modalità della formazione⁷⁰⁷.

Come è possibile dedurre da quanto sopra riportato, mentre la disciplina legale in materia di prescrizioni formali è senz'altro orientata, quanto meno, alla realizzazione di esigenze di controllo pubblico sulla regolarità e la conformità alla legge dell'utilizzo da parte delle imprese di questa tipologia contrattuale, anche in relazione alla importanza relativa ad essa attribuita sul piano occupazionale, l'integrazione operata in materia di forma dall'Accordo Interconfederale sul punto, sembra puntare più propriamente alla specificazione nell'atto scritto di una serie di diritti importanti derivanti al lavoratore tanto dalla disciplina legale,

mancato rispetto dei limiti di età si ritiene applicabile l'orientamento prevalente in materia di contratto di formazione e lavoro che ne dichiara la nullità. Sul punto, Cass. 24 aprile 1993, n. 4798.

⁷⁰⁴ Punto 5, secondo periodo dell'Accordo Interconfederale citato. L'utilizzo del termine reinserimento, sembrerebbe importare la necessaria circoscrizione del campo di applicazione di tale disposizione soltanto all'ipotesi di soggetti disoccupati e non anche in quella di soggetti alla ricerca della prima occupazione. GOTTARDI D., *Concertazione e unità sindacale. L'Accordo Interconfederale sui contratti di inserimento*, LD, 2004, p. 237.

⁷⁰⁵ “Così come previsto dal contratto collettivo applicato per la categoria giuridica ed il livello di inquadramento attribuiti al lavoratore”. Punto 7 dell'Accordo Interconfederale citato.

⁷⁰⁶ Punto 7 dell'Accordo Interconfederale citato.

⁷⁰⁷ Punto 4 dell'Accordo Interconfederale citato.

quanto da quella collettiva. Sembra cioè che alla forma voglia essere attribuita anche una funzione più propriamente informativa (e di responsabilizzazione del lavoratore) circa il complesso di diritti e obbligazioni nascenti dal contratto che si appresta a stipulare, in funzione della garanzia di un esercizio e di un adempimento più consapevole tanto degli uni quanto degli altri.

Ciò sembra confermato, già a livello legale, dalla precisazione contenuta nel citato art. 55, comma 1 relativa al fatto che il progetto individuale di inserimento debba essere elaborato “con il consenso del lavoratore” che sembra appunto orientata a stimolare una partecipazione più attiva del lavoratore in quanto soggetto principalmente interessato al conseguimento di una formazione/adeguamento “utile” rispetto al bagaglio di competenze e professionalità di cui è già in possesso.

Si nota, insomma, nella definizione di questa modalità contrattuale, un’interessante (nel senso limitato dei fini di cui al presente lavoro) combinazione di funzioni diverse attribuibili al requisito formale. Da un lato, e tradizionalmente, qui la forma vincolata svolge la preminente funzione di assicurare la possibilità di un controllo pubblico sulla regolarità dell’utilizzo di tale forma contrattuale. Dall’altro, sembra possibile immaginare, anche in conseguenza dell’espressa previsione di un progetto individuale di inserimento elaborato “con il consenso del lavoratore” e riprodotto nel contratto scritto, che ciò serva ad attivare una partecipazione più attiva e consapevole del lavoratore alla definizione degli obblighi ma anche nell’esercizio dei diritti derivanti dal contratto. La maggiore informazione sembra orientata dunque a consentirgli (almeno in astratto) una partecipazione più attiva nella definizione del contenuto contrattuale, nonché la possibilità di controllo più consapevole ed efficace circa la corretta attuazione dello stesso e il rispetto dei propri diritti.

È evidente il tentativo di giungere attraverso questo rinnovato formalismo ad un diverso modo di intendere la funzione tutelare del diritto del lavoro; ad un diverso modo di concepire e realizzare la tutela della dignità della persona che lavora. Non si tratta più solo di sostituire al comportamento e alle decisioni individuali del lavoratore la disciplina disposta autoritativamente dalle norme eteronome, bensì di pervenire ad un migliore posizionamento dello stesso in modo tale di garantirgli quella libertà e quella forza contrattuale per poter meglio negoziare le condizioni dello scambio negoziale. Si tratta insomma di attribuire alla forma-informazione la valenza di condizione di riscatto del lavoratore da quella posizione di soggezione e di bisogno in cui anche un diritto del lavoro paternalista e massificato avrebbe contribuito a relegarlo. Si tratta insomma di escogitare meccanismi regolati atti a generare sul lato del lavoro una più attiva responsabilizzazione nella difesa e promozione dei propri diritti e delle proprie specifiche esigenze. Si tratta cioè di creare per il tramite il diritto le condizioni per l’autodeterminazione.

VI. – I diritti di informazione individuale e autodeterminazione del lavoratore.

L'altro fenomeno a cui si è fatto cenno e dall'esame del quale è possibile ricavare un'ulteriore conferma tanto del progressivo recupero da parte del diritto del lavoro di un certo formalismo nelle tecniche di regolazione e protezione del lavoro subordinato, quanto della crescente importanza assegnata all'informazione quale condizione prodromica ad una maggiore possibilità di autodeterminazione anche nel lavoro, è quello relativo allo sviluppo di un complesso sempre più articolato di norme volte alla introduzione di una serie di obblighi di informazione e comunicazione⁷⁰⁸ individuale come conseguenza dell'instaurazione del rapporto di lavoro (ovvero della sua trasformazione e cessazione).

Si tratta di obblighi meramente accessori che, in quanto tali, danno per avvenuta la regolare costituzione del rapporto di lavoro e dunque non incidono sulla validità ed efficacia della stessa⁷⁰⁹, bensì svolgono la funzione di assicurare l'emersione di una pluralità di

⁷⁰⁸ I termini "comunicazione" ed "informazione" vengono qui usati quasi come sinonimi – nel senso che la comunicazione è funzionale all'informazione –, in linea per altro con le scelte seguite dal Legislatore italiano nel d. lgs. n. 152/1997. Sulla complessità della nozione e sulle difficoltà di una ricostruzione unitaria di questa categoria, GRAGNOLI E., *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 3 e ss.

⁷⁰⁹ La natura meramente accessoria di tali obblighi è sostenuta dalla dottrina maggioritaria in ragione di una pluralità di indicazioni in tale senso che emergono dall'esame del dato positivo. In particolare, la innecessaria contestualità tra stipulazione del contratto/instaurazione del rapporto e adempimento degli obblighi di informazione (art. 1, comma 1 d. lgs., n. 152/1997), ovvero la possibilità che questi siano soddisfatti con l'elaborazione di un documento sottoscritto unicamente dal datore di lavoro (più precisamente nella lettera di assunzione ex art. 1, comma 2 d. lgs. n. 152/1997), ovvero infine la previsione di sanzioni di natura unicamente amministrativa (art. 4, d. lgs. n. 152/1997), sembrano tutti elementi sufficienti a conformare l'insussistenza di un'efficacia costitutiva dell'informazione individuale del lavoratore. A ulteriore conferma del carattere meramente dichiarativo dell'obbligo di informazione si richiama anche l'art. 6 della direttiva 91/533/CEE, che esplicitamente dichiara di non voler pregiudicare la disciplina interna di ciascun Paese membro in materia di forma, di regimi delle prove di esistenza del contratto/rapporto di lavoro ovvero di norme procedurali applicabili. Nel caso in cui l'obbligo in questione venga assolto dal datore di lavoro attraverso la stipulazione per iscritto del contratto di lavoro occorrerà distinguere tra forma prescritta per l'esistenza e l'efficacia del contratto (che implica e presuppone la necessaria manifestazione della comune volontà delle parti) e documento contenente le informazioni in commento, che continuerà ad avere unicamente efficacia dichiarativa. RIVARA A., *La direttiva sull'informazione ...*, op. cit. p. 156. Questa Autrice, avanza tuttavia l'ipotesi che in questo caso si possa configurare un'ulteriore ipotesi di forma vincolata, volta alla "certificazione" dell'esistenza e il contenuto del contratto, in funzione della garanzia dei diritti del lavoratore (p. 162). Analogamente, per l'ordinamento spagnolo, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., p. 83 parla a tal proposito di forme vincolate "improprie"; LÓPEZ LÓPEZ J., *La contratación temporal y el fraude de ley*, RL, 1990, pp. 21-23..

interessi di natura pubblica e collettiva, ma anche individuale, connessi con l'instaurazione del rapporto di lavoro⁷¹⁰.

Da un lato, infatti, a fronte di una sostanziale liberalizzazione del sistema pubblico di collocamento - adesso affidato anche all'intermediazione di soggetti privati⁷¹¹ -, nonché di una sua sostanziale semplificazione burocratica conseguente alla generalizzazione del sistema dell'assunzione diretta, permane come unica prescrizione formale a carico del datore di lavoro l'obbligo di comunicazione delle assunzioni effettuate agli organi competenti - i Centri per l'impiego -⁷¹².

⁷¹⁰ In sostanziale aderenza con quanti ritengono quantomeno difficile la ricostruzione di obblighi informativi come conseguenza dell'applicazione anche nel campo del diritto del lavoro degli obblighi di buona fede e correttezza, si è preferito focalizzarsi unicamente su obblighi di fonte legale. Per un riepilogo del dibattito sul punto, FALERI C., *Asimmetrie informative e ...*, op. cit., spec. pp. 47 e ss. la quale sottolinea come per un verso, "l'indeterminatezza del contenuto delle regole di correttezza e buona fede può, tra l'altro, pregiudicare la loro immediata operatività o comunque determinarne una difficile applicazione", mentre per l'altro, "il riconoscere alle clausole generali la capacità di dar luogo ad autonomi obblighi di informazione appare inoltre pregiudizievole per la salvaguardia della certezza del diritto" (p. 57).

⁷¹¹ Sul punto, si rinvia a, GRAGNOLI E., *Collocamento privato e attività dell'intermediario*, in DML, n. 2, 1999, pp. 293 e ss.; LISO F., *Collocamento e agenzie private*, DLRI, 2002, pp. 258 e ss. ora anche in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2003, pp. 517 e ss.; ID., *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 365 e ss.; FILÌ V., *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Kluwer Ipsa, Milano, 2002. OLIVELLI P. (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2003.; TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003. Per l'ordinamento spagnolo, CASAS BAAMONDE M. E., PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo*, RL, 1994, n. 1, pp. 236 e ss. Sottolinea la stretta correlazione tra progressivo e sempre più incisivo intervento pubblico nel mercato del lavoro, "generalizzazione" dei contratti di lavoro di durata determinata e accentuazione del formalismo giuridico in funzione di controllo, GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo ...*, op. cit., p. 332.

⁷¹² Istituiti dall'art. 4 d. lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 e identificati come organi competenti dall'art. 9-bis del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510 convertito in l. 28 novembre 1996, n. 608 così come modificato dall'art. 4-bis del d. lgs. 21 aprile 2000, n. 181. Pare opportuno segnalare che sulla citata normativa relativa agli obblighi di comunicazione in favore dei Centri per l'impiego e degli altri uffici competenti, è recentemente intervenuta la l. 27 dicembre 2006, n. 296 - Finanziaria 2007 -. Secondo quanto ivi regolato (art. 1, commi 1180 e ss.) e seguendo le indicazioni esplicative del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali contenute nelle Note, rispettivamente, del 4 gennaio e del 14 febbraio 2007, a partire dal 1° gennaio 2007, l'obbligo di comunicazione si estende, *soggettivamente*, a tutti i datori di lavoro - persone fisiche e giuridiche private, amministrazioni pubbliche, enti pubblici economici - a prescindere dall'ambito settoriale, dalla previsione di discipline speciali di collocamento o dall'esistenza di norme particolari per il reclutamento e l'assunzione dei lavoratori e, *oggettivamente*, a tutte le tipologie di rapporto di lavoro subordinato (nonché ad alcune di lavoro autonomo - agenti e rappresentanti di commercio, collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3 c.p.c., lavoro a progetto ex art. 60, comma 1, d. lgs. n.

Dall'altro, l'art. 1 del d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (di attuazione della direttiva 91/533/CEE del 14 di ottobre del 1991), prescrive a carico dei datori di lavoro, l'obbligo di informare per iscritto il lavoratore, entro 30 giorni dall'assunzione⁷¹³, circa gli elementi

276/2003 -), al socio lavoratore di cooperativa, all'associazione in partecipazione con apporto lavorativo, nonché, come in passato, anche ai tirocini di formazione e orientamento di cui all'art. 18, l. 24 giugno 1997, n. 196. Nel riformare l'art. 9-bis del d.l. n. 510/1996 (conv. in l. n. 608/1996 così come modificata dall'art. 6, comma 2 del d. lgs. 19 dicembre 2002, n. 297), la Legge Finanziaria per il 2007 prevede poi che la comunicazione, anziché *contestuale* - come originariamente previsto in tale articolo -, debba essere *precedente* di almeno 24 ore al momento dell'effettiva instaurazione del rapporto di lavoro, anche se festivo. Solo in casi di urgenza connessi ad esigenze produttive (ovvero derivanti dalla necessità di evitare danni alle persone o agli impianti) è possibile effettuare la comunicazione non oltre 5 giorni dall'instaurazione del rapporto (si prevede tuttavia e comunque l'obbligo di effettuare entro il giorno antecedente all'assunzione una prima informativa al servizio competente). Secondo quanto emerge dalla Nota esplicativa del Ministero del Lavoro precedentemente citata (del 4 gennaio 2007), la comunicazione relativa alle assunzioni effettuate per causa di forza maggiore, ovvero di avvenimenti di carattere straordinario che il datore di lavoro non avrebbe potuto prevedere con l'esercizio dell'ordinaria diligenza e che sono tali da imporre un'assunzione immediata, potrà essere effettuata nel primo giorno utile e, comunque, non oltre il 5° giorno dall'effettiva instaurazione del rapporto. La comunicazione avrà ad oggetto l'indicazione dei dati anagrafici del lavoratore, la data di assunzione, la data di cessazione del rapporto, salvo che si tratti di rapporto a tempo indeterminato (nell'ipotesi di data certa nell'*an*, ma incerta nel quando, va indicata comunque una data di presunta cessazione), l'esatta tipologia contrattuale tra quelle previste dall'ordinamento, la qualifica professionale attribuita al lavoratore all'atto di assunzione ed il trattamento economico e normativo applicabile (indicazione del CCNL applicato ovvero importo della retribuzione lorda giornaliera pattuita/corrispettivo lordo complessivo nel caso di lavoro autonomo). Sempre in materia di obblighi di comunicazione l'art. 1, comma 1183 della Legge Finanziaria 2007 estende tale obbligo - da espletare questa volta entro i primi 5 giorni dalla modifica - a tutti i principali eventi modificativi che possono intervenire nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro. Da ultimo, si segnala la recente emanazione del Decreto Interministeriale del 30 ottobre 2007, che, in attuazione dell'articolo 4-bis, comma 7, d. lgs. 21 aprile 2000, n. 181 e successive modificazioni ed integrazioni, ha predisposto i moduli per le comunicazioni obbligatorie a carico dei datori di lavoro e delle imprese di somministrazione, prevedendo che a partire dal 1° marzo 2008, queste dovranno essere inoltrate unicamente per via telematica. Ai sensi dell'art. 5 del menzionato decreto, si prevede che la comunicazione varrà ai fini dell'assolvimento degli obblighi non solo nei confronti delle Direzioni provinciali del lavoro, ma anche dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (INPS), dell'Istituto per le Assicurazioni contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL) o di altre forme previdenziali sostitutive o esclusive, a cui la comunicazione stessa verrà inoltrata da parte del Ministero del Lavoro (art. 6, comma 3). Per un riepilogo delle misure complessivamente varate con l'ultima finanziaria in materia di contrasto al lavoro irregolare e sommerso, si rinvia a MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Monitoraggio delle Politiche Occupazionali e del Lavoro*, Febbraio 2007, pp. 26 e ss., disponibile sul sito internet: www.welfare.gov.it.

⁷¹³ In realtà, il termine di 30 giorni si deve ritenere implicitamente abrogato. L'art. 6 del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297 ha, infatti, introdotto un nuovo comma 4-bis al d. lgs. n. 181/2000 il cui secondo comma adesso recita testualmente: "All'atto dell'assunzione i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici sono tenuti a consegnare ai lavoratori una dichiarazione sottoscritta contenente i dati di registrazione effettuata nel libro matricola, nonché la comunicazione di cui al decreto legislativo 26

essenziali del contenuto del contratto di lavoro⁷¹⁴. Soggetto obbligato è dunque il datore di lavoro e destinatari degli obblighi informativi sono rispettivamente, gli uffici pubblici competenti e gli stessi lavoratori, singolarmente considerati.

Analogamente, nell'ordinamento spagnolo, mentre l'art. 16, comma 1 ET dispone l'obbligo di comunicazione alla "Oficina de Empleo" competente del contenuto di tutti i contratti entro 10 giorni dalla loro stipulazione⁷¹⁵, l'art. 8, comma 5 ET (integrato con le disposizioni di attuazione di cui al RD 24 luglio 1998, n. 1659 - che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria in materia⁷¹⁶ -), impone al datore di lavoro di

maggio 1997, n. 152". Da ciò si deduce agevolmente che l'informazione di cui al d. lgs. n. 152/1997 dovrà essere prestata al lavoratore "all'atto dell'assunzione", che non necessariamente coinciderà con il momento della stipulazione del contratto di lavoro.

⁷¹⁴ Si tratta di una serie di elementi importanti, espressamente e tassativamente elencati all'art. 1 d. lgs. n. 152/1997 - che riproduce fedelmente il testo dell'art. 2 della direttiva, quali l'identità delle parti, il luogo di lavoro, la sede o il domicilio del datore, la data di inizio del rapporto, la durata - determinata o indeterminata - dello stesso e del periodo di prova ove previsto, l'inquadramento, il livello e la qualifica professionale ovvero l'indicazione delle caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro, l'importo iniziale della retribuzione ed i relativi elementi costitutivi con indicazione del periodo di pagamento della stessa, la durata delle ferie retribuite ovvero le modalità di determinazione e fruizione delle stesse, l'orario di lavoro e i termini di preavviso in caso di recesso. Sul punto si rinvia alla ricostruzione e all'analisi di CASTELVETRI L., *Libertà contrattuale e ...*, op. cit., pp. 87 e ss. Per un commento alla direttiva si rinvia a ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002, pp. 197 e ss.; RIVARA A., *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, DLRI, 1999, pp. 133 e ss.

⁷¹⁵ È questa l'attuale formulazione dell'art. 16 ET, così come riformato dall'art. 32 della l. 29 dicembre 2000, n. 14 "De medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social" a cui ha dato attuazione il RD 27 dicembre 2002, n. 1424, nonché la Orden TAS/770/2003, del 14 marzo 2003. La riforma, giustificata sulla base della necessità di ammodernamento e semplificazione del servizio pubblico di intermediazione di manodopera (4° e 5° capoverso dell'esposizione dei motivi del RD n. 1424/2002), sostituisce il precedente sistema che imponeva la registrazione presso gli uffici pubblici competenti di tutti i contratti a forma vincolata, ovvero la comunicazione di quelli a forma libera e introduce il sistema telematico di trasmissione delle informazioni. Sul punto, si rinvia a, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo: regulación ...*, op. cit., p. 434. L'obbligo di registrazione dei contratti di lavoro permane adesso solo per il contratto di lavoro a domicilio (art. 13, comma 3 ET), e per alcuni rapporti di lavoro di carattere speciale ai sensi dell'art. 2 ET. Per i contratti a forma vincolata oltre all'obbligo di comunicazione menzionata, si prevede anche l'obbligo a carico del datore di lavoro di inviare ai Servizi pubblici competenti della c.d. copia básica - sul punto, *infra* nel testo -.

⁷¹⁶ Per un commento generale alla direttiva, GARCÍA MURCIA J., MARTÍNEZ MORENO C., *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre de 1991*, RL, 1992; PÉREZ J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit. pp. 76 e ss. La disposizione ha trovato specificazione, per quanto riguarda i lavoratori coinvolti in appalti e subappalti, nell'art. 42, comma 3 dello stesso ET il quale stabilisce che il datore di lavoro dovrà fornire a tali lavoratori prima dell'inizio della prestazione lavorativa corretta informazione circa l'identità (nome, ragione sociale, domicilio e

comunicare per iscritto al lavoratore, entro due mesi dall'inizio del rapporto, tutte le informazioni relative agli elementi essenziali del contratto di lavoro ed alle principali condizioni di esecuzione dello stesso⁷¹⁷.

VI. 1. - Le funzioni degli obblighi di comunicazione agli organi pubblici e alle rappresentanze dei lavoratori.

In relazione al primo tipo di destinatari (uffici pubblici), gli obblighi di informazione e comunicazione richiamati assolvono alla preminente necessità di assicurare la possibilità di un controllo pubblico sul mercato del lavoro, in funzione dell'esigenza di assicurarne regolarità e trasparenza⁷¹⁸, in un contesto che alla crescente diversificazione delle forme di accesso al mercato di lavoro vede associato un processo di progressiva e oramai definitiva liberalizzazione del sistema (pubblico) di collocamento.

Oltre che funzionale ad assicurare un costante monitoraggio del mercato del lavoro (*ex post*), anche in funzione dell'elaborazione di azioni di contrasto al lavoro irregolare, l'informazione in commento è senz'altro utile anche ad una considerata valutazione, ad un più attento monitoraggio e ad una più ponderata elaborazione delle politiche del lavoro (*ex ante*)⁷¹⁹.

numero di identificazione fiscale) dell'impresa appaltante per la quale prestano servizio in ciascun momento.

⁷¹⁷ L'ambito di applicazione della normativa in commento viene circoscritto ai rapporti di lavoro disciplinati dallo Estatuto de los Trabajadores, la cui durata superi le 4 settimane. Sono espressamente esclusi anche i rapporti di lavoro domestico e quelli conclusi con detenuti in centri penitenziari (art. 1, comma 2 RD n. 1659/1998). Sul punto, anche GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato del trabajo ...*, op. cit., pp. 348. Anche la legge italiana n. 152/1997 esclude dal proprio campo di applicazione i rapporti di lavoro di durata non superiore al mese e con un orario che non superi le otto ore di lavoro settimanali (art. 5, comma 1, lett. a). L'esclusione opera poi anche con riferimento a rapporti di lavoro instaurati con il coniuge, o con parenti o affini entro il terzo grado del datore di lavoro con lui conviventi, nonché nei confronti del personale assegnato per i posti funzione delle rappresentanze diplomatiche ed uffici dipendenti all'estero ma solo limitatamente alla disposizioni di cui all'art. 2 in materia di prestazioni di lavoro all'estero (art. 5, comma 1, lett. b) e c).

⁷¹⁸ Si tratta di una finalità espressamente esplicitata nell'ordinamento spagnolo per quanto riguarda le comunicazioni agli organi pubblici in materia di contratti flessibili. Art. 2 del Regolamento di attuazione dell'art. 8 ET, emanato con RD 27 dicembre 2002, n. 1424. Sul punto più diffusamente in seguito nel testo.

⁷¹⁹ In questo senso, deve essere salutata con favore l'innovazione introdotta con la citata legge Finanziaria per il 2007 (art. 1, comma 1184 che novella il comma 6 dell'art. 4-bis del d. lgs. n. 181, 2000) che ha disposto la "pluriefficacia" della comunicazione. In altre parole, la comunicazione correttamente effettuata agli organi competenti realizza

Funzioni analoghe possono essere attribuite anche agli obblighi di comunicazione disposti in favore delle organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori⁷²⁰. In questo caso, tuttavia la funzione informativa di obblighi di tal fatta è diretta non solo ad assicurare al sindacato la possibilità di un controllo sulla regolarità e trasparenza della attuazione datoriale, ma anche e soprattutto a sostenere e rafforzare l'azione di autotutela sul fronte collettivo e la negoziazione⁷²¹.

VI. 2. – Funzioni dei diritti individuali di informazione.

Per quanto riguarda invece l'obbligo di informazione dovuta al lavoratore in qualità di controparte del contratto di lavoro, il fatto che si preveda la possibilità di adempierlo in un momento anche successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro, lascia presupporre che esso sia finalizzato a garantire non tanto l'effettività della volontà negoziale (oramai manifestatasi nell'accordo), quanto piuttosto la conoscenza da parte del lavoratore degli elementi essenziali del contratto di lavoro appena concluso.

Il presupposto generale da cui si parte nel prevedere obblighi di tal contenuto è quello della tipica dissociazione tra volontà contrattuale circa l'*an* della conclusione del contratto e volontà relativa al contenuto del rapporto (il *quantum* ed il *quomodo*). Mentre, anche nel contratto di lavoro subordinato, ai fini della nascita del vincolo obbligatorio è necessaria e sufficiente la mera prestazione del mutuo consenso, ovvero l'accordo relativo al "l'assetto di interessi implicato nel contratto di lavoro subordinato"⁷²² in qualunque modo manifestato, "il regolamento

l'assolvimento di ogni altro obbligo di comunicazione verso le Direzioni regionali e provinciali del lavoro, dell'Inps, dell'Inail o di altra forme previdenziali sostitutive e esclusive, nonché anche nei confronti della Prefettura-Ufficio territoriale del governo per il caso di assunzioni di lavoratori extraeuropei.

⁷²⁰ Vedi, a titolo esemplificativo, la disposizione in materia di contratto a tempo parziale di cui all'art. 2 d. lgs. n. 61/2000 che prevede l'obbligo per il datore di lavoro di "informare le rappresentanze sindacali aziendali, ove esistenti, con cadenza annuale, sull'andamento delle assunzioni a tempo parziale, la relativa tipologia ed il ricorso al lavoro supplementare". Per il sistema spagnolo, si rinvia al §. V. 2. 1. – di questo Capitolo.

⁷²¹ Sul punto, per un esame della legislazione europea in materia di informazione e consulta dei lavoratori, HUERTAS BARTOLOMÉ T., *Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad europea*, in CRL, 2002, n. 20, pp. 119 e ss.

⁷²² "Il quale non è tanto (e in certi casi non è affatto) ciò che risulta dal contenuto delle dichiarazioni su cui eventualmente si è formato il consenso, ma è, invece, ciò che risulta in forza di tutti gli effetti che l'ordinamento ricollega a quel contratto, che le parti hanno in comune voluto concludere (pur senza conoscerne e anche senza volerne gli effetti)", CASTELVETRI L., *Libertà contrattuale e ...*, op. cit., p. 129. Rileva a tal proposito, MAGRINI S., voce *Lavoro (contratto individuale di)*, in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, vol.

comprende non solo le conseguenze giuridiche per realizzare il risultato avuto presente dai contraenti nella loro comune intenzione (nel nostro caso, lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione), ma anche tutti gli elementi predisposti in vario modo dalle numerose disposizioni di legge con le quali si concreta l'intervento dello Stato nell'opera di ricezione degli atti di autonomia (art. 1374 c.c.)⁷²³. Le parti, dunque, pur sostanzialmente d'accordo circa il "se" della conclusione del contratto, possono in sostanza disconoscere la disciplina che a tale contratto si applica inderogabilmente per imposizione della legge o del contratto collettivo (ove applicabile).

Tale conoscenza risulta tra l'altro tanto più difficile in un contesto di crescente complessivizzazione del panorama istituzionale, economico e produttivo che (dis)articola forme organizzative e di gestione della forza lavoro più consolidate⁷²⁴, di ingente stratificazione normativa che rende difficilmente intellegibile una normativa tra l'altro non sempre tecnicamente impeccabile, di moltiplicazione esponenziale dei modelli

XXIII, 1973, pp. 379 e ss. Che il lavoro, in quanto "bene giuridico tipico del quale il contratto garantisce l'acquisizione", consistendo in "una generica attività umana, non qualificata in alcun modo da determinati caratteri obiettivi", non costituisce criterio utile per identificare la fattispecie di contratto di lavoro. Ciò che qualifica la fattispecie dunque non è tanto il lavoro, bensì le modalità con le quali esso viene prestato. Con più precisione, continua l'A., ciò che rileva ai fini della individuazione della fattispecie tipica, è "l'assetto di interessi attuato dalle parti nel momento dell'esercizio della loro autonomia contrattuale", deducibile dalla definizione contenuta nell'art. 2094 c.c.

⁷²³ Si utilizza qui una nozione ampia di contenuto del contratto, che comprende non solo l'accordo – ovvero il complesso delle determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi, bensì anche il regolamento contrattuale, alla cui individuazione concorre, oltre alla volontà delle parti, una pluralità di fonti diverse. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 87 e ss. *Contra*, BIANCA M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2000, III, p. 316, che invece distingue tra contenuto (oggetto) del contratto e rapporto contrattuale. Più specificatamente per il diritto del lavoro, D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, Relazione al Congresso Nazionale dell'Associazione di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), Udine, 10-12 maggio 1991, p. 45 (ora anche in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 117 e ss.). Per l'ordinamento spagnolo, HERNÁNDEZ GIL A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, pp. 238 e ss. secondo il quale, appunto, il contenuto contrattuale viene determinato non solo dalle obbligazioni dedotte in contratto dalla volontà delle parti, ma anche da quelle che derivano dalla regolamentazione legale dello specifico contratto di modo che "el régimen jurídico contractual resulta de la integración de lo voluntariamente declarado con lo legalmente previsto". In questo senso, l'art. 1258 c.c. spagnolo, stabilisce "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

⁷²⁴ Si pensi per esempio alla crescente importanza di un'adeguata informazione circa un elemento, quale quello dell'identità delle parti, che tende sempre più a sfumare a causa della sempre più frequente dissociazione tra datore di lavoro formale e materiale, e più in generale dalla possibilità di prestazione di attività per una pluralità di soggetti con i quali non si mantiene nessun tipo di relazione contrattuale formale.

contrattuali per l'inquadramento del lavoro subordinato (e non), ciascuno dotato di una propria più o meno specifica disciplina. Il disorientamento che ne può derivare, soprattutto sul lato del lavoratore, potrebbe infatti pregiudicare la possibilità di una conoscenza adeguata circa le caratteristiche del contratto concluso e dunque la possibilità questi di agire attivamente per la difesa e promozione dei propri diritti.

In tale contesto, la conoscenza delle caratteristiche e degli effetti che derivano al lavoratore dalla conclusione del contratto di lavoro diventa sempre più difficile sul piano individuale. Ed è proprio in relazione a tale aggravamento della situazione di svantaggio del lavoratore che si giustificano quelle prescrizioni orientate a riequilibrare la situazione di asimmetria informativa tra le parti del rapporto di lavoro. È evidente infatti che la disponibilità di un documento scritto che riproduce quanto meno gli elementi essenziali che conformano il contratto/rapporto di lavoro assolve la funzione di potenziare, attraverso la conoscenza, una più attiva e consapevole partecipazione del lavoratore al controllo della regolarità dell'attuazione imprenditoriale. Allo stesso modo, un'adeguata conoscenza ed informazione agevola (almeno in astratto) una più consapevole e ponderata valutazione di opportunità ed occasioni che si possono presentare, mettendo il prestatore nelle condizioni di poter eventualmente anche ri-negoziare - in senso a lui più favorevole - le condizioni contrattuali inizialmente convenute. Solo conoscendo nei dettagli il complesso delle posizioni attive e passive che gli derivano dalla conclusione del contratto di lavoro, il prestatore potrà adeguatamente valutare le possibilità e la convenienza di una loro eventuale rinegoziazione.

Questi sono sicuramente i presupposti che hanno determinato il Legislatore comunitario alla emanazione della direttiva 91/533/CEE "relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro" come è possibile dedurre chiaramente dalla lettura dei primi due Considerando. In essi si pone in stretta relazione di interdipendenza la "moltiplicazione dei tipi di rapporto di lavoro" con le esigenze di assicurare comunque non solo "una maggiore trasparenza del mercato del lavoro", bensì anche "una migliore tutela dei lavoratori subordinati contro un eventuale misconoscimento dei loro diritti".

Il Legislatore comunitario dunque si mostra consapevole tanto della valenza strategica dell'informazione in un mondo, quello del lavoro, sempre più complesso e diversificato dal punto di vista fattuale e normativo⁷²⁵, quanto della funzionalità dell'elemento della conoscenza

⁷²⁵ Più in generale sul ruolo strategico dell'informazione nella società e nell'economia attuale, il documento della COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un'Europa basata sulla conoscenza. L'Unione europea e la società dell'informazione*, Comunità Europee, 2003, disponibile sul sito internet: www.ec.europa.eu/publications/booklets/move/36/it.pdf. Si veda anche la Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio "recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le

quale strumento prodromico ad una più consapevole, attiva, responsabile ed effettiva difesa e promozione dei propri diritti e esplicitamente giustifica l'emanazione della direttiva in questione sulla base di un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, la stessa deve essere intesa come concrezione dell'obiettivo fatto proprio dall'Unione di "promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera" ai sensi dell'art. 117 TCE (4 ° Considerando); dall'altro, costituisce espressione dell'esigenza di rimediare alla "incidenza diretta sul funzionamento del mercato" che può derivare dalla sostanziale disomogeneità nella disciplina propria di ciascun Stato membro (3° Considerando).

Chiarito il senso e l'obiettivo perseguito, perplessità solleva invece il complesso di strumenti normativi elaborati onde rendere tale diritto all'informazione esigibile ed effettivo. Appare quanto meno poco coerente con le premesse esplicitate nei Considerando sopra richiamati consentire che l'obbligo di informazione circa alcuni degli elementi essenziali del contratto (durata delle ferie retribuite ovvero modalità di attribuzione e determinazione delle stesse, durata dei termini del preavviso in caso di recesso, struttura, composizione e periodicità della retribuzione, orario di lavoro) possa considerarsi assolto dal datore di lavoro anche attraverso il mero rinvio "alle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi che disciplinano le materie ivi considerate" (art. 2, comma 3)⁷²⁶. Detto in altri

reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica", COM(2007) 697 def., del 13 novembre 2007, disponibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/697/com_2007_0697_it.pdf. In dottrina, PIETRANGELO M., *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano 2007. Altra manifestazione della centralità dell'informazione anche nell'ambito del diritto del lavoro la costituisce tanto il complesso di disposizioni volte alla protezione della sfera di riservatezza del lavoratore, quanto la normativa a tutela del diritto al segreto aziendale. Sul punto, GRAGNOLI E., *L'informazione nel rapporto di lavoro...*, op. cit.; AIMO M. P., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003; AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001; ALARCÓN CARACUEL M. R., ESTEBAN LEGARRETA R. (coord.), *Nuevas tecnologías de la información e la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004.

⁷²⁶ Riprodotto nell'art. 2, comma 3 del RD 1659/1998. Nel sistema italiano invece, si fa riferimento solo alla possibilità che gli obblighi informativi così individuati vengano assolti anche attraverso il rinvio al solo contratto collettivo applicato al lavoratore (art. 1, comma 4 l. n. 152/1997). Occorre ricordare che, in generale, la direttiva ammette la possibilità per il datore di lavoro di adempiere l'obbligo informativo anche attraverso il ricorso ad una pluralità di strumenti alternativi alla dichiarazione scritta. Ai sensi dell'art. 3 della direttiva infatti, l'informazione può derivare al lavoratore dalla consegna, non oltre due mesi dall'inizio del lavoro, di un contratto scritto, di una lettera di assunzione, di o più altri documenti scritti a condizione che almeno uno di essi contenga tutti gli elementi di cui all'art. 2, comma 2 lett. a), b), c), d), h), i). –

termini, se obiettivo della direttiva è quello di rimediare all'incertezza giuridica che deriva al lavoratore dalla complessivizzazione del panorama giuridico, rimandare proprio alle fonti di disciplina equivale a depotenziare notevolmente le possibilità di un effettivo riequilibrio delle posizioni delle parti del rapporto sul piano informativo⁷²⁷.

Analoghe considerazioni possono essere avanzate anche in merito alla non obbligatorietà della comunicazione al lavoratore di quelle modifiche degli elementi essenziali del contratto quando queste siano la conseguenza di innovazioni e modificazioni intervenute nella disciplina tanto di fonte statale, quanto derivante dall'esercizio dell'autonomia collettiva. È quanto dispone l'art. 5 comma 2 della direttiva comunitaria, recepito dall'art. 4 RD n. 1659/1998 e dall'art. 3 l. n. 152/1997. È evidente che, qui come in precedenza, l'assolvimento dell'obbligo informativo via mero rinvio alle disposizioni legali o di contratto collettivo sconta tutti gli inconvenienti che possono derivare al lavoratore dalla non sempre agevole comprensione della portata delle modifiche introdotte e dal difficile coordinamento di disposizioni che si succedono nel tempo.

Infine, un altro importante elemento che sembra contribuire a depotenziare l'effettività del diritto all'informazione del lavoratore è l'ambiguità della direttiva - riprodotta dalle normative italiane e spagnole di recepimento - in ordine alla natura dell'obbligo informativo e alla sua rilevanza sul piano probatorio. L'art. 6 infatti si limita ad affermare che la disciplina derivante dalla direttiva comunitaria non pregiudica "le legislazioni e/o le prassi nazionali" in materia di forma, prova di esistenza del contratto e regole procedurali e processuali⁷²⁸.

Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia che nel tentativo di attribuire alla comunicazione datoriale una qualche rilevanza sul piano probatorio, ha colto l'occasione per chiarire la portata dell'esclusione di cui all'art. 6. Con una soluzione chiaramente compromissoria e sul presupposto della necessità di un'interpretazione ed un'applicazione delle norme nazionali in materia di prova alla luce delle finalità della direttiva, la Corte ha chiarito che alla comunicazione datoriale debba essere attribuito "un valore probatorio tale che essa possa essere considerata

analagamente l'art. 2, comma 2 della l. n. 152/1997 e l'art. 2, comma 1 RD n. 1659/1998.

⁷²⁷ In tal senso, anche FALERI C., *Asimmetrie informative e ...*, op cit., pp. 72 e ss.; IZZI D., *La direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, DRI, 1998, n. 3, pp. 395 e ss.

⁷²⁸ E ciò anche in considerazione del fatto che l'esigenza che il documento scritto assolvesse a finalità rilevanti anche sul piano probatorio era invece chiaramente tenuta presente nel Preambolo della proposta di direttiva del 5 dicembre 1990 -G.U. Com. Eur., 31 gennaio 1991, C 24/3 - in cui si faceva espresso riferimento all'opportunità di stabilire "l'obbligo generale in base al quale il lavoratore subordinato deve disporre di un documento che costituisca elemento di prova dell'oggetto essenziale del rapporto di lavoro".

come un elemento atto a dimostrare i reali elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro e che essa sia pertanto accompagnata da una presunzione di veridicità analoga a quella che sarebbe annessa, nell'ordinamento giuridico interno, ad un simile documento redatto dal datore di lavoro e comunicato al lavoratore". Si puntualizza tuttavia che "in assenza di un regime probatorio disposto dalla direttiva stessa (...) la dimostrazione degli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro non può dipendere dalla sola comunicazione fatta dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva", riconoscendo così al datore di lavoro la possibilità di "apportare ogni prova contraria dimostrando, vuoi che le informazioni contenute nella comunicazione sono intrinsecamente false, vuoi che sono state smentite dai fatti"⁷²⁹. Da un lato dunque, si ricollega al documento una "presunzione di veridicità" - fatta sempre salva la possibilità del datore di lavoro di fornire la prova della falsità o della non corrispondenza ai fatti di quanto contenuto nel documento -, dall'altro si rinvia agli ordinamenti nazionali per la specificazione del tipo di presunzione in questione⁷³⁰.

⁷²⁹ Sentenza *Kampelmann* del 4 dicembre 1997 (cause riunite da C-253/96 a C-258/96), punti 33 e 34. Per un'esame di queste problematiche, anche RIVARA A., *La direttiva sull'informazione ...*, op. cit., *passim*; GRAGNOLI E., *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, RIDL, 1998, II, pp. 440 e ss.; IZZI D., *La direttiva sugli obblighi di informazione ...*, op. cit., pp. 395 e ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO M., BRAVO FERRER M., *El derecho del trabajador a ser informado de sus condiciones de trabajo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, I/1, pp. 1321 e ss.; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., p. 113. Per le questioni relative alla giustiziabilità del diritto individuale all'informazione e per le forme di tutela adottabili in caso di mancato ottemperamento dell'obbligo informativo da parte datoriale, FALERI C., *Asimmetrie informative e ...*, op. cit. Cap. IV.

⁷³⁰ Su questo aspetto, si veda anche la sentenza *Lange* dell'8 febbraio 2001, (causa C-350/99), nella quale la Corte di giustizia, oltre a riprendere le considerazioni fatte nel 1997 in materia di regime probatorio associato alla comunicazione datoriale, puntualizza anche che "la direttiva non può essere interpretata nel senso essa comporta, in caso di mancanza di regolare informazione al lavoratore dipendente circa un elemento essenziale del contratto o del rapporto di lavoro, la sanzione dell'inapplicabilità di tale elemento, dato che essa lascia gli stati membri la competenza a definire le sanzioni adeguate applicabili in un caso siffatto, a condizioni che il lavoratore dipendente possa far valere i propri diritti per via legale", con la conseguenza di lasciar libero il giudice nazionale di applicare o non applicare i principi di diritto nazionale che presumono un ostacolo probatorio quando una delle parti non ha adempiuto ai propri obblighi legali di informazione nel caso in cui il datore di lavoro sia venuto meno all'obbligo di informazione previsto dalla direttiva (punto 35).

VI. 2. 1. – Il rinnovamento funzione dei diritti individuali di informazione.

Al di là delle questioni problematiche connesse alla determinazione della natura e del valore probatorio del documento scritto, ciò che in questo momento importa sottolineare è la crescente importanza che sta acquisendo l'informazione anche nel diritto del lavoro; informazione che assurge a pre-requisito o pre-condizione per una maggiore e più attiva partecipazione del lavoratore in quanto singolo alla difesa e promozione dei propri diritti e degli interessi personali e professionali coinvolti nella prestazione dell'attività lavorativa.

In dottrina, si è parlato a tal proposito di un progressivo cambiamento di significato e di funzioni attribuiti all'informazione dovuta dal datore al prestatore di lavoro. Si è detto, in particolare, che gli obblighi informativi, tradizionalmente intesi come meri strumenti di trasmissione di dati funzionali tanto alla specificazione dell'obbligazione del datore di lavoro, quanto ad assicurare una corretta esecuzione della prestazione da parte del lavoratore, verrebbero viepiù utilizzati anche "come strumento di controllo della legittimità dell'esercizio dei poteri del datore", ovvero, ancora e per quanto qui maggiormente interessa, come strumenti utili al potenziamento di uno "stato di consapevolezza solitamente mancante o comunque scarso in capo al contraente più debole" e, dunque, al rafforzamento della sua posizione⁷³¹.

Il menzionato percorso evolutivo, ben evidenziato dalla normativa derivante dall'attuazione della direttiva comunitaria 91/533/CEE, confermerebbe così l'attribuzione all'informazione dovuta al lavoratore della valenza "di tecnica di sostegno di una piena esplicazione della sua

⁷³¹ FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela*, op. cit., pp. 58 e ss. che, in relazione all'informazione concepita come mera trasmissione di dati, funzionale alla specificazione dei diritti nascenti dal rapporto, cita come esempi, tra gli altri, gli artt. 2101, comma 3, 2102 e art. 2109 c.c. in materia, rispettivamente, di informazioni dovute per l'ipotesi di retribuzione calcolata a cottimo o come partecipazione agli utili di impresa, ovvero in materia di comunicazione del periodo di godimento delle ferie. In relazione invece ad un'informazione intesa come motivazione degli atti unilaterali del datore di lavoro e, dunque, dell'informazione quale strumento di controllo della legittimità degli stessi, l'A. fa riferimento, tra l'altro, all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori che, nel regolare il procedimento connesso con l'irrogazione di una sanzione disciplinare, impone al datore di lavoro l'obbligo della previa contestazione dell'addebito. L'informazione qui sarebbe funzionale all'esercizio del diritto di difesa del lavoratore, in relazione con provvedimenti disciplinari immotivati o arbitrari. Lo stesso si sostiene in merito alla disciplina del trasferimento del lavoratore di cui all'art. 13 dello Statuto stesso. Anche in questo caso come nel precedente, si registrerebbe insomma un fondamentale mutamento delle funzioni dell'informazione dovuta al lavoratore, un vero e proprio "salto generazionale" – si parla a tal proposito infatti di "informazioni di seconda generazione" –, che assegnerebbe loro la funzione di strumento finalizzato all'esercizio di specifici diritti del lavoratore (p. 68). Analogamente, SCARPELLI F., *Diritti di informazione individuali e collettivi*, op. cit., pp. 274 e ss.

autonomia negoziale”⁷³²; di una funzione propriamente emancipatoria e di rafforzamento della propria soggettiva volontà. La possibilità di disporre di un complesso di informazioni solitamente non in possesso del prestatore, ne stimolerebbe insomma consapevolezza e responsabilità, aiutandolo a “sfuggire” a quella prospettiva (presuntamente) tipica del diritto di lavoro che tende a considerarlo quale mero destinatario passivo dell’intervento protettivo. L’informazione in questo senso, opererebbe in favore della promozione di una sorta di “riscatto” del lavoratore da una considerazione che lo avrebbe tradizionalmente relegato in una posizione meramente passiva e negativa⁷³³, quale soggetto “ontologicamente” (ovvero a prescindere dalla verifica concreta) incapace di provvedere autonomamente alla tutela dei propri interessi⁷³⁴. Agendo nel senso di colmare quelle asimmetrie informative che gli derivano dalla diversa posizione occupata nel sistema di organizzazione e gestione della produzione, l’informazione opererebbe nel senso di produrre un proporzionale riequilibrio delle posizioni di forza contrattuale e, al tempo stesso, stimolerebbe la riconsiderazione del valore e della dignità della persona che lavora, riconoscendogli finalmente il ruolo di attore principale della promozione e della salvaguardia dei propri interessi e delle proprie esigenze personali e professionali.

VI. 2. 2. - Obblighi di informazione specifici: un’ulteriore conferma del rinnovamento funzionale.

Il valore “emancipante” del diritto di informazione individuale sulle condizioni applicabili al proprio rapporto/contratto di lavoro viene poi ulteriormente valorizzato nelle numerose disposizioni, disperse nella legislazione speciale in materia di contratti di lavoro flessibili, che

⁷³² SCARPELLI F., *Diritti di informazione individuali e collettivi ...*, op. cit., p. 283 che definisce l’informazione anche quale “supporto alla sua emancipazione [del lavoratore] grazie ad una più cosciente capacità di autodeterminazione e di autotutela” e ciò “al fine non tanto di una tutela paternalistica – non cioè nella prospettiva tradizionale del contraente debole da limitare nella propria autonomia -”, bensì in qualità di “strumento di contrasto nei confronti di comportamenti contrattuali poco corretti o elusivi del datore di lavoro” (p. 282).

⁷³³ Scrive lo stesso BARASSI L., *Il contratto di lavoro ...*, op. cit, p. 29: “Il lavoratore è un istrumento, e un istrumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche ed intellettive perché l’altra parte le abbia a plasmare e dirigere ed indirizzare come egli intende”.

⁷³⁴ Nel senso del superamento della concezione paternalista dell’intervento protettivo legale anche in materia di tutela del consumatore, in funzione della promozione di un individualismo responsabile, IRTI N., *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 75.

prevedono ulteriori specifici obblighi di informazione calibrati sulle particolarità e le concrete esigenze nascenti da ciascuno di essi.

Tra l'altro, appare interessante ricordare che se quella dettata dalla direttiva 91/533/CEE è la disciplina generale, applicabile, per espressa disposizione di legge, "a qualsiasi lavoratore subordinato che abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito dalla legislazione vigente in un Stato membro e/o disciplinato dal diritto vigente di uno Stato membro" (art. 1), a prescindere dunque dalla tipologia di contratto di lavoro concretamente scelta, l'originaria intenzione del legislatore comunitario era quella di prevedere strumenti normativi di regolamentazione specifici per i lavori atipici, in funzione della esigenza di agevolare la corretta informazione dei lavoratori in essi coinvolti circa il contenuto della propria obbligazione lavorativa e della controprestazione datoriale e di facilitare la prova dell'esistenza e del contenuto del contratto⁷³⁵.

Anche a prescindere da ciò, è indubbio che la legislazione speciale è costellata dalla previsione di numerosi obblighi di informazione individuale specifici. E così, a titolo esemplificativo, nel sistema italiano si può fare cenno al comma 3 dell'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001, - in materia di contratto di lavoro a tempo determinato - che riproduce analoga disposizione contenuta nella disciplina previgente e prescrive a carico del datore di lavoro entro 5 giorni dall'inizio dell'esecuzione della prestazione, l'obbligo di consegna al lavoratore di copia dell'atto scritto contenente il termine finale del rapporto e le ragioni giustificatrici dell'apposizione dello stesso. Essendo un obbligo che può essere assolto in un momento successivo rispetto alla concreta instaurazione del rapporto, esso non incide in quanto tale sulla validità ed efficacia della apposizione del termine, essendo piuttosto riconducibile ad "un'applicazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto"⁷³⁶.

⁷³⁵ In tale senso, ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del Lavoro della ...*, op. cit. pp. 197 e ss.

⁷³⁶ DE ANGELIS L., *Il nuovo contratto a termine: considerazioni su regime sanzionatorio*, Relazione presentata al Convegno in materia di lavoro termine organizzato dal Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", ora in ADL, 2002, p. 768 e ss. *Contra*, TIRABOSCHI M., *Apposizione del termine*, in BIAGI M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 110. Appare interessante, a questo proposito, sottolineare come quest'ultimo A. giustifica la conversione del contratto in un normale contratto a tempo indeterminato in quanto la mancata consegna di copia del contratto impedirebbe al lavoratore, nei termini previsti dalla legge, "la conoscibilità delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine". Per la giurisprudenza, con riguardo alla norma pressoché identica contenuta all'art. 1, comma 4 della l. n. 230/1962, Cass. 6 giugno 1998, n. 4582, in Foro It., 1998, 699, nella quale si legge: "non può sfuggire, che mentre il comma terzo dell'articolo 1 [l. n. 230/1962] statuisce che «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto», viceversa, il comma successivo si limita a stabilire che «copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore», senza specificazione

L'ulteriore effetto di oggettivizzazione tanto della astratta causale di giustificazione dell'apposizione del termine finale al contratto, quanto della natura a tempo determinato e della durata concreta dello stesso, oltre a generare un indubbio effetto di certezza giuridica – per altro già assicurata dalla formalizzazione per iscritto del contratto – assolve ad un'importante funzione di informativa, funzionale, anche qui, alla responsabilizzazione del lavoratore tanto in ordine alla verifica della legalità del complesso di condizioni risultanti dal programma contrattuale, quanto come “momento strumentale all'esercizio dei diritti”⁷³⁷ da esso scaturenti.

Analogamente, l'art. 21, comma 3 del d. lgs. n. 276/2003 prescrive l'obbligo di comunicazione per iscritto al lavoratore delle informazioni relative al contratto (commerciale) di somministrazione di lavoro da adempiersi alternativamente al momento della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto di invio del lavoratore presso l'utilizzatore. In questo caso, l'informazione dovuta al lavoratore assolve, anche e soprattutto, a finalità ulteriori connesse con le esigenze derivanti dalla triangolazione dei rapporti in cui la somministrazione stessa si sostanzia⁷³⁸, come si cercherà di dimostrare più avanti (§. VII. 4. -)⁷³⁹.

alcuna di nullità o inefficacia in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo così imposto. Inoltre” ha osservato la Corte, “la tutela apprestata dalla vigente normativa in tema di contratto di lavoro a termine, ancorchè più energica rispetto a quella predisposta dall'abrogato art. 2097 cod. civ. e da precedenti disposizioni di legge, rimane pur sempre confinata nella sfera privatistica, non potendo - sotto tale profilo - assurgere la posizione del lavoratore al livello «d'interesse pubblico», con conseguente affermazione della nullità del contratto in applicazione del primo comma dell'art. 1418 cod. civ.”

⁷³⁷ FALERI C., *Asimmetrie informative e ...*, op. cit., p. 65.

⁷³⁸ Disposizione simile era contenuta all'art. 15, comma 2 della *Ley de Relaciones Laborales* del 1976 che prevedeva espressamente l'obbligo del datore di lavoro di consegnare al lavoratore copia del contratto, con la conseguenza che in mancanza la dottrina riteneva operante la presunzione della natura a tempo indeterminato del rapporto. Si esamineranno in un secondo momento le questioni relative al regime sanzionatorio associato nell'ordinamento spagnolo alla violazione delle prescrizioni di forma. Basta in questo momento segnalare che tale la disposizione in commento non è stata riprodotta né dall'Estatuto de los Trabajadores, né dalla normativa di attuazione.

⁷³⁹ Analogo obbligo di consegna di copia del contratto era previsto anche in relazione alla stipulazione del contratto per prestazioni di lavoro interinale dall'art. 3, comma 3 della l. 24 giugno 1997, n. 196 – ora abrogata - che espressamente recitava “Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo è stipulato in forma scritta e copia di esso è rilasciata al lavoratore entro 5 giorni dalla data di inizio della attività presso l'impresa utilizzatrice”. Si veda pure, per una disposizione analoga questa volta relativa alla stipulazione del vecchio contratto di formazione e lavoro l'art. 8, comma 7 della l. 29 dicembre 1990, n. 407, formulato nei termini che seguono: “Il contratto di formazione e lavoro è stipulato in forma scritta. In mancanza il lavoratore si intende assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato. Copia del contratto di formazione e lavoro e del relativo progetto vengono consegnate al lavoratore all'atto dell'assunzione”. Per il sistema spagnolo, si ricorda la previsione contenuta nell'art. 42, comma 3 ET che prescrive a carico dell'impresa appaltatrice l'obbligo di informare i propri lavoratori circa l'identità dell'impresa principale per la quale prestano servizio. Si tratta di

IV. 3. - Le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento degli obblighi di informazione individuale.

Più controversa è invece l'individuazione delle conseguenze prescritte dall'ordinamento per il caso di mancato rispetto degli obblighi di informazione individuali.

In generale, il coordinamento tra obblighi generali e obblighi specifici di informazione previsti per ciascuna tipologia contrattuale viene regolato dallo stesso art. 3 della direttiva nella parte in cui prevede l'assolvimento dell'obbligo informativo dalla consegna al lavoratore di un contratto di lavoro scritto ovvero di una lettera d'assunzione ovvero anche da un o più documenti scritti dai quali risultino alcuni degli elementi di cui all'art. 2. Se ne deduce dunque che l'adempimento di tali obblighi specifici esime il datore di lavoro dalla necessità di un'ulteriore comunicazione scritta ai sensi dell'art. 1 d. lgs. n. 152/1997 e dell'art. 5 RD n. 1659/1998..

Per quanto riguarda invece le conseguenze sanzionatorie prescritte per il caso di mancato rispetto da parte del datore degli obblighi di informazioni individuale, l'art. 4 d. lgs. n. 152/1997 prevede in via generale che, "in caso di mancato o ritardato, incompleto o inesatto assolvimento degli obblighi [di informazione], il lavoratore può rivolgersi alla direzione provinciale del lavoro affinché intimi al datore di lavoro a fornire le informazioni previste dal presente decreto entro il termine di 15 giorni. In caso di inottemperanza ... si applica al datore di lavoro la sanzione amministrativa prevista dall'art. 9-bis del decreto-legge 1 ottobre 1996, n. 510", oltre all'eventuale azione di risarcimento del danno, ove ne ricorrano le condizioni ed i presupposti. Se ne deduce che la medesima sanzione dovrebbe essere applicabile anche al caso di mancato ottemperamento degli obblighi di informazione specifici.

Riflettendo sulla strutturazione del meccanismo sanzionatorio disposto dal d. lgs. n. 152/1997, sembra possibile affermare che qui l'ordinamento ha inteso assicurare ai diritti individuali di informazione un più elevato grado di protezione di quello che sarebbe derivato dalla mera applicazione di una sanzione amministrativa. Onde evitare la mera monetizzazione del diritto, si è disposto che la sanzione pecuniaria⁷⁴⁰ scatti solo in seguito al mancato ottemperamento da parte del datore dell'intimazione ad adempiere effettuata, su istanza del lavoratore interessato, dalla Direzione provinciale del lavoro entro il termine di 15

un'informazione che acquisisce un'importanza speciale in ordine alle difficoltà che possono sorgere in capo al lavoratore in conseguenza della triangolazione del rapporto.

⁷⁴⁰ Il citato art. 9-bis del d. l. n. 510/1996 convertito il l. 28 novembre 1996, n. 608, si struttura nei termini che seguono: "La mancata consegna al lavoratore della dichiarazione di cui al presente comma, ed il mancato invio alla sezione circoscrizionale per l'impiego della comunicazione di cui al comma 2 contenente tutti gli elementi ivi indicati, sono puniti con la sanzione amministrative da € 258 a € 1.549 per ciascun lavoratore interessato".

giorni dal suo ricevimento. Affidando all'autorevolezza di un'autorità amministrativa il compito di intimare al datore il corretto adempimento degli obblighi di informazione si agisce dunque nel senso di rafforzare la loro effettività.

Occorre tuttavia segnalare che l'art. 4 del d. lgs. n. 152/1997 si deve ritenere implicitamente abrogato dal comma 3 dell'art. 19 del d. lgs n. 276/2003 nella parte in cui prevede che alla violazione degli obblighi in questione si applichi "la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato". Ne consegue l'attribuzione al datore di lavoro della possibilità di sottrarsi agli obblighi di informazione attraverso il pagamento di una somma di denaro per altro sostanzialmente ridotta rispetto alla disciplina previgente.

Analoghe considerazioni possono essere avanzate anche per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, nel quale il mancato ottemperamento dell'obbligo di informazione individuale da parte del datore di lavoro è qualificato come "infrazione lieve" ai sensi dell'art. 6 RD Legislativo 4 agosto 2000, n. 5.

Tenendo presente che l'effettività di un diritto dipende anche in gran misura dall'effettività dei meccanismi volti a garantirne il rispetto, si cercherà nel paragrafo che segue di riannodare le considerazioni relative al rafforzamento della posizione del lavoratore quale effetto della progressiva valorizzazione dell'elemento dell'informazione anche nel diritto del lavoro.

VI. 4. - Parallelismo tra trasformazione della funzione degli obblighi di informazione individuale e nuove funzioni assegnate agli obblighi di forma contrattuale.

Cercando di operare una considerazione d'insieme sulla strategia perseguita dal diritto del lavoro attraverso l'esaltazione del valore dell'informazione risulta agevole evidenziare un chiaro parallelismo tra il rinnovamento delle funzioni degli obblighi di informazione individuale così come disciplinati a livello comunitario e nazionale e le nuove funzioni informative a cui sembrano voler rispondere le prescrizioni di forma vincolata in materia di contratti flessibili.

Pur insistendo su due momenti logici e temporali distinti - l'uno precedente alla formazione del consenso e l'altro immediatamente successivo -, entrambi i gruppi di disposizioni sembrano orientati infatti ad una sostanziale esaltazione dell'informazione non tanto quale bene

giuridico autonomamente rilevante⁷⁴¹, quanto piuttosto come processo cognitivo funzionale ad una maggiore consapevolezza, responsabilità e autodeterminazione individuale del lavoratore. L'informazione, nell'uno e nell'altro caso, diviene momento prodromico e strumentale alla possibilità effettiva di esercizio da parte del lavoratore della propria libertà di decisione e di azione⁷⁴².

In particolare, mentre la disciplina derivante dalla direttiva 533/91/CEE (e dalle disposizioni nazionali di attuazione), incidendo su di un momento successivo alla stipulazione del contratto (l'obbligo informativo può essere assolto, come si è detto, anche posteriormente all'instaurazione del rapporto e, più precisamente, entro 30/60 giorni dalla stessa), opera nel senso di rendere edotto il lavoratore del complesso di diritti ed obbligazioni nascenti dal contratto/rapporto di lavoro in modo da assicurare un esercizio/adempimento ed un controllo più consapevole sia degli uni, sia delle altre; l'obiettivo della forma vincolata, così come disciplinata dalla legislazione speciale, sembra funzionale a garantire invece la possibilità che la stipulazione del contratto avvenga in modo più ponderato, consapevole e responsabile. Nel primo caso, l'informazione realizza dunque un potenziale rafforzamento della posizione del lavoratore *nel rapporto*⁷⁴³, mentre nel secondo, l'associazione tra forma e contenuto minimo sembra volta ad influenzare la posizione del lavoratore *nella definizione del programma contrattuale* non ancora formalizzato e dunque nella prestazione di un consenso più attivo, consapevole e responsabile.

⁷⁴¹ Da questo punto di vista, la legislazione si è occupata con intensità crescente di garantire in primo luogo la circolazione delle informazioni (ad es. relative alle occasioni di lavoro), nonché la tutela delle esigenze di riservatezza ad essa connesse, tanto sul lato del datore di lavoro, quanto su quello del lavoratore in quanto persona. Sul punto si rinvia a ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979. MATTAROLO M. G., *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano 2000; CHIECO P., *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2000. BELLAVISTA A., *Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2003, pp. 39 e ss. Per le riforme introdotte dal d. lgs. n. 27672003 tanto in materia di diffusione dei dati relativi all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, quanto in materia di trattamento dei dati personali, FONTANA G., *Ambito di diffusione dei dati relativi all'incontro domanda-offerta di lavoro*; LA MACCHIA C., *Comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione*; ZILIO GRANDI G., *Divieto di indagini sulle opinioni e sui trattamenti discriminatori*, tutti in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, rispettivamente alle pp. 165 e ss.; 175 e ss.; 178 e ss.

⁷⁴² GRAGNOLI E., *L'informazione nel rapporto di lavoro* ..., op. cit., p. 16.

⁷⁴³ È questo in senso che si deduce dall'interazione tra il 1° ed il 2° considerando della direttiva 91/533/CEE che mettono in relazione "lo sviluppo di nuove forme di lavoro" che "ha determinato un moltiplicazione dei tipi di rapporto di lavoro" (1° Considerando), con la tendenza degli Stati membri ad "emanare disposizioni che sottopongono a requisiti di forma i rapporti di lavoro" (2° Considerando).

VII. – La forma vincolata come limite all'autonomia privata?

Si è accennato al fatto che si sta sviluppando, anche in campo lavoristico, un'inedita sensibilità per i profili informativi, quali strumenti indispensabili al rafforzamento tanto della volontà individuale del lavoratore nella fase pre-contrattuale, quanto della posizione del lavoratore nel rapporto. Proprio la connessione tra prescrizioni relative alla forma e prescrizioni relative al contenuto minimo del contratto di lavoro (flessibile) fa emergere anche un'ulteriore possibile funzione attribuibile alla prescrizioni formali. L'ipotesi è che alla forma possa essere anche assegnata la funzione di limite all'autonomia privata delle parti nella fase di stipulazione del contratto.

In generale, la forma, in quanto compresa tra gli elementi essenziali del negozio (art. 1325, n. 4 c.c.), non costituisce *limite* all'autonomia contrattuale, bensì più semplicemente *onere* alla stessa, posto quale mero requisito di esistenza del contratto. Quelle sancite nell'art. 1325 c.c., sono infatti le condizioni esteriori che l'ordinamento pone quali presupposti per riconoscere valore giuridico ai comportamenti dei privati; sono le “regole del gioco” che, in quanto tali, non contengono “una decisione (pubblica vincolante) sulla collocazione delle risorse, sull'attribuzione dei beni e dei diritti”, rimessa al libero dispiegamento dell'autonomia privata. È quest'ultima la vera motrice del sistema di circolazione dei beni, rispetto al quale l'ordinamento rimane per così dire “neutro” e “indifferente”⁷⁴⁴.

Se ciò è vero per il sistema italiano, lo è a maggior ragione per quello spagnolo, dove, come già accennato, l'impostazione del Codice civile oltre a non menzionare la forma tra i requisiti di esistenza del contratto⁷⁴⁵ sembra restringere ulteriormente le ipotesi in cui la forma vincolata deve essere interpretata come requisito imposto per la validità dell'atto (vedi § III. -).

⁷⁴⁴ BARCELLONA P., *Diritto privato e società ...*, op. cit., p. 331, che scrive a tal proposito “Le regole di diritto privato sono allora le regole del gioco del mercato, contengono le condizioni nel rispetto delle quali gli effetti circolatori determinati dai privati sono effetti giuridici che l'ordinamento riconosce e tutela”. Analogamente, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., pp. 48 e ss.

⁷⁴⁵ Si è visto, infatti, che l'art. 1261 c.c. spagnolo menziona, quali requisiti di esistenza del contratto, i tre elementi del consenso delle parti, dell'oggetto certo e della causa. A sua volta, gli artt. 1262 e ss. c.c. definiscono cosa debba intendersi per consenso e come questo debba manifestarsi per poter essere considerato effettivo cioè non inficiato da errore, violenza, intimidazione o dolo, Gli artt. 1271 e ss. c.c. specificano invece cosa si deve intendere per oggetto certo (oggetto possibile, lecito, determinato o determinabile) mentre gli artt. 1274 e ss. c.c. regolano il requisito della causa, imponendone una lecita, ovvero non contraria alla legge o alla morale, nonché reale ovvero non falsa. Per una distinzione tra elemento di esistenza e requisito di validità del contratto, si veda anche VALDÉS B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 35 e ss.

Se, tuttavia, alla prescrizioni di forma si accompagnano regole imperative relative al contenuto minimo necessario del contratto stesso, la forma “cessa di essere solo un requisito autonomo di estrinsecazione del contratto e/o dell’atto unilaterale”, per divenire “regola di controllo (dell’autonomia privata) rispetto all’inserzione di certi elementi e di certe clausole, la cui presenza nel testo è espressamente richiesta dal legislatore”⁷⁴⁶.

La dottrina ricostruisce tradizionalmente queste ipotesi come esempi di “forma-motivazione”⁷⁴⁷. È vero infatti che qui la forma vincolata serve a rafforzare la causalità del contratto, quale condizione previa di legittimazione dell’autonomia privata individuale. Tuttavia proprio la commistione che si realizza tra forma e causa lascia aperta la possibilità di ricostruire le prescrizioni di forma-motivazione per l’accesso ad alcune tipologie di lavoro flessibile come veri e propri limiti all’autonomia privata individuale.

Si cercherà conferma di ciò nell’analisi delle funzioni delle prescrizioni di forma in alcuni contratti caratterizzati dalla temporaneità del vincolo contrattuale.

VII. 1. - L’esempio della nuova disciplina del contratto a termine.

Un esempio paradigmatico a questo riguardo è costituito dalla disciplina del nuovo contratto di lavoro a termine, così come disciplinato dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (di recente modificato dagli artt. 39-41 della l. n. 247/2007⁷⁴⁸) che ha abrogato la disciplina previgente risultante dalla l. n. 230/1962 e successive modificazioni.

⁷⁴⁶ D’ONGHIA M., *La forma vincolata* ..., op. cit., p. 78.

⁷⁴⁷ Sull’informazione come motivazione, diffusamente, FALERI C., *Asimmetrie informative e* ..., op. cit., pp. 64 e ss. che esamina i casi del diritto all’informazione circa le ragioni che il datore ha posto a fondamento del provvedimento di licenziamento (art. 2, l. n. 604/1966), dell’informazione dovuta al lavoratore nell’ambito del procedimento disciplinare (diritto a conoscere previamente le infrazioni e le rispettive sanzioni, le procedure di contestazione delle stesse e soprattutto, per quanto qui interessa, l’obbligo relativo alla necessità della previa contestazione dell’addebito (art. 7 Statuto dei Lavoratori), ovvero dell’informazione dovuta nell’ambito del potere di trasferimento del lavoratore e derivante indirettamente dall’obbligo a carico del datore di addurre comprovate ragioni di carattere tecnico, produttivo o organizzativo che giustificano la necessità del trasferimento (art. 13 Statuto dei Lavoratori).

⁷⁴⁸ Si tratta di un provvedimento complesso composto da un unico articolo con 94 commi e che affronta una pluralità di materia distinte (riforma previdenziale, riforma del mercato del lavoro - ammortizzatori sociali, servizi per l’impiego, lavoro dei disabili, apprendistato - etc.) e che costituisce la traduzione normativa dell’Accordo tripartito - *Protocollo su Previdenza, Lavoro e Competitività. Per l’equità e la crescita sostenibili* - siglato tra Governo e parti sociali il 23 luglio dello stesso anno. Per un

Il decreto, almeno della sua originaria formulazione (ossia prima delle modifiche introdotte nel 2007), era chiaramente orientato ad un superamento tanto della tradizionale preferenza dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato, inteso come la forma contrattuale *normale* e preferente per dare soddisfacimento ad esigenze non temporanee di manodopera da parte dell'impresa, quanto del netto sfavore della normativa lavoristica per la temporaneità del vincolo contrattuale⁷⁴⁹. Non solo, infatti, alla rigida causalizzazione delle ipotesi tassative di legittimo ricorso al lavoro a termine risultante dall'art. 1 della l. n. 230/1962 era stata sostituita una clausola generale di legittimazione⁷⁵⁰ (art. 1, comma 1 d. lgs. n. 368/2001). Si era ritenuto conveniente anche non riprodurre nel testo del provvedimento di riforma l'affermazione ivi contenuta della natura strettamente eccezionale della

analisi di quest'ultimo si rinvia a ZILIO GRANDI G., *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, DRI, 2007, pp. 787 e ss.

⁷⁴⁹ È quanto si deduce agevolmente tanto dalla Relazione di accompagnamento del provvedimento, quanto dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 42 del 2002 contenente le prime indicazioni applicative del d. lgs. n. 368/2001, la quale ultima precisa in primo luogo che il decreto legislativo in commento “non rappresenta semplicemente un atto formale connesso all'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, ma di configura quale manifestazione normativa di un più generico processo di modernizzazione dell'organizzazione del lavoro già da tempo avviato”. Sottolineano il carattere meramente strumentale del richiamo operato nel decreto alla necessità di attuazione della direttiva 99/70/CE in materia di contratto a termine, utilizzato quale pretesto per procedere ad una parziale liberalizzazione dell'istituto e più in generale in funzione della erosione della centralità del modello di lavoro a tempo indeterminato, CARUSO B., ZAPPALÀ L., *Italy*, in CARUSO B., SCIARRA S. (eds), *Flexibility and Security in Temporary work: a comparative and european debate*, WP C.S.D.E.L. “Massimo D'Antona”, n. 56/2007, disponibile sul sito internet www.unict.it, p. 44. La riforma del 2001 venne poi giustificata, come esplicita la cit. Circolare ministeriale, anche sulla base della necessità di superare “l'orientamento volto a riconoscere la legittimità dell'apposizione del termine soltanto in presenza di un'attività meramente temporanea, così come, d'altronde, sono superati i caratteri della «eccezionalità», «straordinarietà» ed «imprevedibilità» propri delle precedenti ragioni giustificatrici” anche allo scopo di operare “una minor compressione dell'autonomia privata, le cui pattuizioni restano sottratte al controllo amministrativo (autorizzazione dei servizi ispezione lavoro in occasione di assunzioni a termini per i cosiddetti «picchi stagionali») e a quello sindacale (delega di potere normativo ex art. 23, legge n. 56/1987 per l'individuazione di ulteriori fattispecie di rapporto a termine) poiché viene abbandonato il criterio della flessibilità contrattata per rafforzare il regime delle pattuizioni individuali”. In questo modo, la riforma del 2001 cercava di ricondurre ad un piano di sostanziale fungibilità la scelta di datore e prestatore di lavoro tra contratti con durata indeterminata e contratti a termine.

⁷⁵⁰ Per le diverse definizioni (clausola generale, clausola generica, norma aperta, categoria generale, etc.) date al ricorso all'espressione attraverso cui si pone la giustificazione della possibilità del ricorso al contratto a tempo determinato, qui usate in modo intercambiabile, si invia a CARINCI M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO F. (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, pp. 72-73 e note collegate.

possibilità di apposizione del termine finale al rapporto⁷⁵¹. L'intervento operato con la l. n. 247/2007 (artt. 39-41) ha inciso, tra l'altro, su quest'ultimo punto, introducendo un nuovo primo comma all'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001 secondo il quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato". In questo modo, per un verso si ristabilisce espressamente la preferenza dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato e, allo stesso tempo, si ribadisce il carattere meramente eccezionale delle assunzioni a termine.

Appare almeno in parte sorprendente che il Legislatore del 2007 abbia rinunciato ad intervenire anche sulla causalizzazione del contratto che dunque rimane vincolata alla clausola generale dell'art. 1, comma 1 (ora comma 2) del d. lgs. n. 368/2001 che subordina la possibilità di stipulare il contratto alla sussistenza di ragioni imprenditoriali "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Anche sulla base delle ampie critiche mosse dalla dottrina alla stessa⁷⁵² e secondo quanto reso noto attraverso la pubblicazione di una nota diffusa dal Ministro del Lavoro Damiani, infatti, il Governo di centro sinistra, all'indomani della vittoria delle elezioni parlamentari, si propone infatti anche di reintrodurre "sintetiche causali tipizzate per via legislativa", ulteriormente ampliabili da parte della contrattazione collettiva a ciò abilitata⁷⁵³.

⁷⁵¹ È noto infatti che l'art. 1, l. n. 230/1962 si apriva con la statuizione secondo la quale "Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato salvo le eccezioni appresso indicate". Ma già prima, la normativa risultante dal Codice civile del 1942 stabiliva che "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto" (art. 2097 c.c.).

⁷⁵² DEL PUNTA R., *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, DRL, 2002, p. 545; SPEZIALE V., *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, 2001, p. 369 che sottolinea il possibile effetto di disincentivazione all'utilizzo dell'istituto.

⁷⁵³ Si veda a tal proposito anche il Progetto di legge n. 927 del 3 agosto 2006 sulla riforma del contratto a termine che proponeva, oltre alla reintroduzione del principio della preferenza dell'ordinamento per il contratto a durata indeterminata, una nuova redazione del comma 2 dell'art. 1 del d. lgs. n. 368/2001 da riscrivere nei termini che seguono: "E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato: a) a fronte di temporanee ragioni oggettive di carattere tecnico, organizzativo o produttivo" – scompare rispetto alla attuale redazione, il riferimento alle ragioni di ordine economico, con conseguente incisiva restrizione delle potenzialità applicative della clausola generale e si specifica il carattere di temporaneità e di oggettività delle esigenze datoriali – ; "b) quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste diritto alla conservazione del posto;" – sembra dunque escludersi così la possibilità di nuove assunzioni a termine per sostituzione di lavoratori in ferie. La lett. c) invece regola le assunzioni a termine nel settore aeroportuale, mentre la lett. d) disciplina l'assunzione a termine a-causale dei dirigenti con contratto di durata non superiore ai 5 anni fermo restando il diritto di recesso ad nutuum trascorsi almeno 3 anni dall'instaurazione del rapporto. A differenza dell'attuale formulazione della norma (art. 10, comma 4 d. lgs. n. 368/2001) si prevede tuttavia l'applicabilità al rapporto di lavoro a termine concluso con questi lavoratori non solo degli artt. 6 e 8 (principio di non discriminazione e esclusione dal computo numerico

Vero è semmai che la riproposizione della natura eccezionale della stipulazione del contratto a termine produrrà conseguenze di estrema importanza in ordine all'interpretazione della clausola generale. In assenza di tale regola, infatti, si era sviluppata in dottrina un'opzione interpretativa che sosteneva la sostanziale equiparazione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, con la conseguenza di ritenere completamente liberalizzato l'istituto (almeno dal punto di vista causale)⁷⁵⁴. È evidente che tale interpretazione, già sostanzialmente scartata dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria⁷⁵⁵, diventa adesso chiaramente insostenibile.

Focalizzandosi più propriamente sugli aspetti relativi alla forma del contratto, occorre ricordare che ai sensi del comma 2 dell'art. 1, d. lgs. n. 368/2001 "l'apposizione del termine finale alla durata del contratto di lavoro subordinato" deve risultare, direttamente o indirettamente⁷⁵⁶, da atto scritto "nel quale sono specificate le ragioni di

dei lavoratori con contratto di durata inferiore a 9 mesi), ma anche dell'art. 3 in materia di divieti. Ma la novità più significativa del progetto di legge consiste nella reintroduzione della possibilità, per i contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di prevedere "altre ipotesi" di legittima apposizione del termine (art. 1, lett. e). Il progetto di legge menzionato è disponibile in RGL, 2006, n. 4, pp. 911 e ss.

⁷⁵⁴ Nel senso della liberalizzazione, una parte in realtà minoritaria della dottrina. TIRABOSCHI M., *Apposizione del termine ...*, op. cit., pp. 90 e ss.; VALLEBONA A., PISANI C., *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, pp. 25 e ss.; CIUCCIOVINO S., *Apposizione del termine*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, in NLCC, 2002, pp. 34 e ss.; DE MARINIS N., *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, DL, n. 12, 2006, pp. 77 e ss. e, sia pure in senso fortemente critico, ROCCELLA M. V., *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine* e ANGIOLINI V., *Sullo schema di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, entrambi disponibili sul sito internet: www.cgil.it. Contra, GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, p. 618. SPEZIALE V., *La nuova legge sul lavoro a termine...*, op. cit., p. 378. MONTUSCHI L., *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, DLRI, 2003, p. 154; ROMEI R., *Intervento*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 532 e ss.; DE ANGELIS L., *Il nuovo contratto a termine ...*, op. cit., pp. 762 e ss.; MENGHINI L., *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, RGL, 2006, I, pp. 695 e ss.

⁷⁵⁵ Per la giurisprudenza, da ultimo Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858; Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in RGL, 2003, II, p. 50; Trib. Pisa 6 novembre 2002; Trib. Ravenna, 7 ottobre 2003, in LG, 2004, p. 1283; Trib. Milano 31 ottobre 2003 in RCDL, 2003, 4, pp. 936; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in D&L, 2004, p. 325 con nota di CONTE; Trib. Frosinone 9 febbraio 2005, disponibile sul sito internet www.csmb.unibo.it; Corte d'Appello di Firenze 11 luglio 2006, in RGL, 2007, II, pp. 459 e ss. con nota di Menghini.

⁷⁵⁶ Il decreto legislativo del 2001, nell'imporre l'indicazione per iscritto del termine finale al rapporto sembrerebbe aver ammesso testualmente la possibilità che questo, pur

cui al comma 1” – “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” -, a fronte della quali si *consente* la conclusione di tale contratto. Si tratta di forma inderogabilmente richiesta *ad substantiam*, ovvero di forma che opera sul terreno sostanziale dell’atto. Essa ha cioè carattere costitutivo, nel senso che rappresenta requisito essenziale per la stessa esistenza dell’atto⁷⁵⁷.

Se, in un sistema quale quello previgente, la fissazione per iscritto del solo termine finale⁷⁵⁸ - precedente o contestuale alla costituzione del

certo nell’*an*, possa essere indeterminato nel “quando”. Si legge testualmente al comma 2 dell’art. 1 “L’apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto ...”. Nell’interpretare tale disposizione, la dottrina maggioritaria sembra aver optato per una ricostruzione della norma che ammetta la possibilità, appunto, di un termine finale individuabile anche solo indirettamente, in relazione ad un evento futuro - certo nel suo accadere, ma incerto nel momento del suo accadimento (LUNARDON F., *Commi 2, 3, 4. I requisiti formali*, in MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 71; TIRABOSCHI M., *Apposizione del termine...*, op. cit., p. 109; VALLEBONA A., PISANI C., *Il nuovo lavoro a termine ...*, op. cit., p. 21). Si tratta di un’interpretazione certamente influenzata dal fatto che anche nel vigore della precedente disciplina, la giurisprudenza sembrava orientata nel senso di ammettere tale possibilità (a titolo esemplificativo, Cass. 26 maggio 1986, n. 3653, in G. civ., 1983, I, 2633; Cass. 24 giugno 1991, n. 7079, in MGL, 1991, 527; Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in LG, 1996,), ma contrastata da altri settori della dottrina che invece tendono a ricondurre la locuzione “direttamente o indirettamente” non alla definizione del termine, bensì solo all’apposizione dello stesso. In altre parole, secondo questa diversa ricostruzione del significato della norma, si ritiene che solo la “apposizione” del termine possa essere determinata indirettamente, ma non anche il termine certo non solo nel se ma anche nel quando, con la conseguenza di interpretare l’attenuazione della rigidità formale operata nel 2001, come concernente unicamente il regime dei mezzi di prova (In tale senso, D’ONGHIA M., *La forma vincolata ...*, op. cit., pp. 106 e ss. che giustifica tale interpretazione, oltre che sulla base del dato letterale menzionato nel testo, anche sulla base del fatto che “è nella natura ontologica del termine che la sua fissazione al contratto possa avvenire mediante l’indicazione non solo di una data determinata ma anche di un evento futuro e certo. L’alleggerimento dei mezzi di prova consisterebbe essenzialmente, sempre per questa A. nel fatto di ritenere ammissibile che “l’apposizione del termine per iscritto (e solo questa) potrà emergere da qualsiasi mezzo (come un atto ricognitivo unilaterale del lavoratore, ovvero la stessa prova testimoniale), superando, così, alcuni limiti probatori connessi alla forma *ad essentialiam*. Rimane fermo invece il carattere della bilateralità della forma scritta”). Per quanto si tratti ovviamente di un’interpretazione più garantista per il lavoratore, si crede che essa sia scarsamente rispondente al testo della disposizione.

⁷⁵⁷ In tal senso, DE ANGELIS L., *Il nuovo contratto a termine ...*, op. cit., pp. 762 e ss.; LUNARDON F., *Commi 2, 3, 4. I requisiti formali ...*, op. cit., p. 67; PERRINO A. M., *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d. leg. 6 settembre 2001, n. 368*, in Foro It., 2001, I, pp. 3517 e ss.

⁷⁵⁸ Non era necessario cioè riprodurre nel documento scritto la concreta causale di legittimazione alla stipulazione del contratto a termine (salvo il caso di assunzione a termine per esigenze sostitutive per il quale si imponeva la necessaria indicazione del nome del lavoratore sostituito e della durata della sostituzione – art. 1, comma 1, lett. b). Interpretazione avallata dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo, si vedano: Cass. 1 dicembre 2003, n. 18354; Cass. 8 luglio 1995, n. 7507; Cass. 28 maggio 1981, n. 3517, in Foro It., 1981, I, 2668.

rapporto⁷⁵⁹ -, era coerente con un sistema impostato sulla rigida tipizzazione delle ipotesi di legittimo ricorso al lavoro a termine⁷⁶⁰ - le quali, essendo state preventivamente e tassativamente elencate dalla legge ovvero introdotte dalla contrattazione collettiva, potevano anche non essere riproposte nel contratto individuale -, la sostituzione dell'elencazione tassativa con una indeterminata clausola generale, ha spinto verso una più stretta formalizzazione della ragioni giustificative della temporalità del rapporto, che adesso devono essere concretizzate nell'atto scritto a pena di nullità⁷⁶¹. Al datore di lavoro viene imposto così l'obbligo di non solo, come in passato, di fissare per iscritto il termine finale del rapporto, ma anche di specificare, e così circoscrivere, la norma aperta dell'art. 1 d. lgs. n. 368/2001, attraverso l'indicazione delle concrete ragioni tecnico-produttive e organizzative (nonché sostitutive) che stanno alla base, nel singolo caso concreto, dell'elezione di tale modello contrattuale⁷⁶².

⁷⁵⁹ Cass. 27 febbraio 1998, n. 2211 in Foro It., 1999, I, 134 con nota di Perrino; Cass. 12 novembre 1992, n. 21166, in MGL, 1993, 28. Lo stesso vale in materia di contratto di formazione e lavoro, per il quale, Cass. 3 marzo 2003, n. 3120, in MGL, 2003, 367; Cass. 16 gennaio 1993, n. 531, in MGL, 1993, 182. Per l'ordinamento spagnolo la questione è meno pacifica. Per l'irrelevanza del rispetto della formalizzazione del contratto in un documento successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro, TS 11 marzo 1997, J 454/1997; TJS di Madrid 8 ottobre 1998 (A. 6212). In senso contrario, invece, TS 28 novembre 1998, A. 8901; TSJ di Navarra 27 luglio 1993, A. 3302

⁷⁶⁰ Ma, sul punto, si rinvia a quanto già commentato nel §. II. - del precedente Capitolo.

⁷⁶¹ La formulazione per iscritto è invece innecessaria nel caso di rapporti di lavoro meramente occasionali (di durata non superiore a 12 giorni - art. 1, comma 4 -). In questo caso, la brevità del rapporto che si instaura spinge a dare preminenza ad esigenze di celerità ed informalità nel traffico giuridico, in conseguente detrimento delle finalità protettive del lavoratore. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che proprio in ragione del carattere specialmente precario della relazione di lavoro, la formulazione per iscritto anche e specialmente in questi casi avrebbe potuto costituire utile strumento di protezione del lavoratore.

⁷⁶² Che l'onere della prova della sussistenza delle ragioni oggettive di giustificazione dell'apposizione del termine ricada sul datore di lavoro, pur nel silenzio della normativa al riguardo, sembra dato oramai acquisito in dottrina e giurisprudenza. Per la giurisprudenza, si veda Trib. Firenze, 5 febbraio 2004, in D&L, 2004, p. 325; Corte d'Appello di Firenze 27 maggio 2005, in RGL News, 2005, n. 3, p. 15. Trib. Pavia 21 aprile 2006, in ADL, 2006, p. 260; Trib. Milano, 18 luglio 2003, in D&L, 2003, p. 937 con nota di BERETTA A., *La riforma del contratto a termine: primi interventi giurisprudenziali*; Trib. Milano, 31 ottobre 2003, in D&L, 2003, p. 936; Trib. Roma, 2 aprile 2007, n. 6445 cit. in cui si legge "sul piano probatorio non v'è dubbio che incomba sulla società convenuta l'onere di dimostrare la concreta sussistenza delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine, nonché il rapporto di causalità tra le predette ragioni e la singola assunzione". Per la dottrina, tra gli altri MAZZIOTTI F., *Flessibilità del lavoro e legge delega*, DML, 2003, n. 1-2, p. 36; VALLEBONA A., *La nuova disciplina del contratto a termine*, DL, 2002, I, p. 20. Nella disciplina previgente la ripartizione dell'onere della prova era stata invece positivamente determinata dall'art. 3, l. n. 230/1962 nel quale si diceva appunto che "l'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle condizioni che giustificano sia l'apposizione di un termine

La necessità di una puntuale specificazione della causale⁷⁶³, adesso rimessa all'apprezzamento esclusivo del datore del lavoro⁷⁶⁴, costituisce dunque la contropartita per un sostanziale ampliamento delle possibilità individuali di utilizzazione dell'istituto. In altre parole, se è certamente vero che le prescrizioni formali poste a carico del datore di lavoro per la stipulazione del contratto a termine sono state incrementate, ciò si spiega essenzialmente in ragione di una regolamentazione che, se non ha mai legittimato un'interpretazione che vede sostanzialmente liberalizzato l'istituto, certamente concede molto di più alle possibilità di espressione dell'autonomia privata (datoriale)⁷⁶⁵. Così come

al contratto di lavoro sia l'eventuale temporanea proroga del termine stesso è a carico del datore di lavoro”.

⁷⁶³ Si è visto nel Capitolo precedente (§. II.- e nota n. 373) che l'apertura (operata dall'art. 23, comma 1 della l. 28 febbraio 1987, n. 56) alla possibilità di previsione da parte della contrattazione collettiva di ipotesi ulteriori di legittima apposizione del termine finale al rapporto di lavoro rispetto a quelle indicata dalla legge (art. 1 l. n. 230/1962) era stata operata con la tecnica della c.d. delega in bianco che non vincolava il contratto collettivo ad individuare causali omogenee a quelle definite legislativamente. Da ciò era derivata la possibilità di ammettere la conclusione del contratto a termine anche in caso di ipotesi individuate sulla base di parametri meramente soggettivi (quali ad es. lo stato di disoccupazione del lavoratore). Con la riforma del sistema operata dal d. lgs. n. 368/2001 si deve ritenere che il Legislatore pur ampliando notevolmente la discrezionalità imprenditoriale in materia, abbia vincolato il ricorso al lavoro a tempo determinato unicamente al presupposto della ricorrenza di causali qualificate solo dal punto di vista oggettivo sulla base di esigenze relative alla produzione e organizzazione del lavoro nell'impresa.

⁷⁶⁴ MAZZIOTTI F., *Flessibilità del lavoro e ...*, op. cit., p. 35.

⁷⁶⁵ L'utilizzo della clausola generale per la causalizzazione del contratto a termine non solo dunque amplia notevolmente i margini di discrezionalità individuale concessi al datore di lavoro al momento di individuare in concreto le esigenze che ne legittimano e giustificano l'utilizzo, ma finisce per concedere molto anche alla discrezionalità del giudice eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla regolarità del contratto. Mentre il datore di lavoro viene abilitato dalla clausola generale ad un più agevole adeguamento della fattispecie astratta alla varietà e molteplicità delle circostanze concrete che si presentano nella realtà, alla sensibilità del giudice viene rimesso il difficile compito di stabilire nel caso singolo il punto di equilibrio e temperamento tra gli interessi imprenditoriali ad un uso flessibile della manodopera e le esigenze di stabilità e continuità nell'occupazione dei lavoratori interessati. Nell'esercizio di tale ampia discrezionalità i giudici italiani, soprattutto di merito, hanno sostanzialmente riaffermato, come anticipato nel testo, il carattere essenzialmente eccezionale del ricorso al contratto a termine, che dunque continua ad essere ammesso solo in presenza di determinate circostanze oggettivamente verificabili. In tal senso, Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858; Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in RGL, 2003, II, p. 50; Trib. Pisa 6 novembre 2002, in www.unicz.it/lavoro nella quale ultima sentenza si specifica che l'eccezionalità del ricorso al lavoro a termine appartiene “al patrimonio giuridico consolidato del settore” e giustificata “quale immediato riflesso del generale impianto protezionistico e di tutela della parte debole del rapporto (...) speculare e complementare rispetto al criterio di irrisolvibilità del rapporto di durata se non per dimissioni o per atto datoriale riconducibile alla sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo”, in attuazione degli artt. 35, 3, comma 2 e 4 della Costituzione. Nello stesso senso, Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, in LG, 2004, p. 1283 con commento di Rodari; Trib. Milano, 25 novembre 2004, in D&L, 2005, pp. 152 e ss. con nota di

all'autonomia privata si concedono maggiori e più ampi margini di discrezionalità nel ricorso a questa particolare forma di rapporto di lavoro caratterizzato dalla temporaneità del vincolo contrattuale, allo stesso modo la maggiore libertà in tal senso, viene comunque circoscritta dalla necessità di una concreta specificazione della causale giustificativa del ricorso allo stesso⁷⁶⁶. Questa, occorre ribadirlo, non è più determinata né

CHIUSOLO; Trib. Milano, 31 ottobre 2003, in D&L, 2003, p. 936.; Trib. Milano 15 ottobre 2003, in D&L, 2003, p. 937; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in D&L, 2004, p. 325 con nota di Conte; Trib. Frosinone 9 febbraio 2005, in www.csmb.unibo.it. Si tratta, d'altra parte, di una soluzione non solo più conforme con il contenuto e le finalità della direttiva 1999/70/CE del 28 giugno "relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 dall'UNICE, dal CEEP e dal CES", ma anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si fa riferimento essenzialmente alla sentenza 22 novembre 2005 - "Mangold" - (C-144/04, in RGL, 2006, II, p. 205 in RGL, 2006, II, pp. 205 e ss.) punto 64, richiamato e confermato anche dal punto 62 della sentenza 4 luglio 2006, - "Adeneler"- (C-212/04) in RGL, 2006, I, p. 601. nel quale si legge: "il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori, mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori". Per un'analisi del contenuto della direttiva ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della ...*, op. cit., pp. 183 e ss. SCIARRA S., *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 52/2007, disponibile sul sito internet: www.unict.it. Sulla funzione ed i limiti della clausole di non regresso LECCESE V., *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 199 e ss. Per l'interpretazione datane dal Governo di centro destra, MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ottobre 2001, pp. 34 e ss. disponibile sul sito www.

⁷⁶⁶ Questione in parte diversa e sicuramente più problematica è invece quella relativa alla necessità che le ragioni di carattere oggettivo che devono essere poste a fondamento e giustificazione della temporaneità del vincolo contrattuale debbano altresì caratterizzarsi per il fatto di essere allo stesso tempo anche ragioni di carattere temporaneo. In tal senso, SPEZIALE V., *La nuova legge sul ...*, op. cit. pp. 379 e ss. che deduce ulteriori elementi di conferma dalla disciplina restrittiva del regime delle proroghe e della successione dei contratti a termine, la quale, nell'esprimere lo sfavore del legislatore per l'utilizzo del contratto a termine quale strumento alternativo del contratto a tempo indeterminato, confermerebbe la necessità della natura temporanea delle esigenze imprenditoriali legittimanti l'apposizione del termine. Dello stesso avviso, MENGHINI L., *Precarietà del lavoro e riforma ...*, op. cit. p. 704 e ss. il quale, cambiando il proprio orientamento in materia, fonda il necessario carattere temporaneo delle esigenze giustificanti il termine sul presupposto che altrimenti, "non avrebbero senso tutti i limiti posti dall'art. 4 del decreto alla possibilità di prorogare il contratto...né quelli dell'art. 5 alla prosecuzione del rapporto oltre la scadenza de termine e alla riassunzione ravvicinata nel tempo". Precisa tuttavia che a differenza della temporaneità delle esigenze poste a fondamento del contratto a termine dalla l. n. 230/1962, quella che caratterizzerebbe la versione attuale, non sarebbe una temporaneità c.d. ontologica, intrinseca "ma una temporaneità che può derivare anche da scelte organizzative imprenditoriali e che inoltre non deve necessariamente connotarsi anche dei caratteri della straordinarietà, occasionalità, imprevedibilità e non ripetitività". Si veda pure, CARABELLI U., *Intervento*, Seminario su *La nuova legge in materia di contratto di lavoro termine*, Roma 22 ottobre 2001, disponibile sul sito internet: www.unicz.it/lavoro. ROMEI R., *Intervento ...*, op. cit., pp. 532 e ss. LAMBERTUCCI P., *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e*

dalla legge, né dalla contrattazione collettiva, bensì rimessa alle scelte di politica economica ed aziendale dell'imprenditore⁷⁶⁷

L'obbligo di forma, combinandosi strettamente con quello relativo alla causale giustificatrice, spinge verso un'*autolimitazione* dell'autonomia privata datoriale, che rimarrà vincolata alla scelta effettuata fino all'estinzione del rapporto contrattuale. Attraverso l'imposizione di una formalizzazione più rigida del contratto, si interviene insomma nel duplice senso, di limitare gli ambiti di discrezionalità concessi al datore di lavoro dal ricorso alla clausola generale, e di agire in funzione compensativa del sostanziale allentamento degli altri limiti imperativi di tipo sostanziale posti alla conclusione del contratto a termine⁷⁶⁸.

Ciò che si cerca di dimostrare è che al di là degli effetti informativi⁷⁶⁹, di responsabilizzazione del consenso⁷⁷⁰ e di certezza giuridica⁷⁷¹ sicuramente attribuibili alla prescrizione relativa alla forma

normativa comunitaria, ADL, 2001, p. 530; CENTOFANTI S., *Peculiarità genetiche e profili modificativi ...*, op. cit., pp. 918-19. Per un'analisi della giurisprudenza sul punto, AIMO M., *Il contratto a termine alla prova*, DLRI, 2006, pp. 159 e ss.; NANNIPIERI L., *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, RIDL, 2006, I, pp. 327 e ss.

⁷⁶⁷ HERNANDEZ S., *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, DL, 2002, I, p. 32.

⁷⁶⁸ Specificatamente, nel senso della funzione compensativa della forma, Trib. Bologna, 2 febbraio 2004, in ADL, 2005, pp. 655 e ss.

⁷⁶⁹ Il lavoratore viene in altre parole messo nelle condizioni di poter conoscere (oltre che la data in cui verrà a cessare il rapporto) le motivazioni della temporaneità del rapporto che lo lega al datore di lavoro. Queste infatti non potranno essere modificate né nel corso dello svolgimento del rapporto, né, tanto meno, in sede giudiziaria, nell'ipotesi dell'instaurazione di una controversia sul punto.

⁷⁷⁰ La forma continua a svolgere poi anche una più tradizionale funzione di "responsabilizzazione del consenso", derivante dalla sua necessaria prestazione attraverso una forma (quella scritta) vincolata. Richiamando l'attenzione dei contraenti (e in particolare, del prestatore di lavoro) sull'attività giuridica che si apprestano a porre in essere, la forma dunque agisce in funzione di responsabilizzazione dell'autonomia privata individuale in relazione con la stipulazione di un contratto che presenta notevoli scostamenti in termini di disciplina applicabile rispetto al modello "tipico" a tempo indeterminato.

⁷⁷¹ All'effetto informativo si aggiunge senz'altro un evidente effetto di certezza giuridica a vantaggio del lavoratore. Questi infatti, potendo contare su di un documento che riproduce le ragioni che giustificano la temporaneità del proprio rapporto di lavoro, viene messo nelle condizioni di effettuare un più agevole controllo sulla regolarità formale e dunque sulla conformità alla legge del contratto che si è apprestato a concludere. Ma l'effetto di certezza giuridica ovviamente si ripercuote positivamente anche sulla posizione datoriale, anch'essa in principio interessata alla cristallizzazione nel documento dell'accordo raggiunto, nonché, più in generale, sulle esigenze pubbliche e collettive di trasparenza e regolarità del mercato del lavoro. E' indubbio infatti che la formalizzazione per iscritto del contratto svolge anche un'importante funzione di agevolazione dell'espletamento degli oneri di comunicazione in favore degli organi

del contratto a termine, sembra possibile sostenere che, qui più che altrove, l'interazione tra questa ed i requisiti di contenuto minimo finisce per attribuire alla disposizione anche una funzione più propriamente limitativa dell'autonomia privata individuale. In altre parole, la necessaria esplicitazione nel documento scritto anche della ragione di temporaneità dell'occasione di lavoro offerta difumina i contorni tra forma, oggetto e causa del contratto rendendo la prima una sorta di manifestazione dell'ultima.

VII. 2. – Possibili analogie con il sistema di regolazione spagnolo dei contratti a tempo determinato.

Considerazione analoghe possono essere fatte per l'ordinamento spagnolo per quanto riguarda la funzione della forma nei contratti temporanei di cui all'art. 15 ET (essenzialmente, contratto *para obra o servicio determinado, por circunstancias eventuales de la producción* e di *interinidad*).

In ossequio alla preferenza accordata dall'ordinamento al contratto di lavoro a tempo indeterminato, l'art. 15 ET, come già anticipato, elenca una serie di ipotesi tassative in cui si ammette la contrattazione a termine. Si è accennato poi al fatto che l'Estatuto de los Trabajadores è piuttosto parco nella determinazione di norme relative al contenuto minimo dei contratti atipici. È stata, infatti, soprattutto la normativa regolamentare di attuazione ad introdurre vincoli anche di contenuto alla forma del contratto.

E così il RD 18 dicembre 1998, n. 2720 stabilisce, in materia di contratto *para obra o servicio determinado*, che questo dovrà contenere la specificazione e l'indicazione chiara, precisa e sufficiente, dell'opera o del servizio oggetto del contratto (art. 2, comma 2, lett. a). In materia di contratto *eventual por circunstancias de la producción*, si prevede che questo dovrà contenere l'indicazione chiara e precisa della causa e delle circostanze che ne legittimano l'utilizzo, nonché della durata del contratto (art. 3, comma 2, lett. a)⁷⁷². Allo stesso tempo, per il contratto *de interinidad por sustitución*, si prescrive che in esso dovrà essere

amministrativi competenti – infra – ovvero delle rappresentanze sindacali ove previsto e del controllo affidato agli organi ispettivi.

⁷⁷² Ai sensi dell'art. 6, comma 1 dello stesso decreto, tuttavia, mentre il contratto per la realizzazione di un'opera o un servizio determinato e quello *de interinidad* devono essere sempre stipulati per iscritto, la formalizzazione di quello *eventual* sarà necessaria solo in caso di durata del rapporto superiore a 4 settimane ovvero di stipulazione dello stesso a tempo parziale.

indicata l'identità del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione (art. 4, comma 2, lett. a)⁷⁷³.

A parte queste disposizioni specifiche per ciascuna modalità contrattuale, all'art. 6 dello stesso decreto si stabiliscono poi una serie di regole comuni a tutt'e tre. In particolare, si prevede che nel contratto scritto dovranno comunque essere specificati ulteriori elementi, quali (a titolo meramente esemplificativo) l'indicazione della modalità contrattuale concretamente scelta, la durata del contratto ovvero l'identificazione della circostanza che la determina ed il contenuto della prestazione dedotta in contratto.

È evidente che, in tutti questi casi, l'obiettivo avuto presente dalla normativa di attuazione è stato quello di assicurare un'oggettivazione ed una specificazione nel documento scritto della (solo astrattamente indicata) causa di temporaneità dei contratti in commento. Analogamente a quanto sostenibile in materia di contratto a termine nell'ordinamento italiano, si è cercato in questo modo di obbligare le parti (*rectius*, il datore di lavoro) ad identificare nel contratto scritto le circostanze oggettive che in concreto rendono eccezionalmente possibile l'utilizzo di modalità contrattuali a termine.

La forma rappresenta dunque qui più che altrove una "tecnica di protezione sociale"⁷⁷⁴, idonea ad agevolare l'effettività del controllo pubblico (ma anche collettivo – si ricordano le disposizioni in materia di consegna alle rappresentanze legali dei lavoratori della *copia básica* dei contratti così stipulati)⁷⁷⁵ sulla regolarità e la conformità alla legge del loro uso.

⁷⁷³ Nel caso poi in cui il lavoratore assunto con tale modalità contrattuale non vada a coprire il posto lasciato vacante ma altro di altro lavoratore che abbia occupato quello stesso posto, si dovrà indicare nel contratto scritto anche il posto di lavoro concretamente coperto dal lavoratore assunto con il contratto "de interinidad" (art. 4, comma 2, lett. a) secondo capoverso RD n. 2720/1998). È questa l'ipotesi di *contrato de interinidad por sustitución*, disciplinata nell'ET (art. 15, comma 2, lett. c). La stessa modalità contrattuale è poi utilizzabile anche nell'ipotesi di esigenze temporanee determinate dalla necessità di far fronte alla copertura di posti di lavoro rimasti vacanti in attesa che siano espletati i procedimenti di selezione previsti per la copertura definitiva degli stessi - *contrato de interinidad por vacante* - (art. 4 RD 18 dicembre 1998, n. 2720). Per il caso di utilizzo di questa forma contrattuale nella Pubblica Amministrazione, art. 10, RD 3 febbraio 2006, n. 96.

⁷⁷⁴ ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina ...*, op. cit., p. 742.

⁷⁷⁵ Considerazione in parte analoghe possono essere fatte anche per quanto riguarda sia i contratti formativi (il citato RD Ley n. 488/1998 prescrive per il contratto "en prácticas" la necessaria indicazione nel contratto scritto il livello di studi in possesso del lavoratore, la durata del contratto e il posto di lavoro occupato dal lavoratore durante il periodo di pratica - art. 3 -, mentre per il contratto "para la formación", l'indicazione del posto di lavoro occupato dal lavoratore, il tempo e la sua distribuzione orario dedicato alla formazione teorica, la durata del contratto, il nome e la qualifica professionale del tutore assegnato al lavoratore in formazione), sia per il contratto di lavoro concluso con un'impresa di lavoro temporaneo (l'art. 15, comma 2 del RD n. 4/1995, prescrive una

Analizzando tuttavia con più attenzione soprattutto le disposizioni regolamentari relative al contenuto minimo dei contratti in questione, sembra possibile avanzare l'ipotesi che la forma svolga qui una funzione in parte differente, o meglio che alle funzioni ad essa assegnate tradizionalmente possano aggiungersene altre. Per cercare di chiarire il senso di quest'affermazione diventa necessario entrare - sia pure sommariamente - nel merito della regolazione di ciascuno dei contratti a termine menzionati.

VII. 2. 1. Le controverse funzioni della forma del contratto *para obra o servicio determinado*.

Iniziando dal contratto *para obra o servicio determinado*, occorre subito puntualizzare che si tratta di un contratto in cui il termine finale pur certo nell'*an*, rimane indeterminato nel quando, dipendendo strettamente dall'opera o dal servizio che ne costituisce l'oggetto⁷⁷⁶. In questo senso, l'obbligo di concrezione e specificazione dell'una o dell'altro nel documento scritto risulta strettamente funzionale, sul lato del lavoratore, a rendere conoscibile, sia pure solo approssimativamente, l'estensione temporale dell'offerta di lavoro. Ovvero, in una prospettiva rovesciata, se il datore di lavoro non fosse obbligato a concretizzare la formula generale dell'art. 15, comma 1, lett. a)⁷⁷⁷, identificando in concreto le esigenze di natura meramente temporanea che giustificano l'assunzione a termine, ne conseguirebbe che l'ammissibilità del ricorso a questa figura contrattuale rimarrebbe sostanzialmente affidata al suo arbitrio⁷⁷⁸.

serie di requisiti minimi distinti per il caso in cui il contratto di lavoro sia stipulato a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato).

⁷⁷⁶ STS 30 novembre 1992, A. 9292. Vero è semmai che ai fini della concreta individuazione delle attività che possono costituire oggetto di questa modalità contrattuale, la legge assegna alla contrattazione collettiva (settoriale di ambito statale o inferiore, anche a livello di impresa) la possibilità di definire nel contratto collettivo tali attività, sempre che si tratti di operazioni non creative ma meramente specificative del dettato legale (art. 15, lett. a) ET)

⁷⁷⁷ All'art. 15, comma 1, lett. a) si prevede espressamente la possibilità di stipulare contratti a termine "Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta ..."

⁷⁷⁸ È proprio al fine di evitare che un elemento tanto importante quale quello relativo alla durata del contratto resti affidato all'arbitrio di una delle parti che si è chiarito che l'opera o il servizio devono essere specificati nel contratto scritto e presentare un profilo concreto, obiettivo e preciso, indipendente dalla volontà delle parti (STSJ di Cataluña 3 marzo 1997, AS. 1043), non essendo sufficienti riferimenti meramente generici e imprecisi alla stessa nel documento scritto (STS 20 gennaio 1998, Ar/4; STS 17

Se così è, allora è possibile sostenere che alla mancata e/o insufficiente identificazione dell'opera o del servizio dedotto dovrebbe conseguire il mancato e/o insufficiente rispetto del principio di causalità del tipo contrattuale⁷⁷⁹, ovvero, in altri termini, che in esso si sia finito per realizzare una sostanziale commistione tra profili formali e profili sostanziali di regolamentazione. L'obbligo di identificazione della causale del contratto si combina infatti con quello della sussistenza stessa della causa di temporaneità, in un intreccio indissolubile che scompagina e sfuma i tradizionali confini tra causa(le) di temporaneità del contratto e forma contrattuale. L'esigenza di *identificazione* causale finisce cioè per confondersi con l'esistenza stessa della ragione della temporaneità del contratto, sollevando il dubbio che si tratti non di mero requisito formale, bensì di elemento sostanziale e costitutivo del contratto.

Proprio in ragione di tale ambiguità, e partendo da considerazioni analoghe, in dottrina, si è criticato l'assimilazione operata da una parte consistente della giurisprudenza spagnola tra mancata stipulazione in forma scritta del contratto e mancata identificazione in concreto della causa di temporaneità, con la conseguenza di ritenere operante, in entrambi i casi, il meccanismo presuntivo di cui all'art. 8, comma 2 ET⁷⁸⁰. Si dice, in altri termini, che se è vero che l'identificazione causale costituisce requisito non meramente formale, bensì "fondamentale" o "essenziale" della tipologia contrattuale⁷⁸¹, l'applicazione della sanzione della mera presunzione *iuris tantum* che fa salva la possibilità per il datore di lavoro di fornire la prova della giustificazione causale e dunque evitare la trasformazione del contratto in un normale contratto a tempo

dicembre 1996, Ar/9721; STS 10 maggio 1993, Ar/4046; STS 2 settembre 1992, Ar/6816).

⁷⁷⁹ Il requisito di contenuto minimo del contratto ovviamente continua a svolgere anche funzioni più tradizionali quali quelle di certezza giuridica ovvero di informazione sul lato del lavoratore dei diritti nascenti dal contratto. Ad esempio, consentirà un più agevole controllo circa il rispetto del limite individuato dalla giurisprudenza dell'illegittimità di attribuzione del lavoratore allo svolgimento di mansioni ulteriori e diverse da quelle legate alla realizzazione dell'opera o del servizio. Vedi STS 21 settembre 1999, JL 358/1999; STS 28 dicembre 1998, JL 642/1998; STS 11 novembre 1998, JL 536/1998; STS 7 luglio 1997, A. 6250.

⁷⁸⁰ In tale articolo si prevede, infatti, che il mancato ottemperamento dell'obbligo di forma in tutti i casi in cui essa è positivamente prescritta dalla legge, dà luogo all'attivazione di una presunzione *iuris tantum* in forza della quale "el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios". Sul punto si rinvia al §. VIII. 2. – di questo Capitolo.

⁷⁸¹ In tale senso, il TSJ della Comunidad Valenciana nella sentenza 13 febbraio 1998, A. 5216; ovvero il TS nelle sentenze 26 marzo 1996, J. 653/1996 e 2 marzo 1990 (2685/1991).

indeterminato, sembra contraddire la stessa premessa dell'essenzialità della stessa⁷⁸².

In questo senso, più coerenti sono sembrate quelle pronunce giurisprudenziali che, equiparando la mancata o insufficiente specificazione causale nel documento scritto all'ipotesi della realizzazione di un *contratto in frode alla legge*, ritengono applicabile non già il meccanismo presuntivo dell'art. 8, comma 2 ET; bensì quello dell'art. 15, comma 3 ET che dispone – non senza ambiguità⁷⁸³ – una presunzione *iuris et de iure*, ovvero ritengono applicabile il meccanismo della nullità parziale del contratto (nullità della clausola del termine), con la conseguenza di ritenere il contratto stipulato fin dall'inizio a tempo indeterminato⁷⁸⁴.

⁷⁸² PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., pp. 111 e ss. e pp. 125-127, per il quale, la natura non meramente formale, bensì sostanziale dei requisiti di contenuto minimo funzionali all'identificazione della causale della temporaneità del vincolo contrattuale nell'economia della struttura contrattuale dovrebbe condurre a ritenere le violazioni degli stessi come comportanti la trasformazione del rapporto in un rapporto a tempo indeterminato, senza possibilità cioè di prestazione di prova contraria. Sempre secondo questo autore, ad analoghe conseguenze si perverrebbe attraverso una corretta applicazione della presunzione dell'art. 8, comma 2 ET nella misura in cui, a suo giudizio, la distruzione della stessa comporterebbe a carico del datore di lavoro la necessità di provare non solo la sussistenza in concreto di esigenze obiettive dell'impresa di carattere meramente temporaneo, ma anche, coerentemente con la natura contrattuale del rapporto di lavoro, che il lavoratore prestò il proprio consenso (sia pure solo oralmente) alla conclusione di un contratto di cui conosceva il carattere meramente temporaneo.

⁷⁸³ Si tratta in realtà di un meccanismo che solo con una certa dose di approssimazione può farsi rientrare in quello presuntivo. Qui, come è stato notato, il meccanismo presuntivo opera in realtà non tanto sul piano probatorio, bensì su quello più propriamente sostanziale, rendendo illecite determinate condotte e applicandovi determinate conseguenze giuridiche. BEJARANO HERNÁNDEZ A., *Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad*, RL, 1997, n. 1, p. 25. MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 121 e ss.

⁷⁸⁴ Si veda, sul punto, la citata STS 10 maggio 1993, Ar/4046 nella quale si legge “la causa (della temporaneità del vincolo contrattuale) no se presume sino que se debe precisar la modalidad contractual y la causa concreta y al no haberse cumplido esta carga se entiende que la cláusula de temporalidad es nula y por efecto del art. 9 del Estatuto de los Trabajadores se sustituye por los preceptos jurídicos adecuados, lo que hace que el contrato tenga carácter indefinido”. Ovvero pure STSJ di Castilla-La Mancha 15 aprile 1997, A.1638 nella quale si legge “es precisa la determinación de la obra o servicio a desarrollar por el trabajador, fuera de cuya realización el contrato se convierte en un fraude a la ley, con las consecuencias de indefinición de la relación contractual que ello lleva consigo, sin posibilidad de prueba en contrario, porque al actuar así trata de conseguirse un resultado no amparado por la norma, mediante una conducta lícita sólo en su apariencia”; STSJ di Andalucía (Málaga) 10 gennaio 1997, A. 243, nella quale si dice “habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 marzo 1990 ([RJ 1990\1749](#)) que la causa específica de este contrato temporal es la realización de una obra o servicio determinados, *cuya identificación es fundamental o esencial*, de manera que faltando esa concreción ha de deducirse el carácter indefinido de la relación laboral, ya que o no existe obra o servicio concreto sobre el que opera el

Senza voler prendere posizione su una questione controversa che presenta evidenti profili di problematicità anche nella dottrina e nella giurisprudenza di questo Paese, ciò che appare sufficiente risaltare ai fini del discorso che qui si cerca di portare avanti è che, in questo caso, la forma del contratto (intesa come sintesi di requisiti formali di manifestazione del consenso in senso stretto e di requisiti di contenuto minimo del contratto) sembra acquistare una rilevanza ulteriore e più pregnante rispetto a quella ad essa attribuita dalle ricostruzioni tradizionali e più risalenti, tanto da suggerire la possibilità di una sua configurazione come vero e proprio limite all'autonomia privata delle parti.

Anche senza voler riconoscere natura costitutiva al requisito del contenuto minimo della forma del contratto *para obra o servicio determinado*, è possibile affermare, infatti, che, nella misura in cui l'ordinamento concede al datore di lavoro un certo margine di discrezionalità nella selezione delle circostanze concrete che integrano gli estremi causali della fattispecie astratta, la loro necessaria rappresentazione nel documento scritto finisce per arginare quella stessa discrezionalità, cristallizzando la scelta inizialmente fatta e impedendo ulteriori successive integrazioni e modifiche. In altre parole, la concrezione della causale nella forma scritta del contratto, genererebbe una sorta di trasferimento dell'effetto di limitazione, proprio della causa, alla forma stessa.

contrato o éste se desconoce, no pudiendo quedar al arbitrio de una de las partes elemento tan relevante de contrato como el relativo a la duración. Así pues, no haciéndose ni siguiera mención en los contratos de autos a la obra o servicio que constituía su objeto, es evidente el carácter fraudulento de los mismos, debiendo deducirse el carácter indefinido de la contratación” (corsivo nostro). In termini identici, STSJ di Andalucía (Málaga) 8 novembre 1995, A. 4228. Nello stesso senso, anche STS 10 febbraio e 6 maggio 1987 (rispettivamente Ar/825 e Ar 3247). Contrario a questa interpretazione, MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal en ...*, op. cit., pp. 114 e ss. il quale interpreta i riferimenti giurisprudenziali all'essenzialità del requisito della forma nei contratti a termine come comportante la natura a tempo indeterminato del contratto come espressioni che alludono in realtà al fatto che non si è fornita la prova del carattere meramente temporaneo del contratto. Ad onor del vero, le affermazioni giurisprudenziali sono spesso poco chiare sul punto. Da un lato infatti si ribadisce il carattere essenziale della forma e dunque il suo valore costitutivo, con la conseguenza di ritenere applicabile il meccanismo della nullità parziale, dall'altro non mancano riferimenti anche all'operatività del meccanismo presuntivo dell'art. 15, comma 1 ET. Si veda ad es. la sentenza del TSJ di Andalucía (Sevilla) 22 dicembre 1995 nella quale dopo aver affermato che “pese a denominarlo para obra o servicio determinados, lejos de especificarse con precisión y claridad su objeto -como exige el art. 2.2, a) de dicho Real Decreto-, se limitó a consignar el genérico expresado, por todo lo cual existió fraude de ley al aplicar la entidad demandada una normativa sobre contrato temporal a un supuesto no contemplado en la misma por lo que, conforme a lo prevenido en el art. 6.º.4 del Código Civil, procede declararlo así, siendo nula la cláusula de temporalidad y válido todo lo demás según el art. 9.º.1 del Estatuto de los Trabajadores”, continua dicendo, “de ahí que deba entrar en juego la presunción de fijeza del art. 15.1 de tal cuerpo legal”.

VII. 2. 2. - La forma nel contratto *eventual por circunstancias de la producción*.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per il contratto *eventual por circunstancias de la producción*. Si tratta di un contratto in cui la temporaneità del vincolo contrattuale (questa volta a carattere certo e determinato⁷⁸⁵) non si giustifica in funzione della natura o del tipo di prestazione richiesta, bensì sul presupposto che appunto dell'esistenza di "circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos" che rendano *eccezionalmente* indispensabile l'assunzione di lavoratori aggiuntivi rispetto all'organico normale, sia pure per lo svolgimento di funzioni che attengono all'attività abituale e permanente dell'impresa. A differenza di quanto avviene in materia di contratto *para obra o servicio determinado*, il criterio al quale si ancorano la natura e termine del vincolo contrattuale non è dunque di carattere qualitativo – "obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta" -, bensì meramente quantitativo⁷⁸⁶.

Anche per questo contratto la legge impone la necessità della forma scritta (quando sia di durata superiore alle 4 settimane ovvero stipulato a tempo parziale), nonché la necessaria – chiara e precisa - indicazione nel documento della causa ovvero della circostanza che ne legittima il ricorso e della durata del contratto – pur all'interno dei limiti temporali predefiniti dalla legge - (art. 3, comma 2, lett. a).

Non solo, dunque, il mero riferimento alla formula dell'art. 15, comma 1 lett. b) ET⁷⁸⁷ non sarà sufficiente per poter ritenere rispettato il

⁷⁸⁵ L'art. 15, comma 1, lett. b) ET stabilisce infatti limiti minimi e massimi di durata del contratto in commento, ulteriormente ampliabili e modificabili da parte della contrattazione collettiva.

⁷⁸⁶ ALBIOL MONTESINOS I., CAMPUS RUIZ L. M., LÓPEZ GANDÍA J., SALA FRANCO T., *Derecho del trabajo ...*, op. cit., p. 305. Per la giurisprudenza, a titolo esemplificativo, STS 30 aprile 1994, A. 6312; STS 20 marzo 2002, RJ 5284. Si tratta dunque di esigenze straordinarie che determinano un incremento anormale delle necessità di manodopera abituali dell'impresa che non possono essere soddisfatte dall'organico normale dell'impresa. Ciò, in principio, dovrebbe accadere unicamente come conseguenza del verificarsi di un incremento imprevisto della domanda nel mercato, ma la giurisprudenza tende ad ammettere il ricorso a tale contratto anche in occasione di una contrazione transitoria dell'organico presente in azienda che rende temporaneamente necessario l'assunzione di nuovi lavoratori – sul punto, *infra*, nota n. 215. Può trattarsi anche di esigenza di carattere stagionale, sempre che non si presenti ciclicamente. Il contratto atipico predisposto per la soddisfazione di esigenze di questo secondo tipo è infatti il contratto *fijo-discontinuo*. A differenza di quanto avviene nel contratto *para obra o servicio determinado*, qui, la durata del contratto rimane indipendente dalla causa del contratto, per cui possono determinarsi mancati aggiustamenti tra la durata dello stesso e la causa che ne ha legittimato la stipulazione che tuttavia non invalidano il contratto (STS 4 gennaio 1999, RJ 1594).

⁷⁸⁷ Si veda la citata sentenza TS 10 maggio 1993, Ar/4046 e inoltre STS 5 maggio 1997, Ar 3654; STS 18 novembre 1998, Ar/10000; STSJ di Cataluña 22 marzo 1999, A. 5759.

principio di causalità del contratto, ma, si deve ritenere che la chiara e precisa identificazione della circostanza che giustifica il ricorso a questa forma contrattuale costituisca un'esigenza sostanziale tanto ineludibile quanto quella della sussistenza stessa della causa di temporaneità del contratto, dando luogo a conseguenze assimilabili.

Anche qui come nel caso precedente, forma e causa del contratto si intrecciano indissolubilmente, senza che sia possibile operare una netta distinzione né concettuale, né relativa al regime giuridico. La forma sembra acquistare, confondendosi con la causa(le), la natura di requisito sostanziale del contratto⁷⁸⁸.

VII. 2. 3. – La distinta funzione della forma del contratto *de interinidad*.

Discorso in parte diverso deve essere fatto invece per il contratto *de interinidad*, ovvero per quel contratto a termine stipulabile, per espressa disposizione legale, onde far fronte alle esigenze di sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto (*interinidad por sustitución*). La stessa modalità contrattuale è poi utilizzabile anche nell'ipotesi di esigenze temporanee determinate dalla necessità di far fronte alla copertura di posti di lavoro rimasti vacanti in attesa dell'espletamento dei procedimenti di selezione previsti per la copertura definitiva degli stessi (*interinidad por vacante*) tanto in ambito pubblico (art. 10, RD 3 febbraio 2006, n. 96), quanto in quello privato (art. 4 RD 18 dicembre 1998, n. 2729) art. 10, RD 3 febbraio 2006, n. 96.

In questo caso, è lo stesso Estatuto de los Trabajadores - art. 15, comma 1, lett. c) - che prescrive esigenze di contenuto minimo del

⁷⁸⁸ In tale senso, PÉREZ REY J., *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Bomarzo, Albacete, 2006, p. 43, cui si rinvia anche per un esame generale e complessivo di tale modalità contrattuale a termine. Si segnala, tuttavia, che a differenza di quanto è stato possibile sostenere per il contratto *para obra o servicio determinado*, in questo caso la giurisprudenza ha accolto una interpretazione unanime circa le conseguenze che si producono in caso di mancata o insufficiente identificazione causale nel contratto scritto, ritenendo che “ciertamente, lo decisivo es que concurra la causa para la validez del contrato, por ello la falta de forma escrita no transforma por sí sola el contrato temporal en indefinido, siempre que exista prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo” (STS 14 marzo 1997, J. 476/1997), ovvero, “La falta de precisión en el contrato en cuanto a la causa justificante la temporalidad opera como un incumplimiento relativo a la forma escrita del contrato que lleva a la presunción “iuris tantum” de su carácter indefinido, la cual cede cuando la temporalidad se deduce de la propia naturaleza de los servicios contratados”. STS 28 aprile 1987, A. 2817, entrambe citate da PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 117-118.

contratto scritto - all'imporre che questo debba necessariamente contenere il nome del lavoratore sostituito e la causa o ragione della sua sostituzione -, mentre la normativa di attuazione specifica che è necessaria anche l'indicazione circa il se il lavoratore così assunto andrà ad occupare il posto di lavoro del lavoratore assente ovvero quello di altro lavoratore che lo abbia già sostituito (art. 4, comma 2, lett. a) RD n. 2720/1998).

Tuttavia, l'astratto rigore formale della causale di giustificazione della durata determinata del contratto che si deduce dalla disciplina menzionata è stato di fatto fortemente devitalizzato dall'interpretazione giurisprudenziale sul punto⁷⁸⁹.

È noto infatti che, soprattutto nell'ipotesi di *interinidad por vacante* - assunzione funzionalizzata alla copertura di un posto di lavoro nelle more del procedimento di selezione del personale proprio della Pubblica Amministrazione - la giurisprudenza da un lato, ha adottato una posizione estremamente elastica quanto alla necessità di indicazione specifica del posto di lavoro che verrà coperto in forma definitiva a seguito del procedimento di selezione esterna ovvero di promozione interna (così come richiesto dall'art. 4, comma 2, lett. a) RD n. 2720/1998), mentre dall'altro, ha qualificato l'utilizzo del contratto *para obra o servicio determinado* o del contratto *eventual* per la copertura del posto vacante come una mera irregolarità formale, con la conseguenza di impedire la trasformazione del contratto tutte le volte che si provi il carattere meramente temporaneo delle esigenze imprenditoriali⁷⁹⁰.

In altre parole, l'attenuazione della rilevanza di un rigoroso rispetto delle prescrizioni di contenuto minimo operata dalla giurisprudenza, rende difficilmente sostenibile qui la tesi della forma quale limite all'autonomia privata individuale delle parti che qui si cerca di sviluppare.

⁷⁸⁹ Sul punto, si rinvia a PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 119-124. In dottrina, al contrario, si è arrivati a sostenere la natura costitutiva del requisito di forma, ALONSO GUERVÓS M. L., *Contratación laboral*, Bomarzo, Albacete, 1999, p. 85.

⁷⁹⁰ A titolo esemplificativo le sentenze: TS 12 luglio 1994, RJ 7156; TS 15 febbraio 1995, RJ 1158 di unificazione di dottrina nella quale ultima a proposito dell'utilizzo del contratto *para obra o servicio determinado* per la sostituzione di lavoratori in ferie si legge: "Aun cuando pueda cuestionarse que fuera correcta la modalidad utilizada para los contratos últimamente mencionados, por entenderse que la necesidad de trabajo que genera la ausencia durante el disfrute de vacaciones debe ser atendido mediante la figura de la eventualidad y no con la de interinidad, tal irregularidad, por sí sola, no llevaría consigo que adquirieran fijeza los así contratados, pues produciendo tal ausencia una acumulación de tareas - lo cual no se discute - y mediando pacto expreso de temporalidad, la consecuencia procedente es asignar a tales contratos la naturaleza que le fuera propia, aplicando su régimen específico" -.

VII. 3. - Contratti a termine ed esigenze di controllo pubblico: lo spostamento dell'attenzione del Legislatore dal controllo sul singolo contratto al controllo della successione di contratti a termine.

Da quanto fin qui detto, appare evidente che nelle assunzioni a termine si pongono una serie di problemi che molto hanno a che vedere con il controllo del rispetto del principio di causalità e con la prevenzione e repressione delle ipotesi di utilizzo improprio e abusivo della temporaneità del vincolo contrattuale.

Si è visto anche come proprio in queste ipotesi, il controllo sul singolo contratto stipulato si realizza essenzialmente attraverso il meccanismo della forma negoziale che, combinandosi qui più che altrove con requisiti di contenuto minimo, finisce per creare una sorta di commistione tra forma, contenuto e causa del contratto. In questo senso, si è sostenuto che l'elemento formale finisce per partecipare dell'essenzialità di quello causale, fungendo al pari di questo da vero e proprio limite all'autonomia individuale delle parti, in detrimento della funzione più tradizionale di controllo sulla regolarità e trasparenza del mercato del lavoro assegnata tradizionalmente al requisito della forma negoziale vincolata.

Ad ulteriore conferma della parziale trasformazione delle funzioni tradizionalmente assegnate all'elemento della forma contrattuale può essere richiamata l'ultima evoluzione registrata dalla normativa in materia di contratti temporanei.

Probabilmente anche come conseguenza dell'impulso in tal senso da parte della normativa di matrice comunitaria⁷⁹¹, gli ultimi interventi in materia - operati quasi contemporaneamente tanto in Spagna, quanto in Italia - si sono caratterizzati per il diverso punto di incidenza delle innovazioni introdotte. Si fa riferimento al fatto che l'attenzione del Legislatore - tanto spagnolo, quanto italiano - si è spostata dalla regolazione delle singole modalità di contratto a termine e dunque della definizione più o meno puntuale dei requisiti e dei limiti posti all'autonomia individuale nella scelta in concreto della varie modalità di contratto a tempo determinato, al fenomeno della così detta concatenazione dei contratti temporanei.

Per quanto riguarda il sistema spagnolo, il riferimento è all'intervento operato con l'emanazione del RD-Ley 9 giugno 2006, n. 5 che ha dato traduzione normativa all'importante Accordo concertativo

⁷⁹¹ Si fa riferimento ovviamente alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, la quale si costruisce intorno a tre principi fondamentali: la necessità di assicurare la causalità delle assunzioni a termine, ovvero la necessità di assicurare la corrispondenza tra oggettiva natura temporanea delle esigenze imprenditoriali e dunque del posto di lavoro offerto, la necessità di assicurare ai lavoratori coinvolti una tutela e delle condizioni di lavoro sostanzialmente equivalenti a quelle di cui godono i lavoratori a tempo indeterminato e, infine, la necessità di prevenire e reprimere l'uso incorretto o fraudolento dei contratti a termine.

concluso il 9 maggio dello stesso anno. Ancora una volta ispirato soprattutto al contenimento della c.d. “*eventualización*”/precarizzazione del lavoro⁷⁹², la normativa - e l’Accordo che la sostiene - propongono uno scambio tra promozione del principio della “*estabilidad en el empleo*” e sostanziale riduzione del costo del lavoro⁷⁹³.

In particolare, tra le misure predisposte allo scopo precipuo di ridurre la precarietà del lavoro, la normativa in esame opera seguendo due linee di intervento distinte, ma intimamente relazionate. Da un lato, si provvede a aggiornare, semplificare ed estendere l’applicazione di misure di incentivazione alle assunzioni a tempo indeterminato ed alla promozione della trasformazione dei contratti a termine attraverso la predisposizione di misure di incentivazione economica e di bonificazione degli oneri sociali a carico delle imprese. Dall’altro, e per quanto qui maggiormente interessa, si introducono innovativi strumenti funzionali alla contenzione del fenomeno della c.d. successione di più contratti a termine per la copertura di uno stesso posto di lavoro. Si tratta di un fenomeno quello della concatenazione dei contratti a termine che può essere interpretato come una disfunzione dell’istituto della proroga⁷⁹⁴ ovvero come ipotesi di utilizzazione fraudolenta dello strumento della temporaneità del vincolo contrattuale, adottato al di là ed a prescindere da oggettive e concrete esigenze imprenditoriali di carattere limitato nel tempo.

Tradizionalmente la giurisprudenza spagnola si era orientata nel senso di ritenere lecita l’assunzione con successivi contratti a termine di uno stesso lavoratore in tutti i casi in cui i singoli contratti avessero rispettato ciascuno la propria funzione economico-sociale, nonché i requisiti di forma e sostanza stabiliti dalla legge, con la conseguenza di ammettere la trasformazione del rapporto solo nelle ipotesi di uso fraudolento (senza causa o contrario a norme imperative) dei contratti a termine⁷⁹⁵.

⁷⁹² Nell’esposizione dei motivi del RDL che riproduce il testo dell’Accordo concertativo menzionato per un verso, continuano ad identificarsi quali principali problemi del mercato del lavoro spagnolo quelli dell’insufficiente volume di occupazione, dell’alta incidenza della precarietà del lavoro e della sostanziale segmentazione del mercato del lavoro tra lavoratori precari e lavoratori stabili; per l’altro si ripropone la “*apuesta estratégica del Gobierno, las organizaciones empresariales y los sindicatos por la estabilidad en el empleo*”.

⁷⁹³ Cfr. CRUZ VILLALÓN J., *En busca de la estabilidad perdida* ..., op. cit., p. 11 il quale tuttavia nota come a fianco di misure sicuramente orientate nella direzione segnalata nel testo, gli incentivi economici e normativi a volte si dirigono alla promozione dell’occupazione in generale e cioè anche di quella a termine.

⁷⁹⁴ ROMAN DE LA TORRE M. D., *La proroga en la contratación temporal*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 232.

⁷⁹⁵ Si rinvia, a tal proposito, all’esame della giurisprudenza sul punto condotto da MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia* ..., op. cit., pp. 127 e ss. il quale sostiene che, la giurisprudenza del Tribunal Supremo spagnolo sembra

Nella nuova redazione data al comma 5 dell'art. 15 ET che tipifica le modalità di contratti a termine ammesse dall'ordinamento, si disciplinano due ipotesi diverse di successione di contratti a termine. La prima concerne il caso in cui le successive assunzioni a tempo determinato riguardino le medesime parti negoziali (lo stesso lavoratore e la stessa impresa) e la copertura del medesimo posto di lavoro. In tutti questi casi, si dice ora espressamente, quando - complessivamente - l'attività prestata dal lavoratore superi i 24 mesi anche non consecutivi in un periodo di riferimento di 30, il lavoratore dovrà considerarsi assunto a tempo indeterminato.

È indifferente, ai fini dell'applicazione della norma in commento, che si siano utilizzate distinte modalità di contratto a termine (salvo il caso che si tratti di contratti formativi, *de relevo* o *de interinidad*, espressamente esclusi dal campo di applicazione della normativa in esame). È altresì indifferente che all'assunzione abbia proceduto direttamente l'impresa principale, ovvero che si sia fatto ricorso all'interposizione di una Empresa de Trabajo Temporal. È indifferente pure che i singoli contratti stipulati fossero, ciascuno singolarmente considerato, conformi o meno ai requisiti imposti dalla legge; non rileva, in altri termini, l'uso regolare ovvero irregolare, lecito ovvero illecito delle singole modalità di contratto a termine concretamente impiegate per legare il lavoratore all'impresa. Ciò che importa - ai fini della considerazione come a tempo indeterminato del contratto - è il mero superamento dei limiti temporali prescritti (24 mesi di lavoro in un periodo di riferimento di 30), sul presupposto che a partire da questo momento, cessa di potersi considerare ragionevole - e dunque protetta - l'esigenza di flessibilità dell'impresa⁷⁹⁶.

Anche allo scopo di contenere il possibile effetto perverso che potrebbe derivare dalla circostanza per cui, onde evitare l'applicazione della norma in commento, l'impresa proceda semplicemente alla rotazione di distinti lavoratori nel medesimo posto di lavoro, la seconda parte del comma 5, dell'art. 15 ET rinvia alla contrattazione collettiva per

orientata a differenziare l'ipotesi in cui la successione dei contratti a termine avvenga senza soluzione di continuità (da considerare sicuramente con irregolare e illecita), dal caso in cui si rispetti un intervallo minimo tra un contratto e l'altro (20 giorni - equivalente al termine di decadenza previsto per esperire azione giudiziaria di licenziamento ingiustificato -), nel qual caso l'indagine sulla regolarità delle assunzioni a termine non potrà estendersi all'intera catena di assunzioni, bensì dovrà riguardare unicamente l'ultimo contratto stipulato. Così facendo, sottolinea l'A., il TS sembra voler introdurre una specie di meccanismo di regolarizzazione/sanatoria in funzione della garanzia di un maggior grado di sicurezza giuridica che vada in beneficio esclusivo dell'impresa. Vero è semmai che si ammette l'esame dell'intera serie di contratti in casi eccezionali nei quali possa dedursi un comportamento impreditoriale fraudolento ovvero una sostanziale unitarietà del vincolo contrattuale.

⁷⁹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal*, TL, 2006, n. 85, pp. 43.

la fissazione dei requisiti diretti a prevenire l'utilizzazione (diretta o attraverso la ETT) abusiva dei contratti di durata determinata.

Nonostante alcuni problemi interpretativi derivanti dall'ambigua formulazione della norma⁷⁹⁷, appare interessante ai fini del nostro discorso sottolineare come il provvedimento in esame si preoccupi non tanto di assicurare l'uso corretto dei singoli contratti flessibili, quanto piuttosto di evitare gli effetti perversi e negativi che possano derivare al singolo lavoratore dalla stipulazione di una serie di contratti a termine pur tutti astrattamente e singolarmente considerati pienamente validi ed efficaci. Sembra interessante insomma che il controllo sulla regolarità e trasparenza del mercato del lavoro, particolarmente sentito in materia di contrattazione a termine, venga adesso perseguito non solo attraverso la predisposizione di meccanismi di controllo sul singolo contratto (forma, causa e comunicazioni obbligatorie tanto agli uffici pubblici competenti, quanto alla rappresentanze collettive), ma anche attraverso una maggiore considerazione del fenomeno della temporaneità nel complesso della vita (professionale e personale) dei lavoratori. Ciò produce l'effetto – indiretto – di valorizzare la dimensione individuale e privata dei requisiti di forma contrattuale.

Si tratta di una preoccupazione che ha fatto propria anche il Legislatore italiano con l'emanazione della già più volte citata l. n. 247/2007 “Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale”. Già dal titolo della stessa è possibile dedurre da un lato, che si tratta di un provvedimento che, pur composito, si unifica nell'obiettivo di “favorire l'equità e la crescita sostenibili”, dall'altro che, al pari di quanto accaduto in Spagna, appartiene al genere di quelle che sono state definite leggi contrattate; rappresenta in altre parole il precipitato normativo di un previo accordo tripartito siglato il 23 luglio dello stesso anno tra Governo e parti sociali del quale appunto la legge traspone alcuni passaggi salienti.

Prescindendo dall'esame delle misure incidenti più specificatamente sul sistema pensionistico e su quello degli ammortizzatori sociali (sui quali già si era intervenuti con alcune disposizioni contenute nella prima Legge Finanziaria), per quanto riguarda il sistema relativo alla contrattazione a termine, la legge in commento interviene su una serie di questioni importanti.

Si è già fatto cenno alla reintroduzione del principio della preferenza dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato ed alle probabili ed importanti conseguenze che si determineranno in tema

⁷⁹⁷ Sui quali, FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal*, TL, 2006, n. 85, pp. 29 e ss. a cui si rinvia anche per un'analisi complessiva della riforma.

di interpretazione della clausola generale di legittimazione al ricorso allo stesso. Per quanto qui maggiormente interessa, occorre adesso far riferimento alle novità introdotte in materia di successione di contratti a termine.

Fermo restando quanto già previsto dalla formulazione originaria dell'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, l'art. 40 della l. n. 247/2007 introduce un nuovo comma 4-*bis* allo stesso che dispone un meccanismo di limitazione della successione in catena di più contratti a tempo determinato con lo stesso lavoratore per certi versi assimilabile a quello esaminato a proposito del sistema spagnolo. Le differenze riposano essenzialmente nella diversa individuazione della nozione di successione di contratti a termine tra gli stessi soggetti e nei distinti limiti temporali disposti.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la normativa italiana prescrive un limite di durata massima (compresi proroghe e rinnovi e indipendentemente dai periodi di intervallo tra un contratto e l'altro) di 36 mesi per i contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti. Ogni qual volta che si supera questo limite, il contratto dovrà considerarsi come stipulato a tempo indeterminato "ai sensi del comma 2" dell'art. 5, come modificato dal comma 40, lett. a) dell'art. 1, l. n. 247/2007. A differenza di quanto disposto nel sistema spagnolo, non si fa menzione di nessun arco temporale di riferimento, per cui il limite di 36 mesi dovrà essere riferito all'intera vita lavorativa del soggetto⁷⁹⁸.

Un'ulteriore differenza riguarda invece la nozione di successione di contratti che dà luogo alla trasformazione in un normale contratto a tempo indeterminato. Mentre la normativa spagnola si riferisce a contratti che abbiano ad oggetto, non solo lo stesso lavoratore e la stessa impresa, ma anche il medesimo "posto di lavoro", quella italiana parla invece di "svolgimento di mansioni equivalenti". La differenza può essere anche importante.

Il sistema italiano prevede poi, in deroga al regime stabilito nella prima parte del comma 4-*bis* dell'art. 5, la possibilità della stipulazione di un unico ulteriore contratto a termine fra gli stessi soggetti anche a prescindere del superamento del limite dei 36 mesi, "a condizione che la stipulazione avvenga presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato". È evidente che tanto il luogo nel quale la stipulazione del nuovo contratto a termine deve avvenire, quanto la previsione della necessità dell'assistenza dell'organizzazione sindacale, sono funzionali ad

⁷⁹⁸ In tal senso, ALESSI C., *La flessibilità del lavoro dopo la legge*, op. cit., p. 7, la quale trova conferma di tale interpretazione anche nella esplicita irrilevanza degli eventuali periodi di intervallo tra un contratto e l'altro che possono, in principio anche essere di considerevole durata.

assicurare un più penetrante controllo sulla giustificazione causale dello stesso. Allo stesso tempo, assolvono all'esigenza di avvertire il lavoratore dell'eccezionalità della nuova assunzione a termine e della impossibilità di utilizzare tale contratto ai fini del computo dei periodi di lavoro necessari ad integrare la fattispecie di cui all'art. 5, comma 4-bis del d. lgs. n. 368/2001.

VII. 4. – Il caso “eccezionale” delle funzioni della forma del contratto nella somministrazione di manodopera.

Più complessa è la vicenda relativa alla prescrizione della forma per il contratto di somministrazione⁷⁹⁹. L'art. 21, comma 1 del d. lgs. n. 276/2003 prevede infatti l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* solo per la stipulazione del contratto (commerciale) di somministrazione, mentre scompare la prescrizione di un obbligo di forma per il contratto (di lavoro) che lega l'agenzia di somministrazione ed il lavoratore da somministrare⁸⁰⁰. Si tratta, in primo luogo, di cercare di rintracciare le

⁷⁹⁹ Si intende per “somministrazione di lavoro” (ai sensi dell'art. 1, comma 1 lett. a) del d. lgs. n. 267/2003) “la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine”, così come disciplinata agli artt. 20 e ss. L'introduzione di quest'ulteriore strumento, alternativo alla stipulazione di un contratto di lavoro subordinato, per l'acquisizione e la gestione della manodopera necessaria a processo produttivo, si accompagna, come è noto, alla contestuale abrogazione sia della disciplina del lavoro interinale (così come regolata dagli artt. 1-11 della l. 24 giugno 1997, n. 196), sia della l. 23 ottobre 1960, n. 1369 ed, in particolare, del divieto ivi previsto dell'affidamento a terzi della “esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante manodopera assunta e retribuita” da quest'ultimo. Sul punto SPEZIALE V., *Art. 20. Condizioni di liceità*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e ...*, op. cit., pp. 277 e ss. che sottolinea come proprio l'abrogazione di quest'ultima normativa abbia comportato una sostanziale equiparazione tra le forme – dirette e indirette – di acquisizione del fattore lavoro da parte delle imprese, riconducendo ad una dimensione fisiologica il fenomeno dell'interposizione nel rapporto di lavoro. Rivendicano invece il permanere del carattere di eccezionalità dell'istituto, DEL PUNTA R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 2 e ss.; CARINCI M. T., *La somministrazione di lavoro altrui*, in CARINCI M. T., CESTER C. (a cura di), *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, II, pp. 15 e ss. L'utilizzo da parte della Pubblica Amministrazione dell'istituto è limitato al solo modello della somministrazione a termine (art. 86, comma 9), restando per essa esclusa la possibilità di avvalersi della somministrazione a tempo indeterminato (o *staff leasing*). Si ricorda che, con l'ultimo intervento di modifica operato dalla l. n. 247/2007, l'ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato è stata soppressa (art. 1, comma 46) e che l'abrogazione ha efficacia unicamente per il futuro, impedendo il ricorso alla stessa a far data dal 1° gennaio 2008 (Circolare Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, 25 marzo 2008, n. 7).

⁸⁰⁰ In passato, infatti, la normativa in materia di lavoro interinale (l. n. 196/1997, ora abrogata) prevedeva espressamente la necessaria formulazione per iscritto del contratto di lavoro – ovvero del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – (art. 3, comma

ragioni che hanno determinato il Legislatore a tale differenziazione dei regimi relativi alla prescrizioni formali nei due contratti. Solo così sarà possibile una analisi funzionale più ponderata dei requisiti formali del contratto in commento.

Trattandosi di una relazione, quella tra agenzia somministratrice e impresa utilizzatrice, di tipo essenzialmente civilistico-commerciale e nella conseguente impossibilità di identificare un contraente che possa qualificarsi come specialmente “debole” rispetto all’altro, sembra possibile concordare con quanti hanno interpretato l’obbligo di forma del contratto di somministrazione come preordinato, più che alla garanzia della (informata) volontà dei contraenti (ovvero di uno di essi), ad assicurare “un sistema trasparente di scambio del «bene» oggetto del contratto di somministrazione”⁸⁰¹. In altre parole, in ragione della particolare rilevanza sociale del bene implicato nel scambio commerciale - il lavoro appunto -, il Legislatore impone, ad una relazione contrattuale dominata dalla autonomia privata, la prescrizione del rispetto di un obbligo di forma contrattuale in funzione della tutela delle speciali esigenze di razionalizzazione e certezza giuridica in esso implicate. La forma (vincolata) del contratto (commerciale) di somministrazione agisce qui, insomma, da strumento di controllo e di governo - essenzialmente pubblico - della vicenda contrattuale sottesa allo scambio negoziale⁸⁰², ovvero attraverso l’imposizione di un obbligo di trasparenza dei contenuti dello stesso, opera in funzione della garanzia di un ordinato funzionamento del mercato⁸⁰³.

Ad ulteriore conferma di ciò può trarsi il fatto che, secondo la oramai frequente tecnica di tipizzazione delle tipologie di lavoro flessibile, nell’associare agli obblighi di forma prescrizioni relative al contenuto minimo del contratto (benché questa volta si tratti di un contratto commerciale), il Legislatore prevede espressamente che questo debba contenere l’indicazione di elementi particolarmente rilevanti sul piano pubblico e collettivo quali, ad esempio, quelli relativi alla “presenza di eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate” al riguardo⁸⁰⁴, ovvero agli “estremi

3). Sui profili di legittimità costituzionale di tale innovazione, anche in riferimento con i criteri contenuti nella legge delega (l. n. 30/2003), si rinvia a CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto....*, op. cit.; SPEZIALE V., *Art. 20. Condizioni di legittimità ...*, op. cit., pp. 284 e ss.

⁸⁰¹ ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 39/2005, disponibile sul sito www.unict.it e di prossima pubblicazione in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, NLCC*, la quale avanza possibili dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega (p. 4).

⁸⁰² In tal senso, D’OGNIA M., *La forma vincolata ...*, op. cit., p. 120.

⁸⁰³ ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto ...*, op. cit.

⁸⁰⁴ Art. 21, comma 1, lett. d) che sostituisce la previsione dell’art. 3, comma e, lett. h) della l. n. 196/1997 relativa al contratto per prestazioni di lavoro temporaneo.

dell'autorizzazione amministrativa rilasciata al somministratore", indispensabile per il regolare esercizio di questa attività ai sensi degli artt. 4, 6 e 7 del decreto legislativo n. 276/2003 (art. 21 d. lgs. n. 276/2003). Si tratta, come è evidente, di prescrizioni che mirano ad assolvere esigenze di controllo pubblico su aspetti della relazione negoziali particolarmente rilevanti sul piano sociale.

Sempre in merito al contenuto minimo del contratto di somministrazione, l'art. 21 prescrive poi l'espressa specificazione nello stesso anche di una serie di obblighi a carico tanto del somministratore (chiamato al pagamento diretto del trattamento economico al lavoratore ad al versamento dei contributi previdenziali), quanto a dell'utilizzatore (su cui cade l'obbligo di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e contributivi sostenuti, di comunicare al somministratore il trattamento economico riservato ai lavoratori "comparabili" e infine di surroga nell'ottemperamento delle obbligazioni retributive e contributive, nel caso di inadempimento da parte del somministratore e salvo diritto di rivalsa su questi). Anche in questo caso, si tratta di prescrizioni orientate a disciplinare i rapporti tra i soggetti del rapporto commerciale, in modo tale da operare tra di loro un'equa e funzionale ripartizione di oneri e responsabilità e ridurre, in tal modo, le probabilità che insorga contenzioso in materia⁸⁰⁵.

A tali prescrizioni non è estranea neppure un'esigenza di tutela della posizione del lavoratore. Tutto al contrario. Come anticipato, i limiti si giustificano proprio in ragione della "specialità" del bene oggetto di scambio, che si intende circondare di adeguate tutele. In questo senso, particolarmente importante risulta la previsione dell'insorgere di un'obbligazione solidale tra le imprese in materia di oneri retribuiti e previdenziali derivanti dall'instaurazione del rapporto di lavoro, nonché la stessa disciplina in materia di obblighi relativi alla salute e sicurezza. Trattandosi tuttavia di prescrizioni che attengono alla forma di un contratto, quello commerciale, rispetto al quale il lavoratore rimane parte terza, non sembra possibile sostenere che la forma sia preordinata a garantire, direttamente, una funzione tutelare del lavoratore che vada oltre quella indiretta che si produce in termini di trasparenza del mercato del lavoro.

Più propriamente garantista della posizione individuale del lavoratore sembrerebbe la norma che impone al somministratore uno specifico obbligo informativo in favore del prestatore di lavoro. L'art. 21, comma 3 prevede - come già anticipato⁸⁰⁶ - che quest'ultimo abbia diritto

⁸⁰⁵ Il problema è semmai quello di verificare il carattere imperativo o meno delle prescrizioni in commento, onde chiarire la portata e l'intensità dei limiti da esse imposti all'autonomia privata degli operatori economici. Per un'analisi dettagliata di questo aspetto di rinvia a SPEZIALE V., *Art. 20. Condizioni di legittimità ...*, op. cit., pp. 300 e ss.; BANO F., *Art. 21. Forma del contratto di somministrazione*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e ...*, op. cit., pp. 336 e ss.

⁸⁰⁶ §. IV.2. 2. -

a ricevere comunicazione *scritta* da parte del somministratore – “al momento della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all’atto di invio presso l’utilizzatore” – in cui venga specificata non solo la “data di inizio e la durata prevedibile dell’attività lavorativa presso l’utilizzatore”, ma anche tutte le informazioni di cui al comma 1 (che prevede, oltre agli elementi già citati, anche la necessaria indicazione del numero di lavoratori da somministrare, l’inquadramento professionale e le mansioni alle quali saranno adibiti, della data di inizio e la durata prevista per il contratto, nonché il luogo, l’orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative). In questo modo, il lavoratore viene messo a conoscenza del contenuto del contratto (rispetto al quale egli rimane comunque soggetto terzo) - tra le quali si articolerà il suo rapporto di lavoro, in funzione della necessità di assicurargli la possibilità di verificarne la regolarità e la conformità alla legge⁸⁰⁷. A parte l’ovvia constatazione della difficoltà di esperimento da parte del lavoratore in quanto singolo di un controllo di tal fatta (tanto più nell’ambito di un rapporto complesso che vede coinvolte non una, bensì due imprese differenti) e, dunque, della necessità di attribuzione alla norma di una funzione informativa/protettiva di tipo meramente astratto e virtuale, si ritiene che questa non sia la funzione principale svolta dall’obbligo informativo in commento.

Per comprendere la reale portata dello stesso, occorre tuttavia cercare di indagare le ragioni che hanno spinto il legislatore a eliminare la previsione relativa all’obbligo di forma per la conclusione del contratto tra lavoratore e agenzia di somministrazione. È chiaro, infatti, che la previsione di un obbligo di informazione individuale quale quello dell’art. 21 comma 3 si giustifica essenzialmente in conseguenza del venir meno dell’obbligo di forma per il contratto di lavoro. Non così agevole si rivela invece l’individuazione della *ratio* della mancata riproposizione del vincolo di forma per la conclusione del contratto di lavoro. Si tratta, d’altra parte, di una scelta che si pone in netta controtendenza rispetto all’orientamento oramai in gran parte consolidato che vede associati alla tipizzazione delle fattispecie di lavoro flessibili oneri relativi alla forma del contratto.

La dottrina, pronunciandosi sul punto, ha interpretato tale innovazione nel senso che essa risponderebbe ad un tentativo di “normalizzazione” del contratto di lavoro scaturente dalla somministrazione, al fine di tendere ad una sostanziale riconduzione del contratto di lavoro tra agenzia somministratrice e lavoratore

⁸⁰⁷ Le conseguenze previste per il caso di mancato rispetto degli obblighi relativi alla stipulazione del contratto di somministrazione sono previste agli art. 18, comma 3 e 27 del d. lgs. n. 276/2003 che prevede l’applicazione di sanzioni amministrative di carattere pecuniario e l’imputazione necessaria, *ab origine*, del rapporto di lavoro in capo all’utilizzatore. Sul punto, SCARPELLI F., *Somministrazione irregolare*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e...*, op. cit., pp. 428 e ss.

somministrato all'interno di un normale contratto di lavoro subordinato. Questo è quanto sembra possibile dedurre dallo stesso art. 22 del decreto che rinvia, per la determinazione della normativa applicabile al rapporto di lavoro scaturente dalla triangolazione dei rapporti nella somministrazione a tempo indeterminato, alla disciplina generale il materia di lavoro subordinato quale risultante dal Codice e dalla leggi speciali; allo stesso tempo sancisce anche l'applicabilità - "per quanto compatibile"⁸⁰⁸ - della disciplina in materia di contratto a termine (d. lgs. n. 368/2001), per l'ipotesi di somministrazione a tempo determinato.

Se dunque si prevede espressamente l'assoggettamento del contratto di lavoro alla disciplina "generale" propria del contratto a tempo indeterminato ovvero del contratto a termine, ciò significa che il Legislatore in linea di principio ritiene di non dover intervenire in tema di forma del contratto, se non nei limiti in cui le peculiarità derivanti dalla triangolazione dei rapporti tra agenzia, lavoratore e utilizzatore lo rendano opportuno. Come precisa anche la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 22 febbraio 2005, n. 7⁸⁰⁹, "il rispetto dei requisiti formali dipenderà, pertanto, dalla tipologia di contratto stipulato tra le parti ...La forma scritta - vuoi per la prova, vuoi per la validità sostanziale del contratto - sarà pertanto richiesta solo nei casi in cui tale requisito è stabilito dalla tipologia contrattuale utilizzata" in concreto.

Se quanto fin qui detto è corretto, se ne deduce che la comunicazione scritta contenente gli elementi essenziali del contratto commerciale dovuta al lavoratore ai sensi dell'art. 21, comma 3, più che a funzioni tutelari sul lato del lavoratore, assolverebbe essenzialmente alla funzione di realizzare il collegamento negoziale tra contratto commerciale (di somministrazione) e (normale) contratto di lavoro, con la conseguenza di produrre l'estensione degli effetti dell'uno anche all'altro⁸¹⁰. Attraverso la comunicazione al lavoratore, in altre parole, si estenderebbero gli effetti derivanti dalle vicende che interessano il contratto commerciale al contratto di cui è parte il lavoratore. È evidente

⁸⁰⁸ Fatta eccezione per l'applicazione della disciplina in materia di successione dei contratti a termine di cui all'art. 5, commi 3 e 4 del d. lgs. n. 368/2001. Nonostante l'ambigua formulazione dei rinvii alla disciplina del contratto di lavoro subordinato disciplinato dal Codice civile e dalle leggi speciali operati dall'art. 22, non pare possibile ritenere che si sia imposta una correlazione necessaria tra la natura (a tempo indeterminato o determinato) della somministrazione e la tipologia (a tempo indeterminato o determinato) del contratto di lavoro. Ciò si ricava principalmente dal fatto che il comma 3 dello stesso articolo, nel dettare le regole in tema di periodi di inattività e di relativa indennità di disponibilità dovuta in caso di assunzione a tempo indeterminato del lavoratore, non delimita in alcun modo il proprio campo di applicazione alla sola somministrazione a tempo indeterminato. Sul punto, CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto* ..., op. cit., pp. 116 e ss.

⁸⁰⁹ Disponibile in Guida al Lavoro, 2005, n. 10, p. 22.

⁸¹⁰ SPEZIALE V., *Art. 20. Condizioni di legittimità* ..., op. cit., pp. 304 e ss.

la perdita di gravidanza ai fini della tutela della posizione del lavoratore della modifica così introdotta.

Da un lato, l'atto scritto che sostituisce il contratto scritto svolge la funzione di rendere in qualche modo dipendente il contratto di lavoro dalle vicende di quello commerciale di somministrazione, dall'altro l'eventuale violazione di tale diritto di informazione riconosciuto al lavoratore non produce alcun effetto sul suo stesso contratto. Si prevede, infatti, come unica conseguenza di tale violazione, la mera applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del somministratore (compresa tra 250 e 1250 euro, ai sensi dell'art. 18, comma 3)⁸¹¹. E' noto invece che, nel vigore della disciplina precedente, alla violazione dell'obbligo di forma del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo era associata la "sanzione", ben più incisiva della instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato con l'utilizzatore⁸¹².

Oltre a ciò sembra scemare anche la qualità dell'informazione dovuta al lavoratore. A quest'ultimo, infatti, vengono fornite informazioni assai generali quali l'indicazione mansioni, inquadramento, luogo e orario di lavoro nonché trattamento economico e normativo relativi al complesso dei lavoratori da somministrare, senza nessun riferimento specifico alla sua concreta posizione contrattuale.

VIII. – Effettività della tutela e garanzia del diritto: accenni all'articolazione delle conseguenze sanzionatorie.

VIII. 1. - Le possibili conseguenze associate alla violazione degli obblighi di forma: forma *ad substantiam* o *a probationem* nel diritto del lavoro.

Dando per conclusa l'analisi funzionale delle prescrizioni di forma contrattuale nella legislazione più recente, e dopo aver accennato alle conseguenze sanzionatorie collegate alla violazione degli obblighi di informazioni individuale (§. IV. 3. -), appare a questo punto necessario spendere qualche parola anche sulle conseguenze derivanti dalla violazione degli oneri di forma vincolata. Anche in questo caso, gli effetti sull'autonomia individuale che ne scaturiscono possono infatti variare anche notevolmente a seconda che il requisito di forma sia prescritto per

⁸¹¹ SPEZIALE V., *Art. 20. Condizioni di legittimità ..*, op. cit., pp. 300 e ss. che qualifica la sanzione come "il costo della deroga convenzionale" alla disposizione che prescrive l'obbligo di comunicazione al lavoratore.

⁸¹² Art. 10 comma 2, secondo capoverso, l. n. 196/1997, così come modificato dalla legge n. 388/2000.

la validità del contratto ovvero unicamente ai fini della prova dello stesso.

Quelle di forma *ad substantiam* ovvero *ad probationem* sono nozioni oramai ampiamente esplorate dalla dottrina e dalla giurisprudenza tanto civilistica, quanto giuslavoralistica che si è occupata del tema, che hanno evidenziato anche la parzialità di tale suddivisione⁸¹³. Saranno dunque qui sufficienti solo rapidi richiami funzionali all'ulteriore sviluppo del discorso che qui si intende portare avanti.

In generale ed a titolo meramente riepilogativo, si può dire che mentre nel caso di forma richiesta *ad substantiam*, la necessità del rispetto del rigore formale opera sul piano sostanziale dell'atto, nel senso che la forma è prescritta ai fini della validità stessa dell'atto o del negozio posto in essere⁸¹⁴; nel caso di forma prescritta unicamente *ad probationem*⁸¹⁵, l'onere formale incide non tanto sul contratto – che rimane comunque pienamente valido ed efficace –, quanto unicamente sulla prova dello stesso⁸¹⁶. Si tratta in altri termini – come efficacemente è stato detto – di una forma non del contratto, bensì meramente della prova⁸¹⁷. Agendo esclusivamente sul piano processuale, la forma *ad*

⁸¹³ Da più parti si è infatti contestato che l'alternativa tra forme richieste per la validità del contratto (o forme del contratto) e forme richieste unicamente ai fini della prova dello stesso (ovvero forme della prova) è estremamente riduttiva, dal momento che non tiene conto della varietà delle funzioni e delle conseguenze riconosciute dall'ordinamento alla prescrizioni di forma. È vero infatti che in alcune occasioni l'ordinamento ricollega alla violazione dei vincoli di forma conseguenze distinte tanto dalla nullità (totale o parziale) del contratto, quanto dal regime relativo alla prova. È il caso delle forme richieste unicamente *ad regularitatem*, dette anche forme integrative, dal cui mancato rispetto discendono conseguenze minori. Sul punto si rinvia a GIORGIANNI M., *Forma degli atti (diritto privato)*..., op. cit., pp. 998 e ss.

⁸¹⁴ La forma scritta è prescritta, *ad substantiam*, per la stipulazione del contratto di inserimento (art. 56, comma 1 d. lgs. n. 276/2003) e per il contratto (commerciale) di somministrazione (art. 21, comma 1 d. lgs. n. 276/2003), mentre è confermata per l'apposizione del termine alla durata del rapporto di lavoro (art. 1, comma 2 d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368).

⁸¹⁵ La forma scritta è invece richiesta unicamente ai fini della prova per il contratto di lavoro intermittente (art. 35, comma 1 d. lgs. 276/2003), il contratto di lavoro ripartito (art. 41, comma 1, d. lgs. 276/2003), del contratto di lavoro part-time (art. 2, d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 di attuazione della direttiva 97/81/CE, così come da ultimo modificato dall'art. 46 del d. lgs. n. 276/2003), nonché per il contratto di lavoro a progetto (art. 61, comma 1).

⁸¹⁶ A tal proposito, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato* ..., op. cit., p. 57, pur ammettendo un generale uso indiscriminato delle stesse da parte della dottrina, distingue tra forme *ad substantiam*, ovvero condizioni *sine qua non* e *per quam* del contratto e forme *ad solemnitatem*, che pur essendo anch'esse costitutive, non determinano in quanto tali l'esistenza del negozio, comportando soltanto la nullità dello stesso.

⁸¹⁷ SACCO R., *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1975, p. 428.

probationem si risolve, dunque, in una mera difficoltà probatoria ovvero in una limitazione dei mezzi di prova utilizzabili per provare l'esistenza ed il contenuto del contratto⁸¹⁸, senza che ciò produca effetti anche sul piano della struttura e della validità del negozio.

Conseguentemente, e valutato dal punto di vista dell'autonomia privata, si può dire che la prescrizione di una forma vincolata quale requisito di validità del contratto importa che, al mancato rispetto della stessa, consegua necessariamente la nullità (totale o parziale) del contratto, a prescindere da qualunque indagine sulla volontà delle parti (che pure potevano aver prestato un consenso autentico e certo)⁸¹⁹, ovvero, viceversa, che dal rispetto dell'obbligo formale discenda la validità del contratto concluso a prescindere da eventuali disattenzioni nella prestazione delle dichiarazioni negoziali effettuate dalle parti⁸²⁰ (diverso è invece il caso di vizi del consenso). La violazione delle regole poste dall'ordinamento come condizioni (di forma, in questo caso) di riconoscimento dell'autonomia individuale comporta il rifiuto di tutela in via assoluta e definitiva del contratto non conforme alla legge che, dunque, è considerato alla stregua di un atto che mai è stato posto in essere⁸²¹.

Nel caso invece di violazione delle prescrizioni di forma poste unicamente ai fini della prova, le conseguenze sanzionatorie incidono

⁸¹⁸ La difficoltà probatoria si risolve essenzialmente nell'esclusione della prova testimoniale e di quella a mezzo di presunzioni, salvo il caso di smarrimento incolpevole del documento (art. 2725 c.c. che rinvia all'art. 2724, n. 3 c.c.).

⁸¹⁹ Nullità che costituisce dunque la reazione dell'ordinamento al cattivo esercizio di un potere riconosciuto dalla norma (reazione cioè all'atto illegittimo). Sul punto, GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, DLRI, 1979, pp. 306-307.

⁸²⁰ Vero è semmai che la previsione di obbligo di forma prescritto per la validità del contratto, pur operando sul piano strettamente sostanziale dello stesso, produce, come non poteva essere altrimenti, anche conseguenze sul piano processuale e probatorio, impedendo in particolare che il contratto sia provato diversamente dalla prestazione del documento scritto che lo riproduce. Se in caso di forma *ad probationem*, la prova del contratto può essere prestata facendo ricorso ai mezzi di prova ammessi dall'ordinamento (sicuramente confessione giudiziale e extragiudiziale, e il giuramento, ma anche, come si è visto il testimonio e le presunzioni in tutti i casi di smarrimento incolpevole del documento), nel caso di forma prescritta *ad substantiam*, l'atto scritto diventa l'unico mezzo probatorio. Cercando di chiarire ulteriormente la rilevanza della forma nei distinti piani della struttura ovvero della prova del negozio, si anche detto che, mentre la forma *ad probationem* richiede che oggetto della prova sia il contratto stesso, in caso di forma *ad substantiam*, l'oggetto della prova ricade sul documento, occorre in altri termini provare l'esistenza della scrittura. Per la necessità di distinguere tra forma dell'atto e forma della prova, LISERRE A., voce *Forma degli atti*, Enc. Giur. Treccani, 1898, Diritto civile, XIV, pp. 1 e ss.

⁸²¹ BARCELLONA P., *Diritto privato e società ...*, op. cit., 343 e ss.

sull'autonomia individuale in maniera assai più blanda, risolvendosi, come già detto, in una mera difficoltà probatoria⁸²².

Se queste possono essere considerate le regole generali, valevoli in quanto tali, per l'intero ordinamento, nel campo del diritto del lavoro, coerentemente con la tipica ispirazione garantista che connota questo ramo del diritto, alla violazione delle prescrizioni di forma si è tradizionalmente associato un regime giuridico in parte diverso. Se è vero che le prescrizioni di forma vincolata interessano qui unicamente contratti di lavoro atipici e dunque devianti rispetto al modello normale, svolgendo essenzialmente una funzione tutelare nei confronti del lavoratore, la sanzione collegata al mancato rispetto delle stesse non è stata, tradizionalmente l'invalidazione dell'intero contratto, bensì la riconduzione del modello "deviante" all'interno del *genus* di appartenenza (in genere in contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e durata indeterminata). In altri termini e coerentemente con l'affermazione di un principio generale di tendenziale conservazione del contratto⁸²³, l'invalidità va a colpire unicamente "i tratti di specialità della disciplina che torna elasticamente a quella usualmente applicabile al prototipo generale"⁸²⁴. La "conversione" del contratto flessibile in contratto *standard*⁸²⁵ opera dunque contemporaneamente, sul lato del lavoratore, in senso protettivo, impedendo la caducazione dell'intero contratto, mentre costituisce, per il datore di lavoro, la "sanzione" per l'inosservanza delle prescrizioni (tanto di forma, quanto di contenuto)

⁸²² IRTI N., *Studi sul formalismo ...*, op. cit. p. 125 "Forma ad probationem è, quindi, espressione riassuntiva di una più rigorosa disciplina della prova testimoniale".

⁸²³ Considerato il "l'ovvio rovescio della tutela inderogabile del lavoratore" avente "lo scopo di mantenere, proprio nei casi in cui in regime di diritto comune si avrebbe nullità o annullamento, la stabilità del rapporto contro la parte meno interessata alla conservazione del vincolo". D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti ...*, op. cit. p. 55.

⁸²⁴ MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e ...*, op. cit. p. 498.

⁸²⁵ Sottolinea il carattere a-tecnico e generale dell'impiego del termine "conversione" (del contratto nullo) nel diritto del lavoro, CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 54/2007, p. 97, nel senso che viene impiegato "per ricomprendere tutte le ipotesi in cui il legislatore intende comunque far sopravvivere il rapporto, riconducendolo al tipo elettivo di un datore di lavoro/utilizzatore, senza distinguere tra nullità e conversione". La conversione del contratto flessibile in un "normale" contratto di lavoro a tempo indeterminato è disposta espressamente anche nel caso di inottemperamento dell'obbligo di forma scritta (*ad substantiam*) per il contratto di inserimento – art. 56, comma 2 d. lgs. n. 276/2003 "In mancanza di forma scritta il contratto è nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato" -. Una parte della dottrina postula invece la necessità di recuperare maggiori spazi di espressione dell'autonomia individuale, escludendo che, in assenza di un'esplicita disposizione normativa in tal senso per ciascuna specifica fattispecie, l'istituto generale della conversione ex art. 1424 c.c. dovrebbe operare unicamente per l'ipotesi in cui risulti che le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità di quello originario. Si rinvia agli AA. citati nella nota n. 249.

poste a tutela del lavoratore, comportando la revoca dei vantaggi concessi in termini di minor costi (economici e normativi) che connotano la disciplina dei lavori flessibili (trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, trasformazione del contratto di lavoro part-time, in contratto di lavoro a tempo pieno, etc.)⁸²⁶.

Dal punto di vista della tecnica giuridica, opera dunque, in questi casi, il meccanismo della nullità relativa o nullità c.d. di protezione⁸²⁷ che invalida la parte che altera l'equilibrio contrattuale, facendo salvo il resto del contratto. Questa in particolare, nel diritto del lavoro, assume tradizionalmente le forme del secondo comma dell'art. 1419 c.c. che dispone la sopravvivenza del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, ovvero, "piuttosto la veste della sostituzione legale degli effetti invalidi con le statuizioni provenienti dalle fonti eteronome di legge e della contrattazione collettiva"⁸²⁸.

VIII. 1. 1. - La forma *ad substantiam* del contratto a termine.

Un buon esempio a questo riguardo è costituito dall'esame delle conseguenze riconosciute dalla giurisprudenza al mancato rispetto dei requisiti di forma per la stipulazione del contratto a tempo determinato.

Dubbi interpretativi erano sorti in particolare per il fatto che mentre l'art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 368/2001, nel prescrivere la necessaria indicazione nel documento scritto sia delle ragioni che ne rendono possibile la stipulazione, sia del termine finale del rapporto, prevede espressamente che lo stesso, in mancanza, "è privo di effetto", nulla dice invece per il caso di giustificazione mancante, insufficiente, generica ovvero non relazionata con la singola assunzione.

⁸²⁶ Si è parlato a tal proposito di "reversibilità del tipo elettivo" con conseguente "imputazione automatica del tipo necessario derogato", come sanzione a carico del datore di lavoro. D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale ...*, op. cit., pp. 541 e ss. Se così non fosse, l'effetto della caducazione dell'intero contratto non solo risulterebbe incongruo con la tutela degli interessi avuti presenti, ma opererebbe in senso addirittura "punitivo" nei confronti del soggetto a tutela del quale le prescrizioni di forma vengono predisposte. Di recente, in tal senso, Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283 (disponibile sul sito internet www.giustcost.org) che riprende a tal proposito quanto già affermato nella citata sentenza della stessa Corte 11 maggio 1992, in RIDL, 1992, pp. 731 e ss.

⁸²⁷ VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 122. Sottolinea come in caso di nullità di protezione lo scopo non è tanto quello di tutelare l'interesse pubblico sotteso, bensì quello di apprestare "tutela di situazioni di inferiorità strutturale sotto il profilo economico ed informativo", CATAUDELLA A., *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, LD, 2006, n. 12, p. 2.

⁸²⁸ MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e ...*, op. cit.

In una sorta di interpretazione sistematica della disciplina, la giurisprudenza, in tutte queste ipotesi, alla pronuncia di nullità della relativa clausola ha fatto seguire l'automatica conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato *ab origine*, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c. Si è così sostanzialmente scartata l'interpretazione di coloro i quali ritenevano che la mancata riproposizione della natura normalmente a tempo indeterminato del contratto di lavoro (art. 1, comma 1 l. n. 230/1962)⁸²⁹ implicasse la doverosa applicazione delle regole civilistiche in materia di nullità parziale come disciplinate dal primo e non dal secondo comma dell'art. 1419 c.c., con conseguente estensione della nullità della clausola all'intero contratto in tutti i casi in cui risulti provato che le parti (*rectius*, il datore di lavoro) non avrebbero concluso il contratto senza la clausola del termine (ferma restando l'applicazione dell'art. 2126 c.c.)⁸³⁰. In sostanziale continuità con il sistema risultante dalla disciplina previgente, insomma, la giurisprudenza ha privilegiato un'interpretazione della legge che faccia salvo il generale principio di conservazione del negozio invalido⁸³¹. Il regolamento contrattuale, nella parte colpita dalla nullità per violazione di norma imperativa, viene integrato dalla legge (art. 1339 c.c.), a prescindere dalla verifica dell'essenzialità o meno della clausola secondo le valutazioni soggettive delle parti ovvero, in sostanza, a prescindere dalla volontà di queste sul punto.

Sembra d'altra parte consolidato l'orientamento giurisprudenziale che inquadra l'azione di illegittima apposizione del termine non come azione di impugnazione del licenziamento illegittimo, bensì come azione, appunto, di nullità parziale. Ciò implica che all'impraticabilità dei rimedi predisposti dall'ordinamento per il caso di licenziamento ingiustificato, dovrebbe fare da contrappeso il carattere imprescrittibile dell'azione (di nullità)⁸³².

⁸²⁹ Ora invece espressamente reintrodotta dalle modifiche apportate alla disciplina del rapporto di lavoro a termine dalla l. n. 247/2007.

⁸³⁰ BIANCHI D'URSO F., VIDIMI G., *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, MGL, 2002, 3, pp. 118 e ss. p. 24 e ss.; VALLEBONA A., PISANI C., *Il nuovo lavoro a termine ...*, op. cit., pp. 35 e ss.; MONTUSCHI L., *Il contratto a termine ...*, op. cit., p. 156 il quale ultimo scrive "Non è chiaro, infatti, quale norma imperativa dovrebbe sostituirsi alla clausola nulla, considerando che è venuta meno la presunzione di indeterminatezza della durata del rapporto e non esiste più – a monte – una regola legale imperativa in grado di surrogare la clausola invalida". *Contra* tra gli altri, secondo la tesi prevalente, SPEZIALE V., *La nuova legge sul lavoro a termine ...*, op. cit., p. 408; MENGHINI L., *Precarietà del lavoro e riforma ...*, op. cit., pp. 708 e ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, ADL, 2002, pp. 181 e ss.

⁸³¹ AIMO M., *Il contratto a termine ...*, op. cit., p. 472.

⁸³² Cass. S.U., 6 luglio 1991, n. 7471, in MGL, 1991, pp. 523. In realtà, la giurisprudenza nel tentativo di rimediare alle conseguenze negative in termini di certezza del diritto derivanti da tale impostazione, è andata temperando la portata delle stesse, sancendo il principio secondo il quale "la mancanza di qualsiasi manifestazione

Ma la rilevanza sul piano della struttura del contratto a termine del requisito di forma si può anche interpretare alla luce delle considerazioni che si sono avanzate in merito alla configurabilità del requisito formale quale vero e proprio limite alla legittimazione dell'autonomia privata individuale. Se, come si è cercato di dimostrare, il requisito di forma in questo contratto assolve anche all'esigenza di circoscrivere la discrezionalità concessa al datore di lavoro quale effetto di causalizzazione del contratto operata con lo strumento di una clausola generale aperta e sostanzialmente indeterminata, è evidente che qui la forma, combinandosi con la causale di legittimazione, costituisce necessariamente requisito di validità del contratto, operando sul piano strutturale dello stesso.

VIII. 1. 2. – La forma *ad probationem* come strumento di rafforzamento della finalità informativa della forma.

Rispetto a quanto qui brevemente accennato, sembra possibile delineare l'emergere di una tendenza - visibile quanto meno nell'ordinamento italiano - alla moltiplicazione degli obblighi di forma richiesti unicamente ai fini della prova. Il riferimento è ovviamente alla disciplina relativa ai contratti di lavoro ad orario ridotto o flessibile ed in particolare al contratto di lavoro a tempo parziale e al contratto di lavoro ripartito.

Si è visto infatti che per questi contratti l'ordinamento impone un regime della forma che va ad incidere non sull'atto, bensì unicamente sulla prova dell'accordo, "come dire che non bisogna dimostrare che fu redatto per iscritto l'accordo, ma bisogna dimostrare per iscritto che esso fu raggiunto"; ovvero, in una prospettiva rovesciata, "in caso di forma prescritta per la validità del negozio (...) muta l'oggetto della prova, la quale - questa volta - è diretta a dimostrare non tanto l'esistenza dell'accordo, bensì dell'atto scritto che lo contiene"⁸³³.

La diversa e meno incisiva portata del requisito della forma richiesta unicamente *ad probationem* lascia presupporre l'esistenza di un

di interesse alla funzionalità di fatto di un contratto con termine illegittimamente apposto ..." può indurre, tenuto conto delle circostanze concrete, "a ritenere perfezionata la fattispecie negoziale della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro". Cass. 29 marzo 1995, n. 3753, in RIDL, 1996, II, pp. 127; Cass. 2 febbraio 1999, n. 866, in GL, 1999, n. 13, pp. 36 e ss.; Cass. 11 dicembre 2001, n. 15628, in DPL, 2002, pp. 1487. Dall'accertata nullità del termine, discende il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, ragguagliabile alle retribuzioni non percepite a partire dal momento della costituzione in mora del datore di lavoro. Cass. 21 dicembre 1998, n. 12752, in DPL, 1999, pp. 1351; Cass. 20 novembre 2001, n. 14596, in LG, 2002, p. 325; Cass. S.U., 8 ottobre 2002, n. 14381, in DPL, 2002, p. 3045.

⁸³³ VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione ...*, op. cit., pp. 578-79.

interesse pubblico attenuato circa l'effettivo rispetto della stessa, con la conseguenza di rendere ipotizzabile un'interpretazione che legge in tali prescrizioni l'elaborazione di "una tecnica di tutela dell'interesse del lavoratore a essere informato degli elementi essenziali del contratto che sta per concludere"⁸³⁴. Detto in altri termini, l'imposizione di una forma vincolata per la manifestazione del consenso negoziale prescritta unicamente ai fini della prova sembra produrre, quale effetto principale, quello di determinare la convenienza imprenditoriale alla formalizzazione del contratto in un documento scritto che in tal modo lo mette al riparo di eventuali azioni giurisdizionali del lavoratore volte a contestare la natura atipica del contratto stipulato oralmente. In questo senso, sembra possibile sostenere che quanto l'ordinamento impone una forma vincolata per la manifestazione del consenso negoziale funzionale alla conclusione dell'accordo unicamente ai fini della prova, l'attenuazione dell'interesse pubblico che si esprime nella prescrizione della forma *ad probationem* esalta la finalità individual-privatistica della stessa e dunque sia pure indirettamente sembra sottolineare la valenza informativa del requisito formale.

VIII. 1. 3. – Antinomie e contraddizioni tra finalità informativa della forma *ad probationem* e disciplina del contratto part-time.

Le considerazioni fin qui svolte in materia di finalità informativa della forma vincolata si scontrano nel part-time con una disciplina che risulta - contraddittoriamente - scarsamente attenta ai profili di effettività della tutela assicurata al lavoratore.

Ciò, se da un lato costituisce esempio paradigmatico di stratificazioni normative scarsamente coordinate le une con le altre e delle difficoltà che ne derivano sul piano dell'intelligibilità dei fondamenti e della *ratio* complessiva della disciplina, dall'altro testimonia la difficoltà di individuare un criterio interpretativo uniforme ed universalmente valido per tutte le ipotesi di forma vincolata. L'analisi della normativa in materia di part-time conferma insomma che l'interpretazione che cerca di assegnare alle prescrizioni di forma vincolata di manifestazione del consenso per l'accesso al lavoro flessibile una finalità eminentemente informativa, sconta tutte le difficoltà

⁸³⁴ Cfr. ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina ...*, op. cit., p. 745 che continua affermando "L'autonomia individuale si vuole valorizzare in modo incisivo rivalutando il consenso del lavoratore formalizzato nell'atto scritto e la forma scritta, prevista solo ai fini della prova, consentirebbe la redazione di un documento che permetterebbe alla autonomia individuale, anche attraverso la previsione di «diverse intese» di scegliere tra diversi equilibri contrattuali quello che corrisponde ai reali interessi effettivamente programmati" (p. 746).

derivanti dall'essere questa, al più, solo una tendenza che informa con intensità diverse e non senza contraddizioni una disciplina in continua evoluzione. Non si tratta insomma di un principio consolidato nell'ordinamento giuslavoristico e dunque di una regola generale applicabile in ogni momento. E soprattutto, non si tratta di una finalità coerentemente perseguita dalla legislazione, come si vedrà tra breve.

Occorre inoltre considerare che, a differenza di quanto avviene in tutti i casi di ricorso a contratti di lavoro caratterizzati dalla temporaneità del vincolo contrattuale, il tradizionale sfavore dell'ordinamento per il ricorso al lavoro atipico si attenua notevolmente nell'ipotesi di contratto a tempo parziale. Il minor grado di "pericolosità sociale" attribuito all'utilizzo di questa figura contrattuale trova conferma tra l'altro nel fatto che si tratta di modalità di contratto non sottoposta - come le altre - al principio di causalità. Tanto nell'ordinamento spagnolo, quanto in quello italiano, infatti, l'accesso al part-time è libero dal punto di vista causale e dunque non condizionato alla sussistenza di ragioni oggettive o soggettive di legittimazione⁸³⁵.

Riprendendo sia pure brevemente l'analisi della disciplina in materia di forma del contratto, occorre ricordare che durante il periodo di vigenza dell'art. 5 del d.l. n. 726/1984⁸³⁶, la mancata indicazione delle conseguenze giuridiche associate alla violazione dell'obbligo di forma per la stipulazione del contratto a part-time aveva occasionato notevoli problemi interpretativi in ordine all'individuazione delle stesse, producendo l'effetto di una sostanziale scarsa effettività della tutela apprestata sul lato del lavoratore dal vincolo di forma

Ciò è tanto più vero se si tiene conto della interpretazione invalsa nella giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale la mancata formulazione per iscritto della natura a tempo parziale del contratto, in quanto prescritta per la validità del contratto, importava la nullità radicale dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità (con conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c. per le prestazioni di lavoro

⁸³⁵ In questo senso, è possibile sostenere che contratto a tempo pieno e contratto a tempo parziale si collocano in una posizione di sostanziale fungibilità. Ed infatti l'art. 1, comma 1 d. lgs. n. 61/2000 recita espressamente: "Nel rapporto di lavoro subordinato l'assunzione può avvenire a tempo pieno o a tempo parziale". È vero infatti che a questa tipologica contrattuale l'ordinamento ha assegnato fin da sempre una chiara finalità occupazionale che spiega la costruzione della disciplina ad essa relativa in chiave eminentemente promozionale. L'identificazione e la rimozione degli ostacoli di natura giuridica, economica e/o amministrativa che possano limitare il ricorso al lavoro part-time rientra poi esplicitamente tra gli obiettivi della direttiva 97/81/CE (clausola 5.1, lett. a) - di cui il d. lgs. n. 61/2000 costituisce attuazione - che intende il tempo parziale anche come uno strumento utile a favorire la conciliazione tra vita personale e professionale del lavoratore.

⁸³⁶ Abrogato dall'art. 10 del D.M. 25 marzo 1998, n. 142.

già eseguite), senza che allo stesso tempo sorgesse alcun diritto alla trasformazione in un rapporto a tempo pieno⁸³⁷.

A chiarire la portata e le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'obbligo di forma intervenne un'importante pronuncia della Corte Costituzionale⁸³⁸ secondo la quale l'applicazione dell'art. 1419, comma 1 c.c. e di conseguenza dell'art. 2126 c.c. sarebbe stata contraria alla finalità eminentemente tutelare dell'obbligo di forma nel part-time⁸³⁹.

⁸³⁷ Scrive a tal proposito D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti* ..., p. 142. "L'applicazione rigida della logica consensualistica, fa dimenticare alla Cassazione che, nel diritto del lavoro, il principio di conservazione del contratto è l'ovvio rovescio della tutela inderogabile del lavoratore, ed ha lo scopo di mantenere, proprio nei casi in cui in regime di diritto comune si avrebbe nullità o annullamento, la stabilità del rapporto di lavoro *contro* la parte meno interessata alla conservazione del vincolo". Il riferimento era alla sentenza della Corte di Cassazione 11 agosto 1990, n. 4811, in Foro It., 1991, I, con nota di Alaimo. Ma si vedano anche le sentenze, Cass. 7 febbraio 1994, n. 1226, in LG, 1994, 797; Cass. 10 giugno 1993, n. 6487, in DL, 1993, II, 495; Cass. 24 aprile 1991, n. 4482, in RGL, 1991, II, 155 con nota di Carmen La Macchia. Si scartava così l'altra possibile interpretazione sostenuta da una marte minoritaria della giurisprudenza che associava alla violazione dell'obbligo di forma nel part-time, la conseguenza della conversione automatica del part-time orale in un contratto a tempo pieno – a prescindere cioè da qualunque tipo di accertamento relativo alla volontà delle parti. Contraria alla conversione del contratto part-time in contratto a tempo pieno anche l'interpretazione data dalla citata Circolare del Ministero del lavoro e della Previdenza Sociale 26 agosto 1986, n. 102, secondo la quale il mancato rispetto delle prescrizioni di forma avrebbe dovuto importare unicamente l'applicazione della sanzione (amministrativa) di cui al comma 14 dell'art. 5 l. n. 863/1984, prevista per il caso di inottemperanza dell'obbligo di comunicazione (scritta) all'Ispettorato del lavoro. La prescrizione della forma scritta, infatti, sarebbe stata posta, secondo la circolare, unicamente come condizione della regolarità dell'atto negoziale – *forma ad regularitatem* -, sul presupposto della sostanziale mancanza di un atteggiamento di sfavore dell'ordinamento nei confronti del contratto part-time. In dottrina, la questione risultava essere assai meno pacifica. In ragione della sostanziale insoddisfazione per la tesi della nullità integrale del contratto, una parte della dottrina interpretò il requisito di forma del contratto a tempo parziale come richiesto unicamente ai fini della prova e non quale elemento costitutivo dello stesso. Si veda, tra gli altri, AMATO F., *Il lavoro a tempo parziale*, in AMATO F., VACCAIO M. J., *Le nuove tipologie* ..., op. cit. pp. 64 e ss.; MARESCA A., *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, RGL, 1987, I, p. 43.; ICHINO P., *Il lavoro a tempo parziale*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'emergenza*, Giuffrè, Milano 1988, p. 121. Per una ricostruzione più dettagliata del dibattito, si rinvia VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione...*, op. cit., pp. 574 e ss. Per l'esistenza di un generale principio di libertà della forma valevole per il periodo antecedente all'emanazione della l. n. 863/1984, Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, in RGL, 1997, n. 34, p. 332, con nota di Putaturo, nella quale, tra l'altro si sostiene l'illegittimità dell'apposizione di clausole che consentano la variazione unilaterale da parte del lavoro della collocazione temporale della prestazione a part-time – su cui *infra* -.

⁸³⁸ Sentenza 11 maggio 1992, n. 21, in RIDL, 1992, II, p. 731 con nota di Ichino P.

⁸³⁹ Scrive a tal proposito la Corte Cost. nella sentenza citata alla nota precedente: "sarebbe palesemente irrazionale che dalla violazione di una norma imperativa regolante il contenuto del contratto di lavoro a tempo parziale e posta proprio al fine di tutelare il lavoratore contro la pattuizione di clausole vessatorie, potesse derivare la liberazione del datore di lavoro da ogni vincolo contrattuale. Se questi fossero gli effetti

Permanevano tuttavia difficoltà interpretative in ordine alle concrete conseguenze associabili alla violazione delle prescrizioni in materia di forma nel part-time. In un successivo intervento, questa volta sollecitato dalla stessa Corte di Cassazione, la Corte Cost. ha ribadito il principio secondo cui la conversione legale del contratto può essere oggetto solo di espressa previsione di legge, con la conseguenza di ritenere che in caso di nullità di singole clausole, la nullità dell'intero contratto si produce se i contraenti non l'avrebbero stipulato senza la parte colpita da nullità. Tuttavia, al precipuo scopo di pervenire in via interpretativa al risultato della conservazione del contratto, la Corte ha proposto però una più ampia nozione di nullità parziale. Ciò che bisogna accertare è, secondo la Corte, se la clausola del termine costituiva elemento essenziale per il solo lavoratore, se cioè il lavoratore avrebbe o meno concluso il contratto anche senza la riduzione dell'orario⁸⁴⁰.

A risolvere definitivamente la questione è intervenuto il d. lgs. n. 61/2000 e successive modificazioni. Fermo restando l'obbligo di forma scritta del contratto (art. 2, comma 1) – ora espressamente richiesta unicamente ai fini della prova - nonché quello di indicazione nello stesso della durata e della collocazione temporale della prestazione ad orario ridotto (art. 2, comma 2), la legge adesso distingue chiaramente ai fini sanzionatori tra conclusione del contratto in forma orale o senza l'indicazione della durata – ridotta – della prestazione dedotta nello stesso ovvero mera assenza di indicazione nel contratto scritto della distribuzione dell'orario – della collocazione temporale -.

Mentre in quest'ultima ipotesi non si pone in realtà un problema di violazione dell'obbligo di forma, bensì un mero difetto di contenuto e quindi di completezza della figura negoziale, risolvibile con il mero intervento integrativo da parte del giudice(art. 8, comma 2)⁸⁴¹;

della normativa in esame, essa di certo non sarebbe in sintonia con la Costituzione”, specificando poi: “Ciò, in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere”.

⁸⁴⁰ Sentenza Corte. Cost. n. 283/2005, disponibile sul sito internet: www.giurcost.org. Nella quale si legge: “Risulta quindi chiaramente tracciata – anche nel non più vigente regime della disposizione censurata [art. 5, comma 2, l. n. 863/1984] – un'interpretazione di essa che, pur non affermando (ed anzi escludendo) la conversione automatica del rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, è comunque idonea a scongiurare, di massima, una volta accertato il difetto della forma scritta della clausola di tempo parziale, la totale nullità del rapporto di lavoro. Tale interpretazione quindi vale ad escludere l'effetto, paventato dalla Corte rimettente, della possibile estromissione del lavoratore dal posto di lavoro senza che, ricorrendone i presupposti, possa trovare applicazione l'ordinaria disciplina del licenziamento individuale”.

⁸⁴¹ Giudice che integra il regolamento contrattuale attraverso il rinvio alle previsioni dei contratti collettivi ovvero ricorrendo ad una valutazione equitativa che terrà conto tanto degli interessi del lavoratore (responsabilità familiari, esigenze di integrazione del reddito mediante la svolgimento di altra attività, etc.), quanto quelli del datore di lavoro (art. 8, comma 2, d. lgs. 61/2000).

nell'ipotesi di part-time orale o privo dell'indicazione della riduzione dell'orario di lavoro pattata, si genera un problema di riconoscibilità del tipo a part-time. Ciò importa il riconoscimento in capo al lavoratore della possibilità di rivolgersi al giudice per veder accertata l'esistenza tra le parti di un normale contratto di lavoro a tempo pieno, "a partire dalla data del relativo accertamento giudiziale"⁸⁴².

È evidente che in tal modo, il Legislatore del 2000 ha inteso equiparare l'ipotesi di mancata indicazione nel contratto scritto della durata (limitata) della prestazione alla mancata formulazione per iscritto del contratto part-time (art. 8, comma 1 d. lgs. n. 61/2000); ovvero, detto in altri termini, si è sostanzialmente equiparato l'omissione riguardante la durata della prestazione lavorativa, con l'ipotesi di difetto di prova del contratto, dal momento che, in entrambi i casi, si pone un problema di riconoscibilità del tipo di contratto di lavoro a tempo parziale⁸⁴³. In entrambi i casi, dunque, il contratto dovrà presumersi come stipulato a tempo pieno, salvo prestazione della prova in contrario fornita nel processo dal datore di lavoro con l'utilizzo degli scarsi mezzi di prova utilizzabili in tutti i casi di forma richiesta ai fini della prova⁸⁴⁴.

Si è visto in precedenza come la forma vincolata in questo contratto assolva essenzialmente ad un finalità di certezza giuridica funzionale sul piano pubblico ad un efficace controllo sulla regolarità nell'utilizzo da parte dei privati dello stesso e su quello privato-individuale ad evitare un'eccessiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto e dunque ad assicurare al lavoratore un'adeguata conoscenza – informazione - sull'entità della deviazione rispetto al modello a tempo pieno. Ciò è tanto più vero se si considerano gli ampi margini di

⁸⁴² Fermo restando il diritto del lavoratore al risarcimento del danno per il periodo antecedente alla pronuncia giudiziale, anch'esso da determinarsi secondo la valutazione equitativa del giudice. Per una critica a tale previsione, che scarica sulla parte che ha ragione le conseguenze derivanti dalla durata del processo, VALLEBONA A., *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, MGL, 2000, p. 494. Più in generale, sulla questione anche VOZA R., *Forma del contratto e trasformazione ...*, op. cit., pp. 581 e ss.

⁸⁴³ "Tipo" inteso in senso ampio, come modalità contrattuale. Per il rilievo che il contratto a tempo parziale non è un tipo contrattuale a sé stante, bensì un normale rapporto con speciale distribuzione dell'orario di lavoro, D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del ...*, op. cit., pp. 54-55.

⁸⁴⁴ La sorta di regime presuntivo dell'esistenza di un normale rapporto di lavoro a tempo completo che ha introdotto la riforma del 2000 viene infatti ulteriormente valorizzata dalla maggiore difficoltà di prestazione della prova in contrario derivante dal regime della forma contrattuale ora esplicitamente richiesta *ad probationem*. È noto infatti che in caso di forma richiesta *ad probationem* è interdetto il ricorso alla prova testimoniale (salvo il caso di smarrimento incolpevole del documento - art. 2724, n. 3 richiamato dall'art. 2725, comma 1 c.c.-), ovvero al ricorso alle presunzioni semplici (art. 2729, comma 2 c.c.). Ammissibili invece la confessione o il giuramento decisorio.

espressione riservati dalla disciplina sul part-time all'autonomia individuale.

Ma è proprio questa funzione informativa funzionale ad un più consapevole esercizio della propria autonomia contrattuale sul lato del lavoratore che sembra venir compromessa da una disciplina che al di là degli aspetti formali, si presenta nel complesso scarsamente interessata ad assicurare la genuinità del consenso del lavoratore. A parte delle difficoltà nell'individuazione dell'orario normale sulla base del quale introdurre la riduzione derivanti dal mancato coordinamento tra modifiche apportate al part-time dal d. lgs. n. 276/2003 e riforma della disciplina dell'orario di lavoro derivante dal d. lgs. n. 66/2003⁸⁴⁵, come spiegare infatti il regime di alternatività disposto dall'art. 3, comma 7 – così come modificato dall'art. 46, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 276/2003 - in materia di prestazioni di lavoro supplementare nel part-time orizzontale e misto tra consenso individuale e disciplina del contratto collettivo?

Eliminando il “doppio filtro” (individuale e collettivo) disposto dalla disciplina previgente⁸⁴⁶, la riforma del 2003, infatti, ha disposto che mentre la prestazione del consenso da parte del lavoratore al ricorso al lavoro supplementare è necessaria ma anche *sufficiente* in tutti i casi di mancata previsione o di inesistenza del contratto collettivo applicabile, la stessa diventa innecessaria quando l'effettuazione di ore di lavoro supplementare è stata “prevista e regolamentata dal contratto collettivo”. In altre parole, dalla formulazione della norma è sembrato di dover trarre la conclusione che in tutte le ipotesi di regolamentazione da parte del contratto collettivo, la prestazione del lavoro supplementare diventava per il lavoratore obbligatoria sulla base della mera richiesta in tal senso da parte del datore, a prescindere cioè dalla manifestazione in tal senso della sua volontà individuale⁸⁴⁷. Permane come unico (debole) strumento garanzia per il lavoratore la previsione secondo la quale l'eventuale

⁸⁴⁵ Sul punto, SCARPONI S., *Il lavoro a tempo parziale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 31/2004, disponibile sul sito internet: www.unict.it.

⁸⁴⁶ È noto infatti che il d. lgs. n. 61/2000 (ribaltando completamente l'impostazione della l. n. 862/1984 che invece proibiva il ricorso al lavoro supplementare salvo deroghe espresse disposte dalla contrattazione collettiva in relazione a specifiche esigenze imprenditoriali), aveva condizionato la possibilità di ricorrere al lavoro supplementare nel part-time orizzontale o misto non solo alla necessaria prestazione del consenso del lavoratore, ma anche all'altrettanto necessaria regolamentazione da parte del contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Sul punto le considerazioni di PINTO V., *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, DLRI, 2002, pp. 275 e ss.; STENICO E., *Il lavoro a tempo parziale fra disciplina legale e assetti contrattuali*, LD, 2005, pp. 328 e ss.

⁸⁴⁷ *Contra*, SCARPONI S., *Il lavoro a tempo parziale ...*, op. cit. che sottolinea la sostanziale illegittimità di una tale interpretazione; BANO F., *Variazioni sul tempo di lavoro. La contro-riforma del lavoro a tempo parziale*, LD, 2005, pp. 295 e ss.

rifiuto da parte del lavoratore non costituisce in nessun caso giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁸⁴⁸.

Sempre come effetto della riforma del 2003, anche il regime giuridico relativo alla possibilità di apporre specifici patti di elasticità e flessibilità aveva destato non poche perplessità proprio in ragione della penetrante riduzione delle garanzie apprestate onde assicurare la genuinità del consenso negoziale sul lato del lavoratore. È noto infatti che l'art. 3, comma 9 del d. lgs. n. 61/2003 (così come modificato dall'art. 46, comma 1 lett. J) e l) del d. lgs. n. 276/2003) affidava alla sola volontà individuale, formalizzatasi in apposito patto scritto - anche contestuale alla conclusione del contratto part-time - la possibilità di all'apposizione delle c.d. clausole elastiche⁸⁴⁹ e flessibili⁸⁵⁰, ammesse anche per l'ipotesi di part-time a termine (art. 3, comma 10)⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Scompare invece tanto la disposizione che escludeva la responsabilità del lavoratore anche sul piano disciplinare, quanto quella che assicurava allo stesso un diritto al consolidamento del maggior orario relativo al lavoro supplementare quando questo fosse svolto in via non meramente occasionale.

⁸⁴⁹ Si tratta come è noto di clausole che attribuiscono al datore di lavoro la potestà di modificare in aumento la durata della prestazione dell'attività lavorativa in tutti i casi di part-time verticale o misto. Solo clausole introdotte *ex novo* dalla riforma realizzata nel 2003.

⁸⁵⁰ Già previste dalla disciplina anteriore al 2003, sono clausole che attribuiscono al datore di lavoro il potere unilaterale di variare soltanto la collocazione temporale della prestazione a part-time, ferma restando dunque la durata. Non sembra necessario insistere sugli effetti vantaggiosi che derivano al datore dall'apposizione di clausole di questo tipo. Esse legittimano il datore di lavoro ad incidere in via meramente unilaterale, sulla base delle proprie convenienze, su di un elemento centrale dell'oggetto del contratto di lavoro quale quello del tempo. Si consideri poi l'effetto vantaggioso che deriva al datore, a seguito della riforma del 2003, tanto dalla riduzione dei termini del preavviso dovuto al lavoratore da 10 a 2 giorni, quanto dal rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione, adesso meramente eventuale, della maggiorazione retributiva per le ore di lavoro supplementare effettivamente prestate (eliminando così il vincolo di fonte legale di rispettare un minimo di maggiorazione retributiva non inferiore al 10% disposto dall'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 3 d. lgs. n. 61/2003). In materia di preavviso, si segnala la modifica introdotta dall'articolo unico della l. n. 247/2007 che lo ha portato da 2 a 5 giorni.

⁸⁵¹ Da questo punto di vista, deve essere interpretato favorevolmente l'intervento operato sulla disciplina della già citata l. 247/2007 - art. 1, comma 44) che ha ridisegnato nuovamente la disciplina relativa alla possibilità di attribuire al datore di lavoro al momento della conclusione del contratto ovvero successivamente il potere di modificare unilateralmente tanto la durata quanto la prestazione lavorativa a tempo ridotto. A fronte della disciplina risultante dalle modifiche del 2003 che prevedeva un duplice meccanismo individuale e collettivo alternativo, nel senso che per un verso, in caso di previsione da parte del contratto collettivo, il consenso del lavoratore doveva ritenersi innecessario, e per l'altro che in mancanza di contratto collettivo l'accordo individuale doveva considerarsi sufficiente, l'intervento del 2007 ripristina il meccanismo del c.d. "doppio filtro" che meglio garantisce la libertà di scelta. Si prevede infatti da un lato che la possibilità di apporre clausole elastiche e flessibili al contratto di lavoro part-time deve essere prevista e regolata dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative

Infine, non meno significativa in ordine alla rilevanza assegnata alla genuinità dell'autonomia individuale del lavoro risulta la soppressione del c.d. diritto di ripensamento, che attribuiva al lavoratore che avesse acconsentito alla stipulazione delle clausole elastiche⁸⁵², il diritto a denunciare il patto di elasticità e di tornare al regime orario precedente alla sua introduzione (art. 3, comma 12) ora abrogato.

Ulteriori effetti di depotenziamento della finalità informativa della forma conseguono poi, più in generale, da quella interpretazione, prevalente nella giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale il rispetto del requisito della forma vincolata deve essere verificato in relazione alla menzione nel documento scritto dei soli elementi essenziali del contratto, ovvero di quegli elementi che consentano l'identificazione del contenuto del contratto e che rilevano rispetto alla volontà negoziale delle parti. In altre, parole, secondo l'impostazione prevalente in giurisprudenza, tutte le volte che il Legislatore impone quale requisito di forma-contenuto del contratto l'indicazione di elementi meramente accessori ovvero relativi alla disciplina inderogabile di legge, la loro mancata indicazione non dovrebbe essere considerata quale violazione dell'obbligo di forma, ben potendo essere sanata con il mero ricorso all'attività integrativa del giudice⁸⁵³.

Se è vero, dunque, che, in relazione alla disciplina dell'accesso al lavoro non standard, si registra una crescente attenzione da parte dell'ordinamento per le prescrizioni relative alla forma di manifestazione del consenso, e che queste sempre più spesso si combinano con una definizione sempre più dettagliata del contenuto minimo necessario del contratto che il documento scritto deve riprodurre, l'effetto informativo che ne dovrebbe derivare al lavoratore e dunque il potenziale rafforzamento della sua posizione contrattuale quale conseguenza della

sul piano nazionale (con la conseguenza che in mancanza al contratto part-time non potranno essere apposte clausole elastiche o flessibili), mentre dall'altro si condiziona la loro validità anche alla necessaria prestazione del consentimento del lavoratore da formalizzarsi in un apposito patto scritto (con la conseguenza che la previsione da parte del contratto collettivo cessa di essere condizione sufficiente per l'apposizione delle menzionate clausole. Sul punto, si rinvia, anche per la bibliografia collegata, a ALESSI C., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 68/2008, pp. 20 e ss., disponibile sul sito internet www.unict.it.

⁸⁵² Che, prima della riforma del 2003, concernevano il potere di variazione unilaterale della sola collocazione temporale della prestazione a part-time. Sulla legittimità costituzionale di tali clausole nella misura in cui non importino un riconoscimento in capo al datore di lavoro di disporre *ad libitum* della prestazione, vincolata al rispetto di coordinate temporali contrattualmente determinate e oggettivamente predeterminabili, la già citata sentenza della Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210. Si veda pure, Cass. 6 luglio 2005, n. 14215, in RGL, 2006, I, p. 60.

⁸⁵³ Si veda a titolo esemplificativo la sentenza Cass. 21 giugno 1999, n. 6214; Cass. 3 febbraio 1999, n. 887.

maggior informazione di cui dispone, si vede pericolosamente compromesso dalla non rilevanza ai fini del rispetto del requisito formale, della mancata indicazione di quegli elementi meramente accessori o relativi alla disciplina applicabile.

Da quanto fin qui detto, appare evidente per un verso, che qui più che altrove, gli obblighi formali rappresentano “uno dei contrappesi alla flessibilità genetica e funzionale che caratterizza il rapporto di lavoro in esame”, e per l’altro, che si tratta di una forma di compensazione certamente al ribasso degli standard di protezione assicurati in generale al lavoro subordinato. Si conferma dunque per un verso l’interrelazione tra attenuazione del livello di tutela del lavoro e introduzione, in via compensativa, di oneri meramente formali e procedurali, e dall’altro, la interrelazione tra recupero di un certo formalismo anche nel diritto del lavoro ed esaltazione del ruolo del contratto quale veicolo privilegiato di espressione dell’autonomia privata individuale.

VIII. 2. – Le peculiarità del sistema sanzionatorio spagnolo.

L’ordinamento spagnolo riconosce un valore giuridico diverso alle prescrizioni relative alla forma contrattuale. Nonostante a volte si parli di forma richiesta *ad probationem*⁸⁵⁴ e sebbene la sanzione che l’ordinamento ricollega alla violazione dei vincoli di forma comporti una sostanziale un’alterazione delle normali regole in materia di prova, essa non implica l’impossibilità di provare il contratto attraverso strumenti di prova alternativi al documento scritto⁸⁵⁵.

In particolare come già anticipato, in materia di contratti di lavoro flessibili, la sanzione prevista per il mancato rispetto del vincolo di forma scritta si risolve essenzialmente nell’attivarsi di una presunzione – *iuris tantum* - di esistenza di un contratto a tempo pieno e durata indeterminata⁸⁵⁶ (art. 8, comma 2 che recita testualmente “De no observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tempo

⁸⁵⁴ Tra gli altri, GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo* ..., op. cit., p. 340.

⁸⁵⁵ Ma per importanti precisazioni sul punto, si rinvia a PÉREZ REY J., *La transformación de la* ..., op. cit., pp. 90-91.

⁸⁵⁶ Sull’operatività della presunzione anche il caso di forma scritta prescritta convenzionalmente tanto dall’autonomia individuale delle parti quanto da quello collettiva, PÉREZ REY J., *La transformación de la* ..., op. cit., pp. 95 e ss. *Contra*, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato* ..., op. cit., p. 207.

indefinito y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tempo parcial de los servicios⁸⁵⁷).

Salvo limitati casi strettamente eccezionali (contratto di lavoro dei marittimi, il patto di prova o di permanenza nell'impresa), la forma vincolata dunque non incide mai sulla struttura del contratto (di lavoro), che rimane perfettamente valido ed efficace anche in caso di mancato rispetto della stessa. Ciò che si produce è più semplicemente l'operare, anche in funzione sanzionatoria per il datore di lavoro⁸⁵⁸, di una presunzione semplice di durata indeterminata e di tempo pieno del rapporto di lavoro, superabile attraverso la prestazione della prova contraria fornita con l'utilizzo di tutti i mezzi di prova ammessi dall'ordinamento⁸⁵⁹.

In altre parole, una volta che si accerti il mancato rispetto del requisito di forma⁸⁶⁰ (assenza del documento scritto o omissioni nell'identificazione degli elementi essenziali del contratto per il quale è prescritto), spetterà al datore di lavoro provare l'irrelevanza dello stesso attraverso l'accreditamento della natura temporanea o comunque "atipica" del vincolo contrattuale.

⁸⁵⁷ Si tratta di una norma ora di applicazione generale a tutti i contratti atipici che debbano stipularsi per iscritto di cui all'art. 8, comma 2 ET, e ciò a prescindere che in molti casi i regolamenti di attuazione delle singole riposizioni in materia ripetano l'operatività del meccanismo della presunzione (art. 22, comma 1 RD n. 488/1998, in materia di contratti formativi; art. 6 RD n. 1382/1985, in materia di personale di alta direzione; art. 3, comma 1 RD n. 1438/1985 in materia di intermediari commerciali; art. 9, comma 1 RD n. 2720/1998, in materia di contratti di lavoro a termine). Sul punto, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., pp. 176 e ss. La puntualizzazione è necessaria nella misura in cui, nella Ley de Relaciones Laborales del 1976, la presunzione si applicava unicamente ai rapporti di lavoro a termine. Si segnala poi che, prima dell'intervento del RD 29 dicembre 1993, n. 2317, il mancato rispetto del requisito di forma per la stipulazione del contratto part-time comportava soltanto la revoca della possibilità di riduzione della contribuzione in relazione alla durata ridotta della prestazione lavorativa. Il RD citato e poi anche la l. 19 maggio 1994, n. 11 sostituiscono tale sanzione con quella della presunzione della stipulazione di un contratto a tempo pieno (dalla natura a tempo pieno del contratto discende poi ovviamente la necessità di contribuzione piena alla Sicurezza Sociale).

⁸⁵⁸ In tal senso, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., p. 180.

⁸⁵⁹ Conseguenze analoghe si producono anche nel caso di mancato versamento dei contributi previdenziali (art. 15, comma 2 ET), ovvero di continuazione oltre il termine del rapporto di lavoro (art. 49, comma 1 ET). Per un'analisi puntuale di tali presupposti e del regime giuridico ad esso connesso, si rinvia a PÉREZ REY J., *La transformación de la ...*, op. cit., spec. cap. III, IV e V. Si veda pure, GIL SUÁREZ L., *Validez e invalidez del contrato de trabajo (En torno all'art. 9)*, REDT., 2000, I, n. 100, pp. 351 e ss.

⁸⁶⁰ In tal senso, PÉREZ REY J., *Forma escrita obligatoria y ...*, op. cit., pp.193 e ss. a cui si rinvia anche per l'esame della non sempre agevole distinzione tra indeterminatezza e insufficienza della formalizzazione del contratto (con conseguente applicazione del meccanismo presuntivo di cui all'art. 8 ET) e formalizzazione irregolare funzionale all'utilizzo delle modalità atipiche di contratto in frode alla legge (che invece comporta la trasformazione in un rapporto di lavoro standard a tempo pieno e durata indeterminata).

Ne risulta una maggiore considerazione riconosciuta al ruolo ed alla funzione dell'autonomia privata in questo contesto. Qui più che altrove, ciò che conta è che si sia prodotto l'accordo, l'incontro delle volontà sul punto, essendo indifferente la forma di manifestazione del consenso prescelta. Quando la legge ne impone una specifica, ciò non significa che essa assurga a requisito di validità ovvero di efficacia del contratto, ovvero che il riconoscimento giuridico dell'atto di autonomia privata così realizzato venga subordinato al rispetto della prescrizione formale. Questa opera su di un piano diverso e sicuramente meno incisivo rispetto a quello delle nullità⁸⁶¹, limitandosi a svolgere una funzione meramente dichiarativa e mai costitutiva.

Si è visto tuttavia, che dottrina e giurisprudenza si presentano divise al loro interno in materia di conseguenze derivanti dal mancato rispetto del contenuto minimo obbligatorio della forma dei contratti a termine, attribuendo a quest'ultimo, in casi non marginali, un vero e proprio valore costitutivo della validità dell'atto negoziale con la conseguenza di ritenere la clausola sulla temporaneità dello stesso nulla e di far operare l'istituto della conversione del contratto a termine in un normale contratto a tempo indeterminato. In altre parole, la divergenza di opinioni circa il valore (costitutivo ovvero meramente formale) da attribuire alle prescrizioni di contenuto minimo si riflette inevitabilmente sulle conseguenze ricollegabili alla loro violazione, determinando, in alcuni casi, la mera applicazione della presunzione *iuris tantum*, mentre in altri, l'operare del meccanismo della nullità relativa.

Ulteriori divisioni si registrano anche in materia di definizione dell'intensità dell'onere probatorio gravante sul datore di lavoro, funzionale ad impedire l'operatività del meccanismo presuntivo. La questione controversa riguarda il particolare se sia sufficiente la dimostrazione la mera sussistenza di esigenze di carattere temporaneo – in generale –, ovvero se sia necessario dimostrare la sussistenza di quelle concrete esigenze oggettive tipizzate (in astratto) dal Legislatore per ciascuna specifica modalità di contratto a termine, ovvero ancora se occorra anche provare che il lavoratore abbia previamente conosciuto e poi consapevolmente prestato il proprio consenso alla conclusione dello specifico contratto di lavoro a termine, con la conseguenza di ritenere nulla, per mancanza di accordo sul punto, la clausola del termine⁸⁶².

⁸⁶¹ BEJARANO HERNÁNDEZ A., *Presunción de duración indefinida ...*, op. cit., p. 45.

⁸⁶² Per la prima delle interpretazioni menzionate, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., p. 180 che segnala tra l'altro l'effetto di intercambiabilità che ne deriva tra una figura contrattuale a termine e l'altra. Fortemente critico, PÉREZ REY J., *La transformación de la contratación ...*, op. cit., p. 127. Sul punto, anche MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal ...*, op. cit., pp. 116 e ss. il quale cita le sentenze del Tribunal Supremo 2 ottobre 1994, Ar/10336 e 21 settembre 1993, Ar/6892 nella quali si è adottato una interpretazione sostanzialmente flessibilizzante della rigidità della carica della prova.

Oltre a ciò, come è stato puntualizzato, nelle ipotesi in cui la temporaneità del vincolo contrattuale non si giustifica sulla base della sussistenza in concreto di esigenze oggettive dell'impresa aventi lo stesso carattere, bensì sulla base di altro tipo di considerazioni, le difficoltà probatorie a carico del datore di lavoro rendono il requisito formale specialmente rilevante. Ciò avviene ad esempio in materia di contratti a contenuto e/o finalità formativa. In tali ipotesi, molto spesso l'assunzione avviene infatti per la copertura di posti di lavoro connessi con lo svolgimento di prestazioni lavorative concernenti l'attività normale e permanente dell'impresa. Non sono dunque esigenze imprenditoriali di natura temporanea che giustificano il ricorso a queste particolari tipologie di contratti a termine, la cui temporaneità si spiega essenzialmente sul presupposto dell'avvenuto conseguimento degli obiettivi formativi tenuti presenti.

Se così è, nel caso di mancato rispetto dei requisiti di forma (di cui agli artt. 3 e 11 RD 27 marzo 1998, n. 488 che ha dato attuazione all'art. 11 ET in materia appunto di contratti formativi) e dunque di contestazione della sussistenza in concreto della giustificazione causale da parte del lavoratore, sarà assai difficile per il datore di lavoro superare la presunzione della natura a tempo indeterminato del rapporto di cui all'art. 22, comma 1 (“se presumirán celebrados por tiempo indefinido los contratos en prácticas o para la formación cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita, salvo prueba en contrario que acredite su la naturaleza temporal”). Proprio in ragione delle speciali difficoltà probatorie menzionate si è parlato, in questi casi, di requisito di forma dal carattere “quasi- costitutivo”⁸⁶³.

Considerazione analoghe possono essere fatte anche a proposito delle prescrizioni di forma nel contratto a tempo parziale.

Infine, l'ultima puntualizzazione riguarda il fatto che alle prescrizioni di forma vengono collegate dall'ordinamento anche sanzioni di carattere meramente amministrativo. In particolare e a titolo esemplificativo, l'art. 7, n. 1 RD 4 agosto 2000, n. 5 in materia di infrazioni e sanzioni nella giurisdizione del lavoro qualifica come “infrazione grave” la mancata formalizzazione per iscritto del contratto, sia nel caso di imposizione legale in tal senso, sia nel caso in cui la formalizzazione stessa sia stata sollecitata dal lavoratore⁸⁶⁴.

⁸⁶³ BEJARANO HERNÁNDEZ A., *Presunción de duración indefinida ...*, op. cit., p. 46. Ribadisce il carattere meramente dichiarativo della forma anche in questi casi, MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal en la...*, op. cit., pp. 114 e ss.

⁸⁶⁴ Sono invece qualificate come infrazioni lievi tutte le altre che riguardano il mancato ottemperamento di prescrizioni di tipo formale e documentale (art. 6, n. 6 del RD citato). Si tratta di ipotesi relative, ad esempio, al mancato utilizzo di modelli di contratto (modelos oficiales – elaborati dall'Istituto Nacional de Empleo) quando prescritto in aggiunta all'obbligo di forma scritta (art. 12, comma 4 ET in materia di contratto a tempo parziale, ovvero art. 17 RD n. 488/1998 in materia di contratti formativi), ovvero della mancata registrazione presso l'Oficina de Empleo. In tal senso,

IX. – Altre manifestazioni di formalismo nella regolazione dell’accesso al lavoro: la certificazione dei contratti di lavoro. Accenni.

A seguito di un complesso e tortuoso *iter* politico-legislativo, la certificazione dei contratti di lavoro è stata introdotta nell’ordinamento italiano dal decreto legislativo n. 276/2003 (Titolo VIII, artt. 75 e ss.)⁸⁶⁵. Il sia pur sommario esame dei caratteri principali di questo controverso e problematico istituto risulta di speciale interesse ai fini di questo lavoro, e ciò nonostante il fatto che nella pratica la sua utilizzazione si sia rivelata abbastanza modesta⁸⁶⁶.

Nel breve spazio di questo paragrafo non interessa tanto riprodurre e/o prendere posizione sull’acceso dibattito che si è generato intorno all’utilità ovvero alla tenuta giuridica della certificazione e degli effetti giuridici che produce, anche se nell’esame pur sommario della disciplina ad esso relativa non mancheranno riferimenti sia all’una, sia all’altra questione. L’obiettivo è piuttosto quello di cercare di iscrivere tale istituto nell’ambito di quel processo di rinnovamento metodologico del diritto del lavoro che si è fin qui cercato di mettere in evidenza; rinnovamento ispirato ad una nuova centralità da assegnare al momento contrattuale quale oggetto specifico di regolazione, anche in detrimento della preferente importanza tradizionalmente attribuita al rapporto, ed orientato verso una diversa considerazione della posizione di debolezza del lavoratore nel contratto e nel rapporto.

Entrando nel merito della disciplina risultante dagli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003 e successive modificazioni, è proprio l’articolo di apertura del Titolo VIII che fornisce all’interprete una prima e fondamentale indicazione circa le finalità assegnate all’istituto. Ai sensi dell’art. 75, la certificazione è una procedura meramente volontaria, “offerta” all’autonomia privata individuale quale strumento funzionale ad

anche la giurisprudenza, STS 14 novembre 1989, Ar/6439; STS 18 marzo 1988, Ar/2321. Per l’esame delle stesse, si rinvia a, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato ...*, op. cit., cap. VII.

⁸⁶⁵ Che ha dato attuazione alla delega contenuta com’è noto nella legge n. 30 del 14 febbraio 2003 (art. 5). Per un commento, NOGLER L., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, n. 3, pp. 110 e ss. a cui si rinvia anche per il riepilogo dei tentativi di introdurre un meccanismo analogo nella Legislatura precedente. Sul punto anche, BRINO V., *La certificazione di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, LD, 2006, pp. 383 e ss. La sperimentalià dell’istituto si deduce dall’art. 86, comma 12 del d. lgs. n. 276/2003, mentre l’esclusione dei rapporti di lavoro instaurati con le Pubbliche Amministrazioni si deduce dall’esclusione generale operata all’art. 1, comma 2 d. lgs. n. 276/2003 “Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”.

⁸⁶⁶ GRAGNOLI E., *Certificazione e prime esperienze applicative*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 2179 e ss.; BRINO V., *La certificazione di lavoro tra qualificazione ...*, op. cit., spec. pp. 415 e ss.

accrescere la sicurezza giuridica circa la corretta definizione del programma contrattuale ed il suo esatto inquadramento all'interno di uno dei modelli contrattuali predisposti e disciplinati dall'ordinamento⁸⁶⁷. La funzione assegnata alla certificazione dall'ordinamento è quella di contribuire a realizzare un accettabile livello di certezza giuridica circa la natura del contratto di lavoro, la sua qualificazione giuridica, anche allo scopo di incoraggiare per tale via l'utilizzo da parte delle imprese delle vecchie e nuove forme atipiche di contratto⁸⁶⁸.

Il presupposto dal quale si è partiti nell'elaborazione di questo istituto è, infatti, quello della esistenza di un significativo grado di incertezza giuridica in materia di qualificazione del contratto derivante da una pluralità eterogenea di fattori di indole e rilevanza diversa⁸⁶⁹; incertezza che incide negativamente non solo sui rispettivi interessi delle parti negoziali, ma anche e più in generale sull'efficiente e spedito funzionamento dell'intero ordinamento giuridico⁸⁷⁰. A fronte della moltiplicazione esponenziale dei modelli contrattuali per l'inquadramento del rapporto di lavoro (a cui lo stesso d. lgs. n. 276/2003 ha dato un rilevante contributo), in conseguenza della stratificazione di successivi e non sempre tecnicamente impeccabili provvedimenti normativi diversi, ovvero, secondo altri, come effetto della difficoltà per il Legislatore di segnare con chiarezza e precisione il punto di contemperamento tra gli interessi in conflitto⁸⁷¹ e dunque della necessità di far ricorso a quelle che vengono definite come "norme a precetto

⁸⁶⁷ È noto infatti che l'originaria formulazione dell'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003 prevedeva la possibilità di ricorrere all'istituto della certificazione solo nel caso di contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto (così come disciplinati nello stesso decreto legislativo), nonché di contratti di associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549 e 2554 c.c. A seguito dell'emanazione del provvedimento correttivo d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, la possibilità di ricorso alla certificazione è stata estesa a qualunque tipo di contratto. Si può ricorrere a tale istituto anche per la certificazione del regolamento interno delle cooperative "riguardante la tipologia di rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare con i soci lavoratori ai sensi dell'art. 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142" (art. 83) ovvero anche per la certificazione della genuinità dell'appalto "anche ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto" (art. 84).

⁸⁶⁸ GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, DPL, 2002, pp. 535 e ss.

⁸⁶⁹ *In primis*, il problema della attuale pregnanza qualificatoria e discretiva della categoria della subordinazione ex art. 2094 c.c. su cui già, §. I. 2. 1. – Cap. II.

⁸⁷⁰ DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 295 e ss.

⁸⁷¹ In tal senso, GENTILI A., *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 803 e ss. che sottolinea tra l'altro come si tratti di un fenomeno che coinvolge l'intero ordinamento giuridico e non solo il diritto del lavoro.

generico” per la definizione dei caratteri del tipo contrattuale⁸⁷², il diritto del lavoro risponde, dunque, non con una operazione di razionalizzazione, sistematizzazione e semplificazione della disciplina esistente, bensì attraverso la predisposizione di un meccanismo aggiuntivo volto alla “cristallizzazione” della “scelta” tipologica operata dalle parti al momento della conclusione del contratto. Lo scopo è in altri termini quello di agire preventivamente sulle cause che alimentano “il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro” attraverso il riconoscimento della possibilità di affidare *ex ante* l’operazione di qualificazione stessa a Commissioni appositamente costituite presso organismi pubblici e privati variamente identificati (Direzioni Provinciali del Lavoro⁸⁷³ e Province, enti bilaterali⁸⁷⁴, Università pubbliche e private⁸⁷⁵ e “i consigli provinciali dei consulenti del lavoro si cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12 esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell’ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” - art. 76 d. lgs. n. 276/2003 così come modificato dalla l. n. 266/2005 -)⁸⁷⁶.

⁸⁷² VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto...*, op. cit.; ID, *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell’impresa: la barbarie del diritto*, MGL, 1995, pp. 790 e ss.; PISANI C., *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, RIDL, 2003, I, pp. 67 e ss.; ID., *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in PERONE G., VALLEBONA A., (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1 e ss.

⁸⁷³ Si vedano sul punto, il D.M. 21 luglio 2004 ed i chiarimenti operativi forniti dalla Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 15 dicembre 2004, n. 48.

⁸⁷⁴ Definiti all’art. 2, comma 1 lett. h) d. lgs. n. 276/2003 quali “organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiati per la regolazione del mercato del lavoro”. si rinvia sul punto a n. 2 del 2003 della rivista “Lavoro e Diritto”, dedicato monograficamente al tema degli enti bilaterali.

⁸⁷⁵ Queste ultime, tuttavia, solo previa registrazione in apposito albo istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di concerto con il Ministro dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca e previo invio, “all’atto di registrazione e ogni sei mesi”, di “studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di rapporti indicati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali” (art. 76, comma 2). Non stupisce che la prima sede universitaria che ha richiesto ed ottenuto l’abilitazione allo svolgimento di attività di certificazione sia stata l’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, per il tramite del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi” (22 febbraio 2005). L’introduzione dell’istituto della certificazione prende spunto, infatti, da un’idea inizialmente elaborata da ANTONIO VALLEBONA (*Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, 1992, I, pp. 479 e ss.), successivamente sviluppata proprio da MARCO BIAGI (*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, Quad. DLRI, 1998, n. 21, pp. 368 e ss.).

⁸⁷⁶ A proposito dell’acceso dibattito sulla conformità dell’istituto alla finalità ad esso assegnate dall’ordinamento, da più parti è stato sottolineato come, in realtà, le finalità deflative se si realizzano, si realizzano esclusivamente quale conseguenza (indesiderabile) dell’effetto di “scoraggiamento” di iniziative giurisdizionali che produrrebbe il contratto certificato nei confronti del lavoratore. DE ANGELIS L.,

Dal punto di vista degli interessi protetti, occorre subito puntualizzare che, sebbene si tratti di procedura che “consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro” che dà avvio al procedimento⁸⁷⁷, e dunque di procedura che abbisogna del consenso di entrambe per potersi attivare, è evidente che si

Certificazione dei rapporti di lavoro e ..., op. cit., pp. 301 e ss. Come sottolinea RICCI G., *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 331, sono tre gli elementi che giustificano questa interpretazione. In primo luogo, l'obbligo in tutti i casi di ricorso giurisdizionale per errore o per difformità con la successiva attuazione del contratto, di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c. davanti alla stessa “commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione” (art. 80, comma 4). Si prevede poi che “il comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro e di definizione della controversia davanti alla commissione di certificazione potrà essere valutato dal giudice del lavoro” (art. 80, comma 3). Infine, come anticipato, si stabilisce che gli effetti del contratto certificato permangono fino alla pronuncia giurisdizionale che accerti l'erronea qualificazione ovvero la difformità tra contratto certificato ed effettivo svolgimento del rapporto. A ciò si aggiunge, un possibile effetto “psicologico” di condizionamento non solo del lavoratore, ma anche del giudice, che potrebbe essere indotto semplicemente a confermare la qualificazione operata dal certificatore in ragione dell'autorevolezza dello stesso, senza cioè preoccuparsi di esperire un'indagine accurata degli elementi di prova apportati dal lavoratore. Si vedano sul punto anche le considerazioni di SPEZIALE V., *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in CARINCI F. (coord.) *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004, IV, pp. 190 e ss. Parla direttamente di una “preoccupante dimensione intimidatoria” dell'istituto, “in difformità netta dalla necessità di salvaguardia del lavoro rispetto alla forza negoziale indotta dal potere economico”, GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, RGL, 2004, n. 4, pp. 558-59; fortemente critico anche FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, WP C.S.D.L.E. n. 30/2005, spec. p. 15 che sottolinea “il dato parossistico di una normativa che volta a semplificare il contenzioso giudiziario sembra abbia costituito le premesse addirittura per complicarlo al punto di far emergere possibili conflitti di giurisdizione che, com'è noto, sono paralizzanti e difficilmente risolvibili in via definitiva se non in tempi molto posticipati”.

⁸⁷⁷ Il procedimento di certificazione è disciplinato all'art. 78, comma 1d. lgs. n. 276/2003 che rinvia sul punto al regolamento interno di ciascuna Commissione. La legge specifica tuttavia che la Commissione è obbligata a decidere nel termine (ordinario) di 30 giorni dal ricevimento dell'istanza, che l'avvio del procedimento debba essere comunicato alla Direzione Provinciale del Lavoro (comma 2 lett. b), la quale a sua volta trasmette la comunicazione “alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti”. Queste ultime sono infatti ammesse a partecipare al procedimento, formulando osservazioni (comma 2, lett. a). Si prevede poi che l'atto di certificazione debba essere motivato e che in esso si faccia menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazioni ai quali le parti chiedono la certificazione. Al fine di agevolare l'attività degli organi di certificazione, con D. M. 21 luglio 2004 (emanato ai sensi dell'art. 78, comma 5), si sono “definiti appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale”, tenendo “conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro”.

tratta di istituto pensato soprattutto quale risposta all'aspirazione imprenditoriale di conferire una certa "stabilità" all'assetto contrattuale inizialmente convenuto tra le parti⁸⁷⁸. L'effetto di "cristallizzazione del tipo" prescelto (ma sarebbe più corretto parlare di modello⁸⁷⁹) che consegue alla certificazione del contratto consente, in altri termini, al datore di lavoro una certa calcolabilità *ex ante* dei costi economici e normativi del contratto che si è apprestato a stipulare, allontanando i rischi di una possibile e successiva riqualificazione del rapporto stesso all'interno di una diversa (e più costosa) fattispecie contrattuale ad opera del giudice eventualmente chiamato a pronunciarsi sul punto.

È vero infatti che l'effetto principale che consegue alla certificazione del contratto consiste nell'attribuire alla qualificazione operata dall'organo certificatore - a ciò abilitato dalla legge e dalla istanza congiunta delle parti - una sorta di "stabilità provvisoria"⁸⁸⁰, che vincola non solo le parti stesse del rapporto, bensì anche i terzi (ed in particolare, la Pubblica Amministrazione e gli enti previdenziali⁸⁸¹). Sarà possibile cioè rimuovere e correggere gli effetti derivanti dal contratto certificato unicamente previo ricorso giurisdizionale che accerti, anche solo con sentenza di merito, "l'erronea qualificazione del contratto", ovvero la "difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (art. 80, comma 1)"⁸⁸².

⁸⁷⁸ In tal senso, GAROFALO M. G., *La certificazione dei rapporti di lavoro ...*, op. cit., p. 784; GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione ...*, op. cit., p. 547. Non è mancato chi ha ipotizzato possibili effetti beneficiosi "anche per la dignità del lavoratore non più tentato di rinnegare la parola data". VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, I, p. 830.

⁸⁷⁹ Sul punto si rinvia a quanto già detto nel § II.1.3. del precedente Capitolo.

⁸⁸⁰ DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e ...*, op. cit., p. 301.

⁸⁸¹ Sul punto, GUADAGNINO A., *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, RGL, 2004, n. 4, pp. 389 e ss. Sottolinea l'irrazionalità, nonché "la conformità al principio costituzionale del buon andamento della Pubblica Amministrazione, di una disposizione che preclude alla P.A. (nella fattispecie all'ente previdenziale o all'amministrazione finanziaria) la possibilità di far valere, se non all'esito di un giudizio di merito, la difformità tra i fatti che sono stati certificati e i fatti successivi, che non sono stati certificati". TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 19/2004, disponibile sul sito internet www.unict.it, pp. 25 e ss.

⁸⁸² Il contratto certificato potrà inoltre essere impugnato anche per vizi del consenso (art. 80, comma 1, ult. Periodo) ovvero - questa volta dinnanzi al Tribunale Amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede la Commissione che ha certificato il contratto - "per violazione del procedimento" (art. 80, comma 5). A questo proposito, il comma 2 dell'art. 80 specifica che "l'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale", mentre, "l'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa". Sul punto, NOGLER

Trattandosi di attività di accertamento della natura giuridica del contratto e, dunque, di operazione che prescinde dal concreto atteggiarsi del rapporto da esso scaturente⁸⁸³, la certificazione rappresenta istituto di chiaro interesse per questo lavoro nella misura in cui sembra contribuire ad alimentare la sensazione del progressivo spostamento dell'attenzione del diritto del lavoro verso il contratto, inteso come negozio giuridico astratto, anche in detrimento della centralità tradizionalmente assegnata al rapporto. L'importanza crescente di una regolazione che incida sull'atto negoziale più che sul riequilibrio della situazione giuridica e di fatto che si determina in ragione di quello costituisce cioè un ulteriore elemento indiziario di un certo spostamento del diritto del lavoro verso un tipo di razionalità più propriamente formale; una razionalità insomma che tende ad emanciparsi da quella giustificazione sociale ed economica che ha costituito fin dalle origini una delle caratteristiche specifiche del diritto del lavoro⁸⁸⁴.

Ma l'interesse per questo istituto nel contesto di questo lavoro si giustifica anche in ragione del fatto che, almeno nelle iniziali intenzioni del Legislatore del 2003, la certificazione avrebbe dovuto svolgere una funzione ulteriore rispetto a quella appena accennata e relativa alla qualificazione del contratto e del programma contrattuale predisposto dalle parti negoziali. Si prevedeva infatti che la certificazione pervenisse all'obiettivo della deflazione del contenzioso sulla qualificazione del contratto anche attraverso un'operazione di "sdrammatizzazione" del problema qualificatorio stesso; sdrammatizzazione da realizzarsi per mezzo del riconoscimento in capo alle parti individuali, adeguatamente assistite da organismi a ciò deputati, del potere di modellare il programma contrattuale sulla base delle loro specifiche esigenze, anche

L., *Il nuovo istituto della «certificazione» ...*, op. cit., pp. 120 e ss.; GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione ...*, op. cit., pp. 558 e ss.

⁸⁸³ "L'accertamento, sul cui presupposto è emesso l'atto di certificazione, consiste non in una ricognizione di fatti ma in una valutazione tecnica o dichiarazione di giudizio sugli effetti del contratto e sulla qualificazione del rapporto che ne deriva". Cfr. GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 284.

⁸⁸⁴ In questo senso, sembra anche RUSCIANO M., *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 343-44 che scrive: "L'istituto della certificazione del rapporto (...) è certamente uno degli istituti più importanti, attraverso i quali osservare la filosofia del cambiamento: non tanto per le sue reali potenzialità a risolvere l'annoso, e persistente, problema della sicura qualificazione giuridica del contenuto e degli effetti di un determinato rapporto di lavoro, quanto piuttosto perché esprime molto bene la nuova, e singolare, idea del legislatore di far prevalere il dato formale su quello sostanziale in un'area di rapporti giuridici, caratterizzata, invece, per la logica delle cose, dalla particolare incisività dei reali rapporti di forza, cioè dal prevalere del dato sostanziale su quello formale".

in deroga alla disciplina disposta imperativamente dalla legge o dal contratto collettivo. Assecondando un'aspirazione diffusa nella dottrina, la certificazione avrebbe dovuto operare cioè anche quale meccanismo di superamento del rigido principio di indisponibilità del tipo contrattuale, attribuendo eccezionalmente all'autonomia privata individuale "assistita"⁸⁸⁵ il potere di procedere alla creazione di fattispecie contrattuali "atipiche"⁸⁸⁶, cioè non previste né disciplinate dalle fonti eteronome.

Il riconoscimento della possibilità di una "rimodulazione individualizzata" delle tutele e, dunque, della creazione di modelli contrattuali variamente articolati sulle concrete ed individuali esigenze delle singole parti contrattuali avrebbe così importato l'autorizzazione alla realizzazione di operazioni di disposizione di diritti del lavoratore non solo *ex post*, ovvero successivamente alla loro integrazione al suo patrimonio giuridico⁸⁸⁷, ma anche *ex ante*, ovvero al momento della

⁸⁸⁵ Sul tema, Voza R., *Norma inderogabile e autonomia ...*, op. cit., pp. 603 e ss.

⁸⁸⁶ Si usa qui il termine "atipicità" in senso tecnico. Sul punto si rinvia al § II.1.1 del precedente Capitolo.

⁸⁸⁷ Questo è quanto stabilisce l'art. 2113 c.c. italiano che ammette la possibilità di rinunce e transazioni su diritti indisponibili derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo a condizione che si tratti per un verso, di diritti già entrati a far parte del patrimonio giuridico del lavoratore e per l'altro, di rinunce e transazioni effettuate in sede di conciliazione sindacale, amministrativa e giudiziale (ultimo comma). Al di là di questi limiti invece le rinunce e transazioni devono considerarsi invalide. Sul tema, PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990. C'è oramai sostanziale accordo in dottrina e in giurisprudenza circa la natura di tale invalidità ascritta al genere dell'annullabilità. Cass. 8 luglio 1988, n. 4525, in GI, 1989, I, p. 1, Cass. 5 novembre 1990, n. 10575, in NGL, 1991, p. 533, Cass. 14 dicembre 1996, n. 11181. Gli eventuali dubbi potevano derivare dal fatto che dai precedenti normativi dell'art. 2113 c.c. (ed in particolare l'art. 17 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 – convertito in legge con l. 18 marzo 1926, n. 562 - sulla disciplina dell'impiego privato e prima ancora l'art. 12 del d.l. 9 febbraio 1919, n. 112), si era cercato di dedurre la necessità di colpire gli atti di disposizione con la più incisiva sanzione della nullità; nullità poi esplicitamente disposta dall'art. 59 del Libro del Lavoro pubblicato come Libro separato prima della pubblicazione del testo coordinato ed unificato del Codice civile. Per una ricostruzione in chiave storica dell'istituto, MAGNANI M., voce *Disposizione dei diritti*, in Digesto, Com., V, Utet, Torino, pp. 53 e ss. Si veda in proposito anche, PROSPERETTI U., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 63 e ss. il quale giustifica il regime dell'annullabilità in ragione del fatto che l'invalidità disposta dall'art. 2113 c.c. non è disposta direttamente a tutela dell'interesse pubblico, bensì serve a proteggere il perseguimento di un più circoscritto interesse (collettivo) della categoria professionale. Nella ricerca del fondamento del precetto, dottrina e giurisprudenza hanno alternato ricostruzioni diverse ed a volte contrastanti, rintracciando la *ratio* dell'irrinunciabilità ovvero dell'intransigibilità dei diritti del lavoratore, ora nel carattere inderogabile della normativa (GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in VASSALLI F., *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1939, pp. 459 e ss.), ora in una presunzione *iure et de iure* di un vizio del consenso del lavoratore derivante da un generale stato di inferiorità del lavoratore (si veda soprattutto la giurisprudenza formatasi sull'art. 17 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825. Così espressamente Cass. 11 gennaio 1939, in DL, 1939, II, p. 146; Cass. 25 gennaio 1939, in MGL, 1939, p. 169 -).

determinazione del programma contrattuale, in deroga al principio generale della indisponibilità dei diritti c.d. futuri⁸⁸⁸.

L'elaborazione di questa seconda interpretazione offriva il vantaggio di poter estendere la disciplina della nullità anche oltre i confini per i quali era stata disposta, ovvero anche oltre la materia dei rapporti impiegatizi. La giurisprudenza però normalmente escludeva l'operatività della nullità sia nel caso di transazioni (dal momento che la transazione non è di per sé un negozio abdicativo, importando al contrario reciproche concessioni che si risolvono in un vantaggio reciproco), sia nel caso di rinunzie intervenute dopo la cessazione del rapporto di lavoro (Cass. 22 marzo 1937, in MGL, 1937, p. 143; Cass. 13 gennaio 1939, MGL, 1939, p. 105; Cass. 30 marzo 1938, MGL, 1938, p. 249) in ragione del fatto che in tale momento la presunzione di minorata capacità giuridica (sia pure relativa) doveva ritenersi superata. *Contra* GRECO, *Il contratto di lavoro..* op. cit. pp. 462 e ss. che invece sottolineava come la costrizione dovuta allo squilibrio di forza economica tra le parti si protraesse ed anzi aumentasse alla cessazione del rapporto, in ragione del fatto che in questo momento alla costrizione psicologica si aggiunge, generalmente, la condizione di bisogno determinata dallo stato di disoccupazione. Inoltre, insistendo sul fatto che "l'indisponibilità dei diritti significa sottrazione di essi al potere della volontà del titolare", ne deduce che il caso di diritti indisponibili quel che manca al lavoratore non è una volontà libera, ma il potere di disposizione che l'ordinamento appunto gli nega -. Il fondamento dell'art. 2113 c.c. è stato infine rintracciato anche sulla base di una speciale incapacità giuridica del prestatore di lavoro sussistente solo nei confronti del datore di lavoro e derivante dalla suo stato di debolezza economica e contrattuale - SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1987, p. 290.; ID, *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giur. compl. Cass. Civ., XXV, pp. 53 e ss. Sul carattere meramente descrittivo di tale forma di incapacità nel diritto del lavoro, PROSPERETTI U., *Le rinunce e le transazioni ...*, op. cit. p. 92 -. Per il sistema e la regolazione dell'indisponibilità/irrinunciabilità dei diritti del lavoratore nell'ordinamento spagnolo, RAMOS QUINTANA M. I., *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

⁸⁸⁸ Le rinunce di diritti derivanti da norme inderogabili effettuate prima che questi siano entrati a far parte del patrimonio giuridico del lavoratore (c.d. rinuncia a diritti futuri) viene infatti tradizionalmente assimilata alla violazione della disciplina inderogabile e sanzionata con la nullità radicale ex art. 1418 c.c. Si puntualizza tuttavia che, a prescindere e anche contro l'eventuale volontà contraria delle parti, "la nullità di singole clausole non importa la nullità del [l'intero] contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative" (art. 1419, comma 2 c.c.). Dal combinato disposto del comma 1 dell'art. 1418 c.c. e del comma 2 dell'art. 1419 c.c. si deduce quindi una parte del meccanismo di funzionamento della norma inderogabile che da un lato, sanziona con la nullità dei comportamenti contrari e dall'altro, impedisce la caducazione dell'intero contratto come conseguenza della nullità di una clausola - sia pure essenziale - nel caso in cui questa venga sostituita di diritto da norme imperative (inderogabilità c.d. reale). L'effetto sostitutivo è infatti indispensabile ai fini della garanzia dell'effettività della *ratio* protettiva del comando stesso, la quale risulterebbe nella sostanza vanificata da una nullità che andrebbe a tutto vantaggio del contraente contro il quale il lavoratore vuole essere protetto. L'eterointegrazione contrattuale è invece regolata in via generale dall'art. 1339 c.c., che disciplina, come è noto, il caso di concorrenza di fonti nella determinazione del regolamento contrattuale. La lettura congiunta delle tre disposizioni menzionate permette di concludere che, nell'attuale ordinamento giuridico, l'effetto sostitutivo è proprio di ogni norma dotata del carattere dell'imperatività "la cui struttura logica e il cui contenuto appaia con essa compatibile". Sul tema, DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano 1976; SMURAGLIA C., *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in RIVA SANSEVERINO L., MAZZONI G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*,

L'attribuzione al meccanismo certificatorio di questa seconda e distinta funzione avrebbe ovviamente rappresentato una svolta di non poco conto nel sistema del diritto del lavoro, tradizionalmente e saldamente ancorato al principio di indisponibilità del tipo contrattuale, caratterizzato dalla natura normalmente inderogabile della disciplina posta a tutela dei prestatori di lavoro e, dunque, al principio della tendenziale e sia pur relativa indisponibilità dei diritti da essa derivanti.

Nonostante un certo allarmismo generatosi all'indomani della pubblicazione del d. lgs. 276/2003, può oggi sicuramente affermarsi che questa distinta e radicale prospettiva non abbia trovato concreta traduzione nel diritto positivo⁸⁸⁹. Le numerose ambiguità nella formulazione della disciplina che avevano alimentato interpretazioni favorevoli all'attribuzione di questa "doppia anima" alla certificazione⁸⁹⁰, sono state risolte dall'interpretazione dottrinale, nonché in gran parte rimosse dall'intervento correttivo operato con il d. lgs. n. 251/2004⁸⁹¹. Se così è, si deve ritenere dunque che l'unica e fondamentale funzione della certificazione così come disciplinata agli artt. 75 e ss. del d. lgs. n. 276/2003 è quella di consentire alle parti del contratto di lavoro di

Cedam, Padova, 1971, II; NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, 2003, n. 2, pp. 509 e ss.; ARANGUREN A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in Enc. Giur. Lav., diretta da MAZZONI G., VII, Padova, 1981, pp. 7 e ss.

⁸⁸⁹ Così la dottrina assolutamente maggioritaria. A titolo meramente esemplificativo si vedano le considerazioni di PERONE G., *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE G., VALLEBONA A., (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 404 e ss.; VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro...*, op. cit., pp. 825 e ss. GAROFALO M. G., *La certificazione dei rapporti di lavoro ...*, op. cit.; RUSCIANO M., *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro ...*, op. cit., p. 347; FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e ...*, op. cit., p. 13.

⁸⁹⁰ In tal senso, tra gli altri, GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit., pp. 285 e ss.; meno convinto, TURSIA A., *La certificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit. *Contra*, BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita nel d. lgs. n. 276/2003*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 16/2004, disponibile sul sito internet www.unict.it. GAROFALO M. G., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, I, pp. 376 e ss.; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti (dopo il d. lgs. n. 276/2003)*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 425 e ss.; SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, RGL, 2003, I, pp. 275 e ss.; TIRABOSCHI M., *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, LD, 2003, p. 114.

⁸⁹¹ Che è intervenuto sull'art. 68 del decreto n. 276/2003 (che, nella precedente formulazione, sembrava ammettere la possibilità di operazioni dispositive sui diritti (futuri) del lavoratore al momento della riconduzione del rapporto di lavoro nell'ambito del lavoro a progetto) e sull'art. 75 estendendo la possibilità di ricorrere alla procedura di certificazione con riguardo alla qualificazione di un qualunque contratto di lavoro. Sul punto, si rinvia a FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e ...*, op. cit., pp. 13 e ss.

ricorrere ad organi terzi affinché assicurino il corretto inquadramento del programma contrattuale elaborato all'interno di una delle tipologie contrattuali messe loro a disposizione dall'ordinamento e ciò senza che, per questa via, si possa procedere ad un adeguamento della disciplina imperativa alle specifiche esigenze del caso concreto al di là dei limiti fissati inderogabilmente dall'ordinamento.

Ferma restando la finalità dell'istituto così come definita dallo stesso decreto legislativo, appare adesso opportuno cercare di fissare solo alcuni punti essenziali della disciplina, funzionali a chiarire i rapporti tra certificazione e autonomia individuale, nonché utili a sgomberare il campo da possibili equivoci a cui si potrebbe essere indotti dalla non sempre felice formulazione delle norme.

Occorre subito precisare che oggetto della procedura di certificazione non è (né potrebbe essere) la qualificazione del contratto operata dalla parti. Come è noto e come già efficacemente chiarito⁸⁹², la qualificazione dell'accordo contrattuale non è infatti attività imputabile alle parti, bensì operazione affidata necessariamente all'ordinamento – secondo il broccato latino *iura novit curia* -⁸⁹³.

Esclusa la possibilità di pervenire, attraverso la certificazione, ad un assetto di interessi diverso da quello imposto autoritativamente dalla disciplina inderogabile⁸⁹⁴ ed escluso pure che con la certificazione si pervenga ad una validazione preventiva della qualificazione giuridica operata dalle parti (che continua a rimanere sostanzialmente irrilevante), occorre anche escludere che la certificazione integri gli estremi di requisito (di forma) indispensabile alla efficace costituzione del vincolo contrattuale. Quest'ultimo, infatti, al pari di quanto avviene in generale per il perfezionamento di qualunque contratto, si instaura efficacemente sulla base del mero accordo mutuo tra le parti (salvo le ipotesi di forma vincolata volontaria ai sensi dell'art. 1352 c.c. ovvero obbligatoria nelle ipotesi in cui sia previsto dalla legge), prima e a prescindere dalla certificazione. Da questo punto di vista, appare assolutamente

⁸⁹² Sentenze Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121 in Foro It., 1993, I, c. 2432; 31 marzo 1994, n. 115, in RIDL, 1995, II, p. 277 con nota de Avio A., *La subordinazione ex lege non è costituzionale*. Per la dottrina, D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1995, I, pp. 63 e ss. e ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 189 e ss.; MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD, 1993, pp. 21 e ss.; MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema di diritto del lavoro*, DLRI, 1991, pp. 455 e ss.; e, più recentemente, SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, RIDL, 2001, I, pp. 95 e ss.

⁸⁹³ NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, DLRI, 2004, p. 209.

⁸⁹⁴ VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione ...*, op. cit.; Tiraboschi M., *La c.d. certificazione dei lavori atipici e la sua tenuta giudiziaria*, in in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 118.

condivisibile l'affermazione secondo la quale la certificazione è istituito che “si colloca fuori all'esterno della fattispecie: non può essere considerata elemento di tale fattispecie (sarebbe quindi errato immaginare una fattispecie a formazione successiva); né l'atto di certificazione potrebbe essere considerato elemento (o requisito) della efficacia del contratto”⁸⁹⁵.

Con riferimento all'autonomia contrattuale, si discute anche se la certificazione possa o debba implicare pure un'attività di indagine sull'effettiva volontà delle parti. A questo proposito è possibile sostenere che sebbene non possa parlarsi di “certificazione di volontà”⁸⁹⁶, è anche vero che l'operazione di qualificazione del contratto non esclude un'indagine sulla volontarietà del programma e dunque degli effetti derivanti dal contratto che ci si propone di certificare⁸⁹⁷. Anzi proprio il riferimento al necessario espletamento da parte delle sedi di certificazione anche di “funzioni di consulenza ed assistenza effettiva alle parti contrattuali” (di cui parla l'art. 81 d. lgs. n. 276/2003) lascia presupporre che l'indagine dell'effettiva volontà delle parti debba essere inclusa tra le attività che conformano la procedura di certificazione. Torneremo su questo punto.

Vero è semmai che la specialità del sistema di diritto del lavoro impone, come regola generale, che il procedimento di qualificazione del contratto venga condotto tenendo in speciale considerazione le modalità

⁸⁹⁵ In tal senso, GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit., p. 284. Contra, TREMOLADA M., *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, RIDL, 2007, n. 3, pp. 311 e ss. secondo il quale “il perfezionamento del contratto oggetto di certificazione si realizza nel corso del procedimento amministrativo”

⁸⁹⁶ In tal senso, GARGIULO U., *Natura ed effetti del negozio certificato*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 322 che a tal proposito scrive: “E' dunque improprio parlare di certificazione di volontà: questa presupporrebbe un'indagine di tipo psicologico, “introspettivo”, estranea, sotto ogni profilo, al soggetto che certifica”. Contra, TREMOLADA M., *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata ...*, op. cit., p. 315.

⁸⁹⁷ Da intendere nel senso che, sebbene la qualificazione del contratto non dipenda dalla volontà delle parti bensì dal contenuto concreto del programma contrattuale da esse predisposto (e dalle concrete modalità di attuazione dello stesso), l'organo certificatore, nel prestare la propria consulenza ed assistenza, può in principio cercare di verificare la consapevolezza delle diverse conseguenze giuridiche che derivano dall'inquadramento della fattispecie concreta all'interno dell'una o dell'altra modalità contrattuale. E' chiaro altresì che “l'organo preposto alla certificazione non potrà giammai assicurare la totale libertà di formazione del consenso e l'esclusione di qualsiasi condizionamento” (GARGIULO U., *Natura ed effetti del negozio certificato ...*, op. cit., p. 324 che sottolinea come non a caso si riconosce la possibilità di impugnazione del contratto certificato anche per “vizi del consenso” – art- 80, comma 1), bensì unicamente preoccuparsi di fornire alle parti (e soprattutto al prestatore) un'adeguata informazione circa le conseguenze giuridiche derivanti dal contratto che si è inteso stipulare.

concrete di esecuzione del programma contrattuale inizialmente convenuto, a prescindere cioè dalle dichiarazioni negoziali delle parti contenute nel contratto (qualunque ne sia la forma). Come scriveva D'Antona, “nel campo di applicazione del diritto del lavoro, insomma, la qualificazione prevale sulla interpretazione perché la *voluntas legis* si impone ai privati ogni volta che, indipendentemente dalla dichiarazione negoziale e dal regolamento concordato, l'assetto di interessi che si realizza nell'attuazione del rapporto configura la subordinazione”⁸⁹⁸. Da ciò discende quella che lo stesso autore definisce “la specificità del procedimento di classificazione nel diritto del lavoro”, in cui l'interpretazione della comune volontà delle parti tende a svolgere un ruolo tutto sommato assai marginale ed, in ogni caso, si rivela sempre incapace di imporsi ogni qual volta si manifesti una divergenza tra contenuto delle dichiarazioni negoziali ed attuazione effettiva del rapporto⁸⁹⁹.

Dal momento che l'operazione di qualificazione che si realizza per mezzo dell'esperimento della procedura di certificazione del contratto prescinde inevitabilmente dalle concrete modalità di attuazione del rapporto, realizzandosi in un momento logico e temporale antecedente allo stesso⁹⁰⁰, sembrerebbe che con l'introduzione di questo istituto si sia (più o meno consapevolmente) teso ad assecondare quelle impostazioni teoriche che cercano appunto di attribuire valore preminente all'interpretazione dell'accordo sulla qualificazione del rapporto. Valore preminente, ma giammai assorbente, in ragione della persistenza del vincolo insormontabile del principio dell'indisponibilità del tipo, con tutte le conseguenze che ne derivano⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo ...*, op. cit., p. 204 che prosegue “In conclusione, nel diritto del lavoro non è l'interpretazione del regolamento voluto dalle parti a stabilire la natura del contratto, ma è la qualificazione in base alla natura obiettiva del rapporto a modellare la volontà delle parti entro uno schema contrattuale tassativo, in funzione di un ordine che, pur essendo fondato sulla volontarietà del vincolo, rispecchia interessi (collettivi, pubblici) in larga misura superiore ai loro”.

⁸⁹⁹ In tal senso, anche FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione ...*, op. cit., p. 8.

⁹⁰⁰ Pur accogliendo l'interpretazione che ammette la possibilità di ricorrere alla certificazione anche in corso di svolgimento del rapporto (D'ANDREA, *L'istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, Lav. Prev. Oggi, 2004, pp. 24 e ss.; PERONE G., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit., p. 406.), “vi è da chiedersi di quali strumenti istruttori possa disporre l'organo competente per stabilire quale sia stata la condotta effettiva”. Cfr. GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione ...*, op. cit., p. 554.

⁹⁰¹ Di ciò è perfettamente cosciente il Legislatore che, come non poteva essere altrimenti, lascia aperta la possibilità del ricorso giurisdizionale per l'ipotesi di difformità tra programma negoziale e attuazione del rapporto (art. 81, comma 1).

Da questo punto di vista può essere interpretata anche la rilevanza dell'atto di certificazione in termini di pubblicità⁹⁰² e soprattutto di prova. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto (l'efficacia probatoria), in particolare, sembra doversi condividere l'opinione secondo la quale questa sarebbe assimilabile a quella che la giurisprudenza è portata spesso ad assegnare al *nomen iuris* – inteso non solo come autoqualificazione del rapporto operata dalle parti individuali, bensì più in generale, come il complesso delle dichiarazioni negoziali contenute nel contratto che indicano la struttura della obbligazione lavorativa⁹⁰³.

Ritornando sia pure brevemente sull'esigenza di un'attività di assistenza e consulenza delle parti dovuta alle parti dall'organo incaricato di certificare il contratto (art. 81, comma 1), accertato che non si tratta, ne potrebbe, di attività funzionale ad assistere le parti in operazioni di disposizione di diritti futuri⁹⁰⁴, bensì unicamente di attività di mero supporto all'attività primaria degli organi di certificazione (la

⁹⁰² A parte l'art. 79 d. lgs. n. 276/2003 che gli effetti della certificazione “permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari”, l'efficacia notoria dell'atto di certificazione si deduce dall'art. 78, comma 3, che oltre ad imporre alle sedi di certificazione la conservazione dei contratti di lavoro certificati e della relativa pratica per almeno 5 anni a far data dalla loro scadenza, riconosce la possibilità per le autorità pubbliche alle quali si estendono gli effetti della certificazione di chiedere copia del contratto certificato.

⁹⁰³ Sul punto anche D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo ...*, op. cit., p. 195 che scrive a proposito della proliferazione sociale e giuridica di modelli di lavoro e di lavoratore che si discostano in maniera più o meno sensibile dal prototipo socialtipico che essi: “rivalutano il contratto individuale come strumento indispensabile di programmazione dei vincoli e dei costi della prestazione lavorativa entro l'assetto organizzativo prescelto dal «datore di lavoro» (proprio dalla esigenza di prevedibilità dei vincoli e dei costi dell'assetto organizzativo in questa area variegata, trae alimento la tendenza giurisprudenziale ad assegnare rilievo al *nomen iuris* allo scopo di escludere la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato”. Sul punto si rinvia anche a quanto già analizzato nel § V. I. del Secondo Capitolo di questo lavoro.

⁹⁰⁴ L'equivoco era derivato dall'ambigua formulazione dello stesso art. 81 che riferisce tale assistenza anche “alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro”. A maggior abbondanza il comma 4 dell'art. 78 parla di “codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi” da emanarsi da parte del Ministero del Lavoro sulla base delle “indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Da ciò una parte della dottrina aveva dedotto l'attribuzione alla certificazione anche di una funzione di autorizzazione all'autonomia privata alla creazione di rapporti di lavoro atipici in senso tecnico (cioè non previsti dall'ordinamento). GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit., p. 287: “La certificazione viene così utilizzata quale strumento per la integrazione e non solo per la qualificazione del contratto individuale; e tale integrazione viene affidata ai codici di buone pratiche raccordati alla contrattazione collettiva”.

certificazione del contratto, appunto), il riferimento alla necessità di un'assistenza "effettiva" da parte degli organi certificatori lascia presupporre che si tratti di attività funzionale ad assicurare al prestatore l'esatta e completa comprensione delle informazioni che gli sono dovute, in funzione della garanzia della piena consapevolezza (e dunque della responsabilità) degli effetti dell'operazione economica realizzata⁹⁰⁵. L'assistenza così prestata insomma, analogamente a quanto si è visto in materia di forma vincolata, sembrerebbe operare nel senso di sostenere l'autonomia deliberativa del lavoratore nella fase di costituzione del rapporto. Trattandosi tuttavia di un supporto che si realizza unicamente sul piano informativo, scontrerà ovviamente tutti i limiti derivanti dalla disparità di forza contrattuale che l'informazione non è in grado di compensare⁹⁰⁶.

Il corretto inquadramento dell'istituto nell'ambito del diritto del lavoro permette di collocare la certificazione nel contesto di quel processo di progressiva e sempre più marcata rivalutazione della valenza strategica dell'informazione quale elemento funzione al riequilibrio delle posizioni di potere e soggezione che si generano nel contratto (e nel mercato), in una sostanziale reinterpretazione della posizione di debolezza del lavoratore in chiave informativa. La finalità informativa della procedura di certificazione sul lato del prestatore di lavoro sembra tra l'altro venir confermata dallo stesso art. 78 nella misura in cui, nel delineare i principi cui informare la determinazione della procedura di certificazione di ciascun organo a ciò abilitato, impone la necessaria indicazione nell'atto di certificazione del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere (art. 78, comma 2, lett. c), nonché della espressa menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali la certificazione è stata sollecitata dalle parti (art. 78, comma 2 lett. d).

Se è vero tuttavia che il 70% delle istanze di certificazione sono state promosse in relazione alla qualificazione del contratto come di lavoro a progetto ed in genere nell'ambito di rapporti che vedono coinvolti "lavoratori altamente qualificati in possesso di tutte le informazioni relativamente alle condizioni di lavoro applicate al rapporto"⁹⁰⁷, anche la funzionalità informativa della procedura perde gran parte del proprio interesse.

⁹⁰⁵ In tal senso, FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore ...*, op. cit., pp. 127 e ss. che, in questo modo, si propone di "recuperare una qualche utilità di questo nuovo istituto con il pensare alla sede di certificazione come ad un'importante opportunità informativa per le parti contraenti".

⁹⁰⁶ E' evidente infatti che non si può escludere a priori che l'organo certificatore si limiti a ratificare la scelta imposta dal datore di lavoro. In tal senso, GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione ...*, op. cit., pp. 546 e ss.

⁹⁰⁷ BRINO V., *La certificazione di lavoro tra qualificazione ...*, op. cit., p. 417.

Infine, merita la pena sottolineare come una parte importante della dottrina giuslavoristica abbia visto nell'istituto della certificazione anche una manifestazione di quel processo di svalutazione del ruolo del sindacato, già fortemente penalizzato dalla riforma del 2003 nel suo complesso, relegato al ruolo di mero supporto alla volontà individuale del lavoratore singolarmente considerato. Da questo punto di vista e senza addentrarci nella questione (che esula dall'oggetto di questo lavoro), la certificazione è stata anche valutata come una delle manifestazioni del fenomeno della individualizzazione dei rapporti di lavoro⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ Minimizzano questo effetto, TURSÌ A., *La certificazione dei contratti di lavoro ...*, op. cit., pp. 19 e ss.; Zoppoli L., *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 335 e ss.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

“Ritorno al contratto” e rinascita del “formalismo giuridico”.

Obiettivo di questo lavoro è stato quello di verificare l'influenza esercitata sulla conformazione del diritto del lavoro di quelle proposte che con sempre maggiore insistenza auspicano un sostanziale recupero del ruolo del contratto individuale. In particolare, speciale attenzione è stata dedicata a quelle prospettive che intendono e giustificano la necessità di un più o meno radicale “ritorno al contratto”, sulla base della necessità di assicurare al lavoratore più ampi margini di espressione della propria autonomia; ovvero, in definitiva, sul presupposto secondo il quale il contratto debba nuovamente essere considerato quale strumento privilegiato di autodeterminazione anche nel lavoro.

L'analisi è stata condotta da un pluralità di punti di vista diversi, tutti pur sempre preordinati, nelle nostre intenzioni, a fornire quegli strumenti interpretativi e valutativi indispensabili a comprendere non solo la portata oggettiva di questo “ritorno al contratto”, ma anche - e per quanto possibile - il significato profondo di tale rinnovamento. Si è cercato insomma un'approssimazione al diritto positivo che tenesse conto anche delle trasformazioni di significato e di valore che ha sperimentato la considerazione, sociale, giuridica e politica del lavoro nei moderni sistemi giuslavoristici.

Si è visto così che, già da qualche decennio il diritto del lavoro si è orientato nel senso di attribuire un certo protagonismo al contratto. Nel corso degli anni '80 e '90, il recupero del ruolo del contratto e dell'autonomia privata individuale si è prodotto essenzialmente quale effetto indiretto del sostanziale processo di *destandarizzazione* del modello unitario di inquadramento giuridico del fenomeno del lavoro subordinato. La riarticolazione del tipo *standard* di contratto di lavoro a tempo pieno e durata indeterminata in una pluralità di tipi/sotto-tipi distinti, tutti dotati di un loro specifico statuto giuridico ha comportato senz'altro una certa esaltazione della funzione genetica del contratto individuale quale effetto della diversificazione delle discipline applicabili. Allo stesso tempo, la moltiplicazione tipologica ha aperto nuove possibilità di espressione dell'autonomia individuale (datoriale), abilitata (quando non anche a determinare parti importanti della disciplina applicabile, quantomeno) a scegliere tra un universo sempre più composito di fattispecie contrattuali quella maggiormente rispondente ai propri specifici bisogni e alle proprie esigenze produttive e organizzative.

Il rafforzamento della funzione genetica del contratto è derivato poi da una certa rivalutazione del principio consensualistico nel procedimento di qualificazione giudiziale del rapporto. Si è visto infatti che la giurisprudenza per un verso, ha teso verso un più o meno marcato irrigidimento delle tecniche e dei criteri qualificatori; mentre per l'altro, ha riassegnato una certa importanza all'interpretazione della volontà delle parti - al contenuto delle dichiarazioni negoziali - ai fini della riconduzione del rapporto nell'ambito della autonomia o della

subordinazione. La centralità del contratto è conseguita dunque anche come effetto della sostanziale inversione della tradizionale tendenza espansiva del campo di applicazione del diritto del lavoro. L'irrigidimento delle tecniche di qualificazione; il recupero del ruolo del *nomen iuris*, almeno nei casi dubbi; una diversa interpretazione della presunzione di esistenza del contratto di lavoro, quando non anche direttamente l'esclusione per via legislativa di gruppi determinati di lavoratori dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro, nella misura in cui orientano verso l'autonomia, riattribuiscono al contratto tutte le proprie potenzialità espressive.

L'attenzione crescente del Legislatore per il momento della stipulazione del contratto e, più in particolare, per il momento dell'accesso al lavoro e della costituzione del rapporto sembra venir confermata dall'analisi della legislazione più recente. Quest'ultima per un verso, prosegue nell'operazione di destandardizzazione dei modelli di acquisizione del lavoro da parte delle imprese, per l'altro sembra dedicare importanza crescente alla fase genetica, quella della costituzione del rapporto di lavoro.

Ne ha costituito manifestazione evidente la generalizzazione della regola della forma vincolata di manifestazione del consenso in tutti i casi di accesso a forme di impiego atipiche o flessibili. Si è visto infatti che a fronte di un antico e consolidato principio antiformalista che ha ispirato la disciplina lavoristica fin dalle sue origini, si sta assistendo ad una sostanziale stabilizzazione del formalismo relazionato con la conclusione di tutti quei contratti che per le più distinte ragioni si considerano "devianti" rispetto a quello che continua ad essere il modello *normale* e preferente: il contratto a tempo pieno e durata indeterminata. Altro esempio paradigmatico della crescente importanza attribuita alla regolamentazione della fase della costituzione del rapporto di lavoro è quello relativo all'introduzione di un altrettanto generale obbligo di informazione in favore del lavoratore quale parte negoziale, come effetto della conclusione di un qualunque contratto di lavoro (imposto dalla normativa comunitaria). E così, a fronte di una sostanziale liberalizzazione del sistema delle assunzioni – del collocamento – si assiste all'introduzione di nuove forme di procedimentalizzazione della fase genetica del rapporto.

Se la prescrizione degli obblighi di forma e di quelli di informazione individuale rinvigoriscono il formalismo, quest'ultimo finisce per esaltare anche il contratto. È per questo che si è sostenuto l'esistenza di un nesso di interdipendenza tra "rinascita del formalismo" anche nel diritto del lavoro e recupero del contratto individuale. Si è visto così che tale recupero si è realizzato, nel diritto più recente, non solo attraverso una diversa definizione della distribuzione del potere normativo tra le diverse fonti di regolamentazione del rapporto (legge, contratto collettivo e contratto individuale); non solo dunque quale effetto del riconoscimento di più ampi margini di operatività e di

espressione del c.d. “diritto auto imposto”. Essa si è manifestata – in forme forse meno esplicite, ma non per questo meno intense – anche quale conseguenza di un processo di progressivo rinnovamento nelle tecniche di posizione e nel punto di incidenza delle norme lavoristiche.

Informazione e autodeterminazione.

Nel tentativo di esplorare il significato profondo di questa sorta di rinnovamento metodologico nel diritto del lavoro si è partiti dalla considerazione della crescente importanza attribuita dal diritto del lavoro all'elemento dell'informazione - intesa quale processo conoscitivo funzionale alla conoscenza, alla consapevolezza ed alla responsabilità individuale -; informazione perseguita sul lato del lavoratore tanto attraverso il riorientamento delle funzioni della forma vincolata del contratto, quanto attraverso la predisposizione di meccanismi di obbligata trasmissione delle informazioni disponibili dall'una all'altra parte del rapporto (obblighi di informazione individuale).

Per quanto riguarda in particolare le prescrizioni di forma per l'accesso al lavoro flessibile, si è visto che queste, più che finalizzate ad assicurare (solo) la possibilità di un più agile e effettivo controllo pubblico sul regolare utilizzo da parte dei privati delle diverse modalità contrattuali messe loro a disposizione dall'ordinamento, si orientano anche verso funzioni a carattere più propriamente privatistico-individuale. Sembra in altre parole attribuirsi alla forma vincolata anche una funzione eminentemente individual-informativa circa le caratteristiche dell'operazione economica che ci si appresta a realizzare, che rafforza e riorienta la tradizionale funzione di “responsabilizzazione del consenso”. La forma, più che a richiamare l'attenzione del lavoratore sugli elementi di deviazione che il contratto che si appresta a concludere presenta rispetto al modello *standard* a tempo pieno e durata indeterminata, sembra funzionalizzata ad assicurare, sul lato del lavoratore, una più completa informazione e dunque conoscenza degli effetti che derivano dalla stipulazione del contratto; e dunque, ad attivare e responsabilizzare il lavoratore in ordine alla cura e alla promozione delle propria posizione personale e professionale.

Ma l'attribuzione di una inedita valenza strategica all'informazione sul piano individuale, quale preconditione per un effettivo riequilibrio delle posizioni delle parti nel contratto e nel rapporto è testimoniata anche dall'introduzione di uno specifico obbligo di informazione individuale posto a carico del datore di lavoro come effetto della conclusione di un qualunque contratto di lavoro. Adeguatamente informato circa le caratteristiche fondamentali della proposta datoriale e del contratto effettivamente concluso, il lavoratore viene così (almeno

astrattamente) messo nelle condizioni di poter meglio valutare la convenienza, la regolarità e la conformità alle proprie legittime aspirazioni professionali e personali dell'una e dell'altro.

L'effetto informativo che deriva dalla disponibilità di un documento scritto che riproduce le caratteristiche del contratto stipulato quale conseguenza tanto della prescrizione della forma vincolata di prestazione del consenso, quanto dalla imposizione di obblighi generali di informazione a suo favore, si traduce così in un *potenziale* rafforzamento della sua posizione nel contratto e nel rapporto. Conoscenza e responsabilità vengono dunque perseguite in ragione della loro considerazione quali condizioni preve e imprescindibili per consentire al lavoratore di provvedere autonomamente e personalmente alla promozione dei propri interessi e alla difesa dei propri diritti.

Alla base di questa per molti aspetti inedita valenza strategica attribuita al momento informativo sembra porsi, a mo' di presupposto implicito, una diversa considerazione della posizione di debolezza del lavoratore nel contratto e nel rapporto. Questa viene vieppiù interpretata quale effetto (anche) dell'esistenza di una situazione di "asimmetria informativa" tra le parti negoziali che, determinando un sostanziale disequilibrio nella contrattazione, inficerebbe la possibilità di esprimere pienamente e liberamente la propria autonomia attraverso la manifestazione della propria volontà negoziale. La posizione di svantaggio del lavoratore viene dunque vieppiù ricostruita (anche) in termini di *deficit* informativo; *deficit* che, come si è visto, si è cercato di colmare tanto attraverso un rinnovamento funzionale delle prescrizioni relative alla forma di manifestazione del consenso negoziale, quanto attraverso l'elaborazione di meccanismi che consentano una più efficace trasmissione tra le parti delle informazioni relative al complesso di situazioni giuridiche nascenti quale effetto della stipulazione del contratto.

Formalismo giuridico e rinnovamento metodologico nel diritto del lavoro.

Analizzato dal punto di vista delle tecniche normative, l'esaltazione della valenza strategica dell'informazione nel diritto del lavoro comporta la possibilità di interpretare le novità legislative anche sotto il profilo del rinnovamento metodologico.

A fronte di un diritto del lavoro costituitosi storicamente sul presupposto dell'irrelevanza della volontà del lavoratore, ritenuta sempre e necessariamente volontà "viziata" da uno stato di bisogno che gli deriva dalla subalterna posizione che occupa nel processo produttivo, il recupero del ruolo del contratto aspira a rappresentare la necessità di un ammodernamento del diritto del lavoro che si manifesti anche attraverso il recupero di strumenti regolativi che, senza sostituirsi alla libere

determinazioni del lavoratore, ne assicurino le possibilità di autodeterminazione. È evidente la critica sottesa ad un diritto del lavoro imperniato sull'utilizzo dello strumento della norma inderogabile, la quale garantendo sempre e comunque la prevalenza della disciplina eteronoma sulle possibili difformi pattuizioni delle parti, agisce nel senso di preselezione discrezionalmente e di attribuire autoritativamente i beni (giuridici) di cui si crede il lavoratore abbia bisogno, prima e a prescindere dalla previa considerazione delle specifiche, autentiche e concrete aspirazioni ed esigenze di "un lavoratore in carne ed ossa".

In questo senso, la proposta del ritorno al contratto esprime anche un'esigenza di rinnovamento e di rilegittimazione della disciplina lavoristica, nell'aspirazione che questa riesca a perseguire l'obiettivo della tutela del lavoro in forme più rispettose del valore e della centralità della persona che lavora; che si strutturi intorno a principi e tecniche di regolamentazione che assicurino al lavoratore la possibilità di sottrarsi da quella considerazione meramente passiva e negativa, di ontologico bisogno, in cui anche un diritto del lavoro autoritario e paternalista avrebbe contribuito a relegarlo; che, in definitiva, permetta l'autodeterminazione.

È così, la prospettiva di un diritto del lavoro che, riassegnando al contratto un ruolo di primaria importanza nella sistematica della disciplina, persegua l'obiettivo di un rinnovamento metodologico, si intreccia e presuppone anche una diversa considerazione della strutturale disuguaglianza del rapporto di lavoro e alla cui compensazione si dirige istituzionalmente il diritto del lavoro.

Si è detto, infatti, che, se il diritto del lavoro delle origini nasce come reazione alla concezione individualistica e formalistica del diritto civile in funzione della necessità di veder riconosciuta (e corretta) la sostanziale disuguaglianza di potere e libertà tra le parti del rapporto di lavoro, il "ritorno al contratto individuale" serve oggi quale veicolo di espressione non già più solo di una disuguaglianza verticale (tra datore e prestatore di lavoro), bensì anche e soprattutto orizzontale, tra lavoratori; serve insomma a denunciare l'esistenza di una pluralità di interessi diversi quando non anche contrapposti tra appartenenti alla medesima *classe*⁹⁰⁹.

L'obiettivo è quello della "riscoperta dell'individuo" all'interno di un diritto anonimo e massificato, costruito su di un prototipo astratto di lavoratore – maschio, adulto, nazionale, scarsamente qualificato - e di lavoro – quello della grande impresa industriale – in via di generale superamento; è quello del riconoscimento in capo al lavoratore in quanto singolo di una maggiore e più attiva partecipazione alla determinazione

⁹⁰⁹ In tale senso, CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización del las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp. 402 e ss.; DUEÑAS HERRERO L. J., *¿Transgresión o transformación en el ...*, op. cit., p. 11.

del punto di incidenza del diritto del lavoro sulla propria autonomia decisionale ed esistenziale.

La prospettiva è senz'altro affascinante e ricca di interessanti implicazioni e prospettive ancora in gran parte inesplorate.

La riscoperta della valenza “catartica” del contratto e le interrelazioni con il dibattito sulla “crisi” del diritto del lavoro.

Da questo angolo visuale, il contratto - quale schema giuridico astratto al quale ricondurre giuridicamente il fenomeno del lavoro subordinato - riscopre oggi tutta la sua valenza “catartica”; torna prepotentemente a rappresentare quella tensione ideale che gli è strutturalmente immanente verso valori fondamentali quali quelli della libertà, di uguaglianza e di emancipazione. Si ripropone con forza l'accattivante rappresentazione del lavoratore quale soggetto nuovamente libero e responsabile, capace ed emancipato da quella condizione di ontologico bisogno, in cui lo avrebbe relegato una disciplina anonima e massificata che, con la scusa di proteggerlo, avrebbe finito per soffocarne aspirazioni ed esigenze di affermazione e di autorealizzazione personale e professionale. L'autonomia individuale sembra venir reinterpretata nuovamente quale strumento in grado di esprimere una nuova e insospettabile potenzialità garantista per il lavoratore subordinato⁹¹⁰; e il contratto diventa lo strumento attraverso il quale assicurare la penetrazione dei diritti fondamentali nel rapporto ovvero recuperare la corrispettività tra le prestazioni.

Da questo punto di vista, speciale interesse rivestono quei tentativi dottrinali che, partendo dalla necessità di una nuova costituzionalizzazione del rapporto di lavoro, cercano di ricostruire la complessa dinamica dei diritti fondamentali non solo quale complesso di limiti *esterni* posti dall'intervento eteronomo alla tendenza autoritaria e dispotica insita nel contratto, quanto piuttosto elementi che si integrano e conformano nella sua stessa struttura. Si tratta cioè di studi orientati a riscoprire il contratto di lavoro quale supporto di elementi personalissimi del lavoratore individualmente considerato⁹¹¹.

⁹¹⁰ Cfr. DURAN LÓPEZ F., SAEZ LARA C., *Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo*, RL, 1991, n. 20-21, pp. 108 e ss.

⁹¹¹ VALDÉS B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997; SANTOS FERNÁNDEZ M. D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005.

Nel primo Capitolo di questo lavoro si è visto come, in epoca liberale, la soluzione contrattuale aveva rappresentato la risposta – al tempo stesso rivoluzionaria e reazionaria – del nuovo ordine costituito ad un duplice ordine di questioni. Da un lato, la contrattualità rifondava lo Stato in senso liberale e conformava la società sulla base del valore centrale della eguale libertà, di una libertà cioè che prescindeva e si astraeva dalle condizioni sociali di origine del singolo e scardinava il sistema dei privilegi feudali; dall'altro lato e contemporaneamente, il ricorso allo schema contrattuale e l'utilizzo delle categorie civilistiche assicurava alla classe dominante la possibilità di contenere ed in certa misura neutralizzare le potenzialità destabilizzanti di un fenomeno – quello del lavoro industriale – e di un sistema sociale ed economico – quello capitalista - che minacciava di sovvertire quello stesso ordine costituito.

Quella contrattualista rappresentò in seguito anche la reazione democratica e pluralista alla considerazione gerarchica ed autoritaria di cui il lavoro era stato fatto oggetto durante il periodo corporativo fascista. Il recupero delle categorie civilistiche rappresentò così la risposta ad un progetto totalitario e antidemocratico che, negando il contratto, aveva in realtà finito per negare quegli stessi valori democratici e di libertà che questo ingloba nella sua stessa struttura.

In qualche modo, adesso, il circolo torna a chiudersi e l'esaltazione del ruolo del contratto ripropone con rinnovata intensità quella stessa istanza di liberazione ed emancipazione; quella stessa tensione ideale verso l'autodeterminazione e l'autorealizzazione. La valenza *catartica* dell'istituto contrattuale si manifesta oggi *paradossalmente* proprio in relazione alla stessa disciplina lavoristica che si dice, costruendosi aprioristicamente sul presupposto del disconoscimento dell'autonomia individuale e dunque della dimensione dell'autorealizzazione, avrebbe finito per rinnegare persino se stessa.

Evidenti appaiono i condizionamenti e le influenze esercitate dal dibattito innescatosi negli anni '80 e arricchitosi e sviluppatosi soprattutto nel corso della decada successiva su quella che - non senza una certa dose di enfaticità - è stata definita la "crisi" del diritto del lavoro; crisi dei principi ispiratori, delle categorie dogmatiche e della strumentazione tradizionale, crisi sistemica e di legittimazione della sua stessa esistenza come ramo separato - anche se non indipendente - dell'ordinamento giuridico generale.

Si è visto infatti come a fronte della complessivizzazione del panorama istituzionale, politico e sociale e della necessità di rimediare alle gravi conseguenze in termini sociali ed economici derivati dalle profonde trasformazioni che hanno interessato il sistema economico, il processo produttivo e le strategie organizzative delle imprese, il diritto del lavoro ha reagito sottoponendosi ad un processo di revisione, di ripensamento critico generale delle proprie strutture; ad un

“ammodernamento” inizialmente giustificato sulla base della necessità di dare risposte alle esigenze imprenditoriali di contenimento del costo del lavoro - anche per via di una importante contrazione e di un generale abbassamento del livello delle tutele sul piano normativo - e, più in generale, di flessibilizzazione/deregolamentazione della disciplina. L’abbassamento del livello di tutela del lavoro è stato cioè inizialmente giustificato sulla base della necessità - considerata inevitabile ed impellente - di dare risposte giuridiche concrete alle esigenze di diversificazione e razionalizzazione efficientistica della gestione della forza di lavoro fuori e dentro dell’impresa, in un contesto - quando non sempre di recessione, quanto meno - di trasformazione e intensificazione di una competizione economica estesasi a livello planetario. L’esigenza insomma è stata quella di assecondare le richieste imprenditoriali di flessibilità/deregolamentazione della disciplina lavoristica, sul presupposto che ciò avrebbe comportato effetti benefici complessivi sul sistema produttivo e in definitiva anche sui livelli occupazionali, gravemente compromessi dai processi di ristrutturazione e di riorganizzazione della produzione e dell’economica su scala mondiale.

Gli inevitabili e indiscutibili effetti negativi prodottisi sul livello generale protezione e sulle capacità di autorganizzazione della massa sempre più disomogenea e frammentata di lavoratori quale conseguenza di questo riorientamento del diritto del lavoro verso gli imperativi di una flessibilità concepita e perseguita restrittivamente a vantaggio esclusivo dell’impresa, hanno generato un malessere sociale che si è riverberato a livello sindacale, politico e giuridico in un complesso dibattito sulle interrelazioni tra flessibilizzazione della disciplina e precarietà esistenziale e professionale, e in definitiva, in un dibattito sulla “percorribilità” di un processo di ammodernamento della disciplina che rischia di compromettere la stessa sostenibilità del sistema.

È a questo punto, si crede, che l’interrelazione costruita tra crisi del diritto del lavoro e flessibilità quale “formula magica” per uscire dalla stessa, ha avuto bisogno di agganciare la propria sostenibilità ad un radicale rinnovamento della propria legittimazione. È a questo punto che il dibattito sulla flessibilità, intesa come processo di redistribuzione del potere normativo tra le diverse fonti di disciplina a vantaggio del contratto individuale, ha avuto bisogno di legittimarsi sul presupposto secondo il quale la rivalutazione dell’autonomia privata costituisce non tanto un “male necessario”, indotto dalla difficile situazione economica ed occupazionale, ma anche e soprattutto la risposta ad esigenze ed aspirazioni che si vanno agitando con intensità crescente anche sul lato del lavoro. È a questo punto insomma che il fondamento chiaramente economicistico di una flessibilizzazione sostanzialmente orientata ad un’attenuazione della tradizionale svalutazione del ruolo del contratto individuale nel diritto del lavoro ha iniziato a sfumare - senza tuttavia perdere di centralità -. Al suo posto si è imposta un’argomentazione che vuole legittimarsi anche sul piano più propriamente etico-sociale,

contribuendo con ciò a sospingere il dibattito neo-contrattualismo verso un più elevato grado di astrazione, quando non anche verso una certa autoreferenzialità.

Contraddizioni e rischi della giustificazione etico-sociale del ritorno al contratto.

Si è detto che la prospettiva contrattualistica ha storicamente esercitato un’innegabile e per molti versi giustificata attrazione e fascinazione. “La virtualidad *explicativa* de la estructura institucional y de la dinamica del funcionamiento de la relación de trabajo”⁹¹² della ricostruzione in termini contrattuali del rapporto di lavoro è stata senz’altro innegabile. Utilizzato quale strumento d’espressione privilegiato dei principi liberali che vedevano nell’autonomia privata il valore fondante della modernità, lo schema contrattuale si è rivelato specialmente elastico e flessibile tanto da poter arrivare a contenere al proprio interno un elemento tanto “sovversivo” per la sua stessa struttura quale quello della subordinazione.

Grazie all’affermazione ed al riconoscimento oramai pacifico della contrattualità del rapporto (del fondamento contrattuale del rapporto di lavoro)⁹¹³, la dottrina ha potuto “arginare l’elemento «irrazionale» della subordinazione, intendendolo come rigorosamente limitato dalla obbligazione di lavoro assunta dal prestatore di lavoro mediante il contratto”⁹¹⁴, evitando così possibili sconfinamenti in uno *status* personale del lavoratore. Il contratto ha dunque operato quale fondamento sulla base del quale poter affermare giuridicamente un principio di libertà e di emancipazione, pur all’interno di un rapporto inevitabilmente autoritario e tendenzialmente gerarchico.

Ma non bisogna dimenticare che la straordinaria “capacità dinamica di ambientazione”⁹¹⁵ del fondamento contrattuale del rapporto di lavoro si spiega solo ed esclusivamente grazie all’opera di razionalizzazione operata dall’esercizio da parte dello Stato e dei gruppi sociali del potere normativo pubblico e collettivo. Senza l’intervento eteronomo sul contratto che fissa limiti minimi di protezione invalicabili

⁹¹² VALDÉS B., *La profesionalidad del trabajador en el contrato de trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, p. 17.

⁹¹³ Ma sul punto, di recente, ancora SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, RIDL, 2007, I. pp. 379 e ss.

⁹¹⁴ LUNARDON F., *Specialità e flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 550.

⁹¹⁵ GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bolina, 1989, p. 90.

all'autonomia privata individuale ben poco sarebbe rimasto di quella sua strutturale tendenza ideale verso la libertà. Non bisogna dimenticare cioè che l'uguaglianza e la libertà di cui il contratto costituisce manifestazione si strutturano inevitabilmente come mere formulazioni formali. E così, vale la pena ricordare pure che, in una società a struttura capitalista, la riconduzione del rapporto di lavoro all'interno dello schema contrattuale deve necessariamente fare i conti con la tendenza naturale del sistema alla sua rimercantilizzazione, alla sua considerazione quale merce al pari delle altre liberamente scambiabile sul mercato⁹¹⁶. Occorre ricordare insomma che “El contrato aparece no sólo como una relación obligatoria sino también como una relación de poder – jurídico, pero también de poder económico y de poder social – que el ordenamiento concede al empresario-acreedor para la (auto)tutela y para la realización de su interés económico-mercantil – la optimización del rendimiento económico-productivo de las prestaciones de trabajo en el conjunto de su organización”⁹¹⁷.

Pur volendo astrarsi dalla considerazione della debolezza che il lavoratore sperimenta quale effetto della sua posizione nel sistema sociale e produttivo - presupposto stesso di funzionamento del sistema e della cui attuale sussistenza non appare necessario neppure interrogarsi⁹¹⁸-, per quanto riguarda la differente posizione di potere e

⁹¹⁶ Scrive a tal proposito VALDÉS DAL-RÉ F., *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, RL, 2003, n. 22, p. 2, “Las necesidades organizativas filtradas continuamente al contrato del trabajo a través del poder de dirección, modalizan la relación de trabajo de forma que, dada la situación de subordinación del trabajador, son ellas, las necesidades, las que terminan actuando como límites a los derechos del trabajador y no éstos, los derechos, los que limiten de manera efectiva los poderes empresariales”. Si tratta in definitiva della mai risolta contraddizione esistente tra utilizzo di uno strumento, il contratto di lavoro subordinato, che si struttura come mezzo funzionale a garantire uno scambio a contenuto patrimoniale e soprattutto uno scambio connotato dalla subordinazione del lavoratore nell'esecuzione della prestazione dedotta in contratto ai poteri organizzativi, direttivi e di controllo del datore di lavoro e esigenze di tutela del valore della persona del lavoratore, della sua libertà, della sua dignità e della sua sicurezza, necessariamente compromesse nella stessa. Si tratta insomma della contraddizione tra tentativi di reificazione/oggettivazione del lavoro e impossibilità logica di separare quest'ultimo dalla persona che lo presta.

⁹¹⁷ VIDA SORIA J., MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., *Manual de derecho del trabajo*, Comares, Granada, 2007, p. 462.

⁹¹⁸ Scrive a tal proposito, MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e ...*, op. cit., pp. 26-29: “l'autonomia intesa quale capacità effettiva di produrre regole proprie, idonee a governare i contrapposti interessi sostanziali (ex artt. 1321 e 1322, comma 1°, c.c.), appare fruibile, dal lato del debitore di opere, entro spazi che sono direttamente proporzionali, quanto all'estensione, allo spessore e al peso «professionale» del lavoratore. Minimo o addirittura nullo, quando si tratta di un prestatore che si colloca nell'area sotto-protetta marginale del mercato, massimo, quando il contraente è relativamente forte, e dunque, capace di negoziare al rialzo e non al ribasso le condizioni contrattuali essenziali, specie quelle economiche” e, si potrebbe aggiungere, senza che la maggiore o minore informazione giochi nella pratica un ruolo determinante.

soggezione che si registra a livello normativo come conseguenza del riconoscimento giuridico di un complesso sempre più esteso e flessibile di poteri unilaterali di conformazione, specificazione ma anche modificazione dell'oggetto del contratto e dunque del debito del lavoratore, interpretarla in chiave meramente informativa non può che essere evidentemente e drammaticamente riduttivo.

La disuguaglianza e la disparità di potere che si realizza sul piano normativo non è dunque (solo) un problema di asimmetrie informative⁹¹⁹.

Pur ammettendo insomma che l'esistenza di uno squilibrio sul piano informativo contribuisca ad inficiare le possibilità di una libera esplicazione dell'autonomia individuale del lavoratore e che dunque l'elaborazione di strumenti volti a colmare questo squilibrio contribuisca anche al recupero di una certa posizione di forza del lavoratore nella conformazione e gestione del complesso di posizioni giuridiche che derivano dal contratto è evidente che di debolezza non si può parlare unicamente in termini informativi⁹²⁰. Anche presumendo che tecniche di tutela di tipo formale riescano a garantire una parità sostanziale tra le parti nella stipulazione del contratto di lavoro (parità intesa in un senso fatalmente restrittivo come piena conoscenza e consapevolezza delle parti delle conseguenze giuridiche derivanti dalla stipulazione del contratto), rimane il fatto che tecniche di tutela di tal fatta non possono

⁹¹⁹ Come riconosce la stessa FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 312. Sul punto anche WEBER M., *Significati pratici e limiti della libertà contrattuale*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, che afferma "Il diritto formale di un lavoratore di concludere un contratto di qualsiasi contenuto con qualsiasi imprenditore non implica praticamente che il lavoratore in cerca di occupazione abbia la minima libertà di determinare le proprie condizioni di lavoro, e di per sé non gli garantisce nessuna influenza in questo senso".

⁹²⁰ Sono numerosi gli studi elaborati da importanti e affidabili istituti di ricerca pubblici e privati che segnalano l'alto tasso di involontarietà del ricorso al lavoro flessibile. In particolare, per quanto riguarda la contrattazione a termine, al sostanziale incremento del ricorso alla stessa (che è passato in Italia dal 9,9% del 2003 al 13,6% del 2006) ha fatto riscontro un elevatissimo tasso di involontarietà dello stesso che si situa intorno al 88%. Dati Istat citati dal recente studio promosso e finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica italiano e coordinato dall'Università di Firenze. Lo si veda in CARUSO B., ZAPPALÀ L., *Italy*, in CARUSO B., SCIARRA S. (eds), *Flexibility and Security in Temporary work: a comparative and european debate*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 56/2007, disponibile sul sito internet www.unict.it. All'interno della contrattazione a termine, rientrano il contratto di inserimento che si situa intorno allo 0,4%, il contratto di apprendistato (2,9%) e il contratto di formazione e lavoro (4,7%). Il restante 5,6% riguarda invece l'utilizzo del contratto a tempo determinato. Rispetto all'Italia, la Spagna conta con un livello di contrattazione a termine che supera il 34%. Si veda nello stesso studio la parte relativa alla Spagna a cura di VALDÉS DA-RÉ F., LACERA FORTEZZA J., pp. 78 e ss.

arrivare ad influenzare le reali dinamiche di potere e soggezione che si sviluppano nel corso dello svolgimento del rapporto⁹²¹.

Anche a voler considerare la funzione di garanzia di un controllo - tanto pubblico e collettivo, quanto individuale - che la funzione informativa della forma ovvero gli obblighi di informazione assicurano, non si deve perdere di vista che si tratta di un controllo che si realizza (quando si realizza) sul di un piano, appunto, meramente formale ed *esterno*, relativo alla conformità alla legge del contratto concluso; di un controllo, pertanto, incapace di entrare nel merito delle modalità con le quali il complesso delle obbligazioni reciproche in esso contenuto è stato concordato tra le parti e ha trovato concreta esecuzione. Si tratta, dunque, di un controllo sull'astratto assetto di interessi realizzato nel contratto, non sullo svolgimento concreto del rapporto. E, d'altra parte, è proprio questa potenziale dissociazione tra contenuto del contratto e svolgimento del rapporto che da sempre costituisce la ragione fondamentale della insufficienza di una tutela costruita su di un piano meramente formale.

Un'ingannevole contrapposizione di valori: uguaglianza *versus* libertà.

Queste precisazioni - per certi versi scontate - acquistano tutta la loro importanza in ragione della necessità di scongiurare il rischio non troppo remoto di credere e dunque di assecondare quello che si ritiene essere "un'ingannevole gioco di contrapposizione di valori"⁹²².

Non troppo velata infatti traspare di tanto in tanto l'idea secondo la quale il perseguimento di un'uguaglianza che non sia quella meramente formale del sistema liberale attraverso l'intervento eteronomo sul contratto individuale (tanto in senso verticale, della garanzia di un riequilibrio di forze tra domanda e offerta di lavoro, quanto in senso orizzontale, impeditiva di irragionevoli e ingiustificate differenziazioni di trattamento tra lavoratori), avrebbe inevitabilmente finito per frustrare la realizzazione di un altro valore (ritenuto prevalente⁹²³) - quello della

⁹²¹ Sostanzialmente in disaccordo con quanto sostenuto nel testo, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., BRAVO FERRER M., *El derecho del trabajador a ser informado ...*, op. cit., pp. 1338-39 i quali vedono negli obblighi di informazione un importante strumento di facilitazione della comunicazione diretta tra prestatore e datore di lavoro e di salvaguardia della capacità di decisione del lavoratore.

⁹²² BALLESTRERO M. V., *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, LD, 2004, p. 502.

⁹²³ CASAS BAAMONDE M. E., *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?*, RL, 2004, n. 11, pp. 5 e ss. La giustificazione tradizionalmente fornita per spiegare la supremazia del valore della libertà su quello dell'uguaglianza suole rintracciarsi nel fatto che si tratterebbe di un principio più intimamente connesso con beni fondamentali della persona e dunque in definitiva con la sua dignità. In altri casi, sulla base di un'irrealistica diversificazione filosofico-normativa tra diritti civili e

libertà -, per proteggere il quale occorrerebbe ritornare a concepire l'uguaglianza in una dimensione non necessariamente anche sostanziale.

Se si permette che libertà ed uguaglianza nel rapporto di lavoro vengano ricostruiti come valori antagonici ed inconciliabili è evidente che l'esaltazione del contratto individuale quale strumento privilegiato di regolamentazione dei rapporti di lavoro si traduce in realtà nell'esaltazione dei nuovi valori espressi dalla cultura che aspira a divenire dominante: quelli dell'individualismo, della competitività, della libertà appunto, intesa in senso liberistico. Il contratto individuale si riduce così a rappresentare lo strumento per l'affermazione della propria differenza (rimercantillizzata), riservandosi al diritto del lavoro, ridotto a complesso di regole tecnico-giuridiche, una funzione meramente ancillare, di razionalizzazione del processo economico e produttivo e di organizzazione del mercato del lavoro in funzione della garanzia dell'efficienza e della regolarità dello stesso⁹²⁴.

È evidente che si tratta di una contrapposizione, quella tra libertà e uguaglianza, infondata e strumentale all'affermazione di una determinata opzione ideologica (quella liberale, quando non anche liberista) che intende gerarchizzare valori che in realtà sono complementari e strettamente interdipendenti (ed in nessun caso concepibili come alternativi)⁹²⁵, in funzione di un recupero degli spazi *di libertà* del mercato. Così pure, altrettanto ideologica e strumentale è da un lato, l'equazione uguaglianza = uniformità (come dimostra, tra l'altro, l'ampia letteratura sulle discriminazioni di genere) e dall'altro l'affermazione dell'avvenuta emancipazione del lavoratore dalla condizione di soggezione e subordinazione nei confronti della controparte datoriale.

Se è vero che “la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad”, ovvero, detto in altri termini,

politici - a cui si ricollega il valore della libertà - e diritti sociali, improntati al bene dell'uguaglianza, si sostiene che il valore dell'uguaglianza possa essere perseguito solo una volta conseguito quello della libertà. Come è stato efficacemente argomentato si tratta di una distinzione artificiale e ideologica volta a ridurre l'importanza e posporre la garanzia dei diritti sociali (e dunque del valore dell'uguaglianza). PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, spec. Cap. III.

⁹²⁴ Parla a tal proposito di “creciente condicionamiento de la regulación jurídica del trabajo por el pensamiento económico, la lógica de empresa y los imperativos del mercado, que reflejan nuevas ponderaciones de valores e intereses u nuevos equilibrios de poder que están llegando ad afectar a la propia identidad cuando no a la subsistencia de esta rama del Derecho”, RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Derecho del trabajo y racionalidad*, RL, 2006, n. 5, p. 4.

⁹²⁵ Scrive a tal proposito RAMM T., *Diritti fondamentali e diritto del lavoro*, DLRI, 1991, p. 380, “è del tutto impossibile che essi (i diritti fondamentali di tipo sociale) possano circoscrivere il contenuto dei diritti di libertà: ad essi sono indicibilmente legati dalla stessa tensione a garantire la libertà individuale dal punto di vista sociale”.

che “todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”⁹²⁶, quella tra libertà e uguaglianza è una contrapposizione insostenibile nell’ambito di un contesto che si vuole democratico e plurale. Essa tradisce invece la difficoltà di conciliare la tutela dei diritti fondamentali della persona in termini inclusivi e tendenzialmente generalizzabili nell’ambito di un sistema di produzione capitalistico, che strutturalmente si costruisce in termini tendenzialmente selettivi ed escludenti⁹²⁷. La contrapposizione strutturale che caratterizza la società moderna non è dunque quella tra libertà ed uguaglianza, ma piuttosto quella tra diritti fondamentali della persona e diritti di natura patrimoniale. Mentre la strutturazione in senso capitalistico dell’economia e della società implica una tendenza naturale del sistema alla patrimonializzazione, alla riconduzione di ogni bene alla qualità di merce, la prospettiva dei diritti fondamentali tende a creare un barriera (esterna) insuperabile a tale tendenza alla mercificazione. Attraverso l’intervento eteronomo operato dalla legge e dal contratto collettivo si è insomma creato una specie di zona franca, di immunità dei valori personali, rispetto ai poteri che derivano al datore di lavoro dalla titolarità dei mezzi di produzione e dalla loro giuridificazione nel contratto, con tutti i limiti che ne derivano⁹²⁸.

Formalismo come semplificazione.

Questa sorta di “rinascita del formalismo” nel diritto del lavoro può essere interpretata anche da un’altra prospettiva.

Si è detto - ed è innegabile - che questi sono tempi in cui il naturale processo di trasformazione della società e del diritto - che di essa costituisce in buona misura lo specchio - ha subito un’intensificazione ed

⁹²⁶ PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 39-40 che rinvia sul punto a DWORKIN R., *Virtud soberana. La teoría y la practica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.

⁹²⁷ “En la medida en que ésta [l’economía capitalista] incluye, entre sus elementos constitutivos, la acumulación y concentración tendencial de poder privado, así como el desarrollo de poderes estatales coactivos que la apuntalen, su expansión resulta incompatible con la igual satisfacción de los derechos civiles, políticos y sociales de todas las personas y, por consiguiente, de su igual dignidad y libertad”. PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías ...*, op. cit., p. 54.

⁹²⁸ MARTÍN VALVERDE A., *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, in AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 100: “La implicación personal del trabajador en la relación de trabajo continúa desempeñando un papel teórico importante (...) como límite externo a la supremacía contractual del empleador, y como elemento de definición de los derechos de los trabajadores en el ámbito del empresa”:

un'accelerazione che non sempre rende intellegibili il cambiamento e la direzione impressa dalle nuove domande di regolazione che si agitano nella società. La complessivizzazione del panorama economico e produttivo, ma anche sociale e culturale si riverbera sul diritto con sommovimenti che fanno vacillare gli equilibri che si credevano consolidati, generando la necessità di ricostruirli tenendo conto appunto di questa nuova complessità. La ricerca di nuovi compromessi sociali che siano in grado di interpretare e rappresentare questo rinnovamento diventa compito sempre più arduo per il diritto. La diversificazione dei modelli produttivi e organizzativi, che si traduce in una diversificazione orizzontale degli interessi in gioco, fa sì che i compromessi di volta in volta raggiunti scontrino tutti i limiti della contingenza, dell'instabilità e dunque della precarietà.

Da questo punto di vista, il ritorno al formalismo può essere interpretato anche come la risposta giuridica alla complessità. Di fronte ad essa, in altri termini, il diritto risponde con un'astrazione che si traduce nel tentativo di razionalizzazione e semplificazione della complessità del reale. In questo senso, la forma, intesa come "elemento costante rispetto a quello variabile, ciò che non partecipa al mutamento, ma, accogliendolo, lo fissa"⁹²⁹ aiuta, in un certo senso, a recuperare coerenza, ordine e calcolabilità (e dunque certezza) dei fenomeni giuridici (e di quelli sociali sottesi), ma importa inevitabilmente una rinuncia più o meno esplicita, e più o meno marcata, ad agire sulle cause del vero o presunto caos, rimettendo sostanzialmente ai meccanismi di autoregolazione del mercato importanti aspetti della regolamentazione. In una specie di reinterpretazione dei valori del giusnaturalismo settecentesco alla luce di un rinnovato positivismo giuridico si cerca cioè di recuperare la certezza del diritto e ricostruire (l'ordine de) il sistema attraverso la valorizzazione della funzione stabilizzatrice del diritto, che, fissando le norme, "contiene" il flusso impetuoso dell'evoluzione che si sperimenta sul piano sociale. E così, da questo distinto angolo prospettico, può essere interpretato anche un certo mutamento nelle forme e nelle tecniche di legittimazione e di controllo dell'autonomia privata individuale nell'accesso alle modalità atipiche di impiego.

Si è visto infatti che, alla tipizzazione dei contratti di lavoro flessibili, si è tradizionalmente associata la necessità non solo del rispetto di determinati vincoli di forma per la manifestazione del consenso, bensì anche e soprattutto di un principio più o meno stretto di causalità. In particolare, è soprattutto attraverso l'imposizione di una necessaria giustificazione causale che l'ordinamento veglia sull'autonomia individuale affinché si eserciti nel rispetto dei principi giuridici e dei valori etici espressi e rappresentati dalle Costituzioni moderne. Si è analizzato, tuttavia, come, sull'onda della flessibilizzazione, la legislazione - ovvero l'interpretazione che della stessa fa la

⁹²⁹ BOBBIO N., *Sul formalismo giuridico*, RIDPC, 1958, n. 4, p. 996.

giurisprudenza - sia pervenuta ad una sostanziale dilatazione ed elasticizzazione del principio causale. Formulato spesso attraverso il ricorso a clausole generali ed in buona misura indeterminate, tale principio per un verso perde di rigore e per l'altro, finisce spesso per attribuire al datore di lavoro ampie possibilità di movimento all'interno dello stesso. Analizzando la disciplina relativa all'accesso al lavoro a termine, si è visto che tanto in Italia, come in Spagna, la concrezione dell'astratto requisito causale imposto dalla legge quale condizione di legittimazione dell'autonomia individuale viene in gran parte affidata alla mera discrezionalità del datore di lavoro. È a lui che la legge rimette sostanzialmente il compito di specificare, all'interno dell'ampio ventaglio di possibilità ammesse dalla causale generale, le concrete ragioni legittimanti.

È in questa prospettiva che è sembrato utile cercare di ricostruire il requisito della forma scritta del contratto che riproduca la scelta iniziale del lavoratore come un vero e proprio limite all'autonomia individuale. La necessità di specificazione delle ragioni concrete di legittimazione nel documento scritto e la peculiare commistione che così si realizza tra requisito di forma e vincolo causale sembrano cioè preordinate a fornire al lavoratore (e la sistema) più penetranti garanzie rispetto a quelle assicurate da un principio di causalità costruito in termini generici.

È in questa prospettiva che si è sostenuto che la "rinascita del formalismo" sembra orientare il diritto del lavoro verso la predisposizione di strumenti di controllo e di legittimazione dell'autonomia privata di tipo più propriamente formale (oltre che, o invece che, sostanziale); sembra preordinata ad agire da strumento di compensazione dell'attenuazione dei vincoli più propriamente sostanziali posti all'autonomia privata datoriale.

È in questa prospettiva che si è sostenuto l'esistenza di un nesso di interdipendenza non solo tra recupero di un certo formalismo anche nel diritto del lavoro ed esaltazione del ruolo e della funzione del contratto, ma anche tra attenuazione del sistema di tutele tipiche e proliferazione - in funzione compensatoria - di tecniche di controllo e di autorizzazione imperniate sulla prescrizione di obblighi formali e procedurali.

È in questa prospettiva, infine, che il formalismo sembra rappresentare anche la risposta razionalizzante alla crescente complessità della realtà sociale ed economica; razionalizzazione che però non va avulsa da una certa dose di riduzionismo semplicistico. Nell'impossibilità di ricostruire strumenti di legittimazione e controllo che assicurino il razionale utilizzo degli strumenti normativi (*alias*: tipologie di contratto flessibili) messi a disposizione dell'autonomia privata, il diritto, anche quello del lavoro, si orienta verso soluzioni che, in buona misura, rinunciano a dare composizione ai conflitti sociali

sottostanti. Il rischio è quello di operare una semplificazione che si risolva unicamente nella negazione della complessità del reale.

Informazione come presupposto di una potenziale ri-collettivizzazione.

È evidente, il giudizio sostanzialmente critico verso una tendenza, quella al formalismo, che, si ritiene, mal si attaglia ad un rapporto strutturalmente squilibrato, ove lo squilibrio non è determinato unicamente dalla diversa posizione che le parti occupano nella società e nella produzione (anche se ciò si riflette inevitabilmente nella configurazione giuridica dello stesso), ma si manifesta anche sul piano propriamente giuridico.

Critico è pure il giudizio sul tentativo di compensare questa disuguaglianza strutturale sul piano meramente individual-informativo, tra l'altro sulla base di una disciplina spesso incoerente con gli obiettivi che si prefigge. Ed in quest'ultimo senso, il neo-formalismo può essere interpretato come una delle svariate manifestazioni della sempre più marcata tendenza all'*individualizzazione* dei rapporti di lavoro, ovvero alla svalutazione del ruolo e della funzione della norma eteronoma (tanto di legge, quanto di contratto collettivo) quale strumento funzionale al riequilibrio della disuguaglianza di posizioni tra le parti negoziali coesistente al contratto di lavoro.

Ma proprio su quest'ultimo fronte, è forse possibile recuperare una più pregnante valenza alla crescente importanza attribuita all'informazione. Ed infatti, se appare quanto meno poco probabile che il lavoratore, singolarmente considerato, grazie all'effetto di potenziamento della sua autonomia negoziale che gli deriva dalla maggiore informazione, possa provvedere autonomamente alla tutela dei propri diritti ed alla realizzazione delle proprie aspirazioni professionali, è anche vero che forse, un lavoratore maggiormente consapevole dei propri diritti e delle possibilità che gli riconosce la normativa, potrà più agevolmente procedere ad organizzarsi sul piano collettivo per ottenere su questo diverso piano ciò che risulta difficilmente conseguibile al lavoratore medio a livello individuale. È insomma possibile recuperare la valenza dell'informazione come preconditione per una più consapevole ri-organizzazione sul fronte collettivo.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000.
- AA.VV., *Estudios sobre la flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales*, RFDUM, 1988, n. 14.
- AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffrè, Milano, 1988.
- AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi della dogmatica e riforme legislative*. Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23-26 giugno 1989, Cedam, Padova, 1991.
- AA.VV., *La estructura del contrato de trabajo*, Dykinson, Madrid, 1997.
- AA.VV., *Las Reformas Laborales de 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- AA.VV., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Atti del VII Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro, Bari, 23-25 aprile 1982, Giuffrè, Milano, 1983.
- AA.VV., *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del Governo: dal libro bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*. Atti della giornata di studio, Milano 12 aprile 2002, Giuffrè, Milano, 2002.
- AA.VV., *Reforma de la legislación laboral*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1997.
- AA.VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986.
- AA.VV., *Transformaciones del derecho del trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Publicacions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1991.
- ABASCAL G., *Neoliberalismo y servicios públicos*, RDS, 2001, n. 16, pp. 221 e ss.
- ACCORNERO A., *Era il Secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- *Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti*, LD, 2001, pp. 303 e ss.
 - *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, LD, 1996, pp. 725 e ss.
 - *Il lavoro come ideologia*, Il Mulino, Bologna, 1980.
 - *Spunti per un'agenda sui cambiamenti del lavoro*, DML, n. 2, 1999, pp. 253 e ss.
- ACKERMAN M., *Un futuro per il diritto del lavoro*, LD, n. 4, 1997, pp. 549 e ss.
- ADAM P., *L'individualization du droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2005.
- AIMO M. P., *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2003.
- *Il contratto a termine alla prova*, DLRI, 2006, pp. 159 e ss.
- ALAIMO A., *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 60/2008, disponibile sul sito internet www.unict.it.
- ALARCÓN CARACUEL M. R., *Estado social y derecho del trabajo*, in ID. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 9 e ss.
- *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, REDT, 1986, n. 28, pp. 495 e ss.
 - *La vigencia del principio «pro operario»*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 848 e ss.
- ALARCÓN CARACUEL M. R., ESTEBAN LEGARRETA R. (coord.), *Nuevas tecnologías de la información e la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004.
- ALBALADEJO M., *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
- ALBI P., *Le dottrine sulla flessibilità e sulla disarticolazione del tipo contrattuale*, LD, 2004, pp. 607 e ss.

- ALBIOL MONTESINOS I., CAMPS RUIZ L. M., SALA FRANCO T., *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato individual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ALCALÁ DÍAZ M. A., *Aspectos económico e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)*, RDS, n. 23, 2003, pp. 61e ss.
- ALES E., *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento*, WP. C.S.D.E.L. n. 51/2007, disponibile sul sito internet: www.unicit.it
- *La modernizzazione del modello di protezione sociale europeo: la lotta all'esclusione sociale attraverso l'open method of co-ordination*, Q.DLRI, 2004, n. 27, pp. 37 e ss.
- *Paradigmi giuridici dell'offerta di lavoro e modernizzazione rivendicativa nell'esperienza sindacale italiana*, DLRI, 2002, pp. 249 e ss.
- ALES E., GAETA L., "Il Diritto del Lavoro" *Rivista del "Fascismo-Corporativo"*, Un programma di ricerca, DL, 2003, II, pp. 21 e ss.
- ALESSI C., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 68/2008, pp. 20 e ss., disponibile sul sito internet www.unict.it.
- ALLEVA P., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto*, LG, 1994, pp. 777 e ss.
- *Il D.d.l. delega al Governo sul mercato del lavoro*, disponibile sul sito internet www.cgil.it/GIURIDICO
- *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, disponibile sul sito internet: www.cgil.it/GIURIDICO
- ALONSO BENITO L. E., *El trabajo y su futuro en España a la luz del Estatuto de los Trabajadores*, in RUESGA BENITO S. M., VALDÉS DAL-RÉ F., ZUFIAUR NARVAIZA J. M. (coord.), *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 53 e ss.
- *Postfordismo, fragmentación social y crisis de los nuevos movimientos sociales*, Sociología del Trabajo, n. 16, 1992, pp. 119 e ss.
- *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999.
- *Trabajo y cohesión social*, Documento de trabajo, Escuela de Formación sindical, CC.OO., 28-30 Giugno 2004, Madrid.
- ALONSO GARCÍA M., *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958.
- *La carencia de efectos jurídicos en el contrato de trabajo*, RDP, 1956, pp. 128 e ss.
- *La intervención del Estado en el derecho del trabajo*, CPS, 1956, n. 30,
- ALONSO GUERVÓS M. L., *Contratación laboral*, Bomarzo, Albacete, 1999.
- ALONSO OLEA M., *El trabajo como bien escaso*, Relazione presentata dall'A. al "Circolo del empresarios" il 15 luglio 1982, ora contenuta in RMTAS, 2001, n. 33, pp. 17 e ss.
- *La abstención normativa en los orígenes del derecho del trabajo moderno*, in *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 13 e ss.
- *La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo*, REDT, 1994, pp. 137 e ss.
- *Reflexiones actuales del trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del*

- derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 15 e ss.
- ALONSO OLEA M., CASAS BAAMONDE M. E., *Derecho del trabajo*, Thomson, Civitas, 2004.
- ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2000.
- *L'armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, Nuova giur. civ. comm., 2002, II, pp. 391 ss.
- *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, RCDP, 1995, pp. 45 e ss.
- ALTAVILLA R., *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, RGL, 2005, n. 4, pp. 727 e ss.
- ÁLVAREZ DE CUVILLO A., *Análisis funcional del fomento de la contratación por tiempo indefinido en la reforma del 2006*, TL, 2006, pp. 59 e ss.
- AMATO F., VACCARO M. J., *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Liguori, Napoli, 1991.
- AMIN S., *Il capitalismo senile*, La Rivista del Manifesto, n. 31/2002, disponibile sul sito Internet: www.larivisadelmanifesto.it
- ANDREONI A., *Precarizzazione del lavoro e tutele nel mercato (dal d. lgs. n. 368/2001 al disegno di legge delega n. 848/2001)*, disponibile sul sito internet www.cgil.it/GIURIDICO
- ANGIOLINI V., *Sullo schema di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, disponibile sul sito internet: www.cgil.it/GIURIDICO
- ANISI D., *Creadores de escasez. Del bienestar al miedo*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- ANTÓN A., *Introducción*, in ANTÓN A. (coord.), *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000, pp. 21 e ss.
- APARICIO TOVAR J., *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- *La forma en el contrato de trabajo*, REDT, 1980, pp. 131 e ss.
- *La seguridad social en la Constitución*, in SEMPERE NAVARRO A. V. (dir.), *El modelo social en la Constitución Española*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 787 e ss.
- APARICIO J., BAYLOS A. (Coord.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- ARANGUREN A., *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in Enc. Giur. Lav., diretta da Mazzoni G., VII, Padova, 1981, pp. 2 e ss.
- ARRIGO G., VARDARO G. (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Edizioni Lavoro, 1982
- ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955.
- *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 83 e ss.
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, RDCom, 1943, I, pp. 1 e ss.
- ASSANTI C., *La subordinazione. Riflessioni da tre libri e da una relazione recenti*, in MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di), *Cecilia Assanti. Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 65 e ss.
- AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BALANDI G., *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato*, LD, 2002, pp. 245 e ss.

- BALLESTRERO M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*”, WP. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 55/2007, disponibile sul sito internet www.unict.it
- *L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, LD, 1987, pp. 161 e ss.
 - *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?*, LD, 1987, pp. 289 e ss.
- BALLETTI B., *Lineamenti della giurisprudenza di legittimità sul rapporto di lavoro*, RGL, 2006, n. 3, pp. 337 e ss.
- BANO F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, LD, 2003, pp. 71 e ss.
- *Variazioni sul tempo di lavoro. La contro-riforma del lavoro a tempo parziale*, LD, 2005, pp. 295 e ss.
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901.
- *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed. Milano, 1915-1917, I.
- BARBERA M., *I «classici» del diritto del lavoro tra cronaca e storia*, LD, 2000, pp. 115 e ss.
- *I soggetti antagonisti: i lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, WP C.S.D.L.E., n. 58/2007 disponibile sul sito internet: www.unict.it.
- BARCELONA P., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l’Istituto di diritto privato dell’Università di Catania. 17-18 maggio 1969*. Giuffrè, Milano, 1970, pp. 109 e ss.
- *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996.
 - *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.
 - *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Jovene, Napoli, 1987.
 - *L’uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, I, 1973.
- BAYLOS A., COLLADO L., *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Trotta, Madrid, 1994.
- BAYLOS GRAU A., *Concertazione sociale e contrattazione in Spagna: modelli a confronto*, LD, 2002, pp. 3 e ss.
- (coord.), *La reforma laboral del 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
 - *Diritto del lavoro e politica dell’occupazione in Spagna*, DML, 1999, n. 1, pp. 7 e ss. (La versione originale, in spagnolo, dell’articolo in Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1999, ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 169 e ss.).
 - *El derecho al trabajo como derecho constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2003, n. 21, pp. 15 e ss.
 - *Estado de Bienestar y derechos sociales*, in FERNÁNDEZ GARCÍA T., GARCÉS FERRER J (Coord.), *Crítica y futuro del Estado de Bienestar: reflexiones desde la izquierda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 21 e ss.
 - *Formas nuevas y viejas reglas en el conflicto social*, RDS, 1998, n. 2, pp. 67 e ss.
 - *Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto*, CRL, 1999, n. 15, pp. 19 e ss.
 - *Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo*, RDS, 1998, n. 1. Per la versione italiana, *Eguaglianza, uniformità e differenza nel Diritto del Lavoro*, in CAPPELLETTI A., GAETA L. (a cura di), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, ESI, Napoli, 1998, pp. 45 e ss.

- *Il riconoscimento costituzionale del Diritto al lavoro nell'ordinamento spagnolo*, DLM, n. 3, 2004, pp. 497 e ss.
 - *Inconstitucionalidad de la Ley de Extranjería del PP: la libertad sindical de los extranjeros*, disponibile sul sito internet: www.fundacionsindicaldeestudios.org.
 - *Istituzionalizzazione sindacale e prassi neocorporative: il caso spagnolo (1977-1987)*, in VARDARO G (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, pp. 537 e ss.
 - *La "huida" del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaborización*, in ALARCÓN M. R., CARACUEL M. M. (Coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo, un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000, pp. 35 e ss.
 - *La "orientación al empleo" del Derecho del Trabajo Español*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1999, ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 169 e ss.
 - *La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis*, REDT, 1985, n. 21, pp. 27 e ss.
 - *La negociación colectiva en el Acuerdo Inteconómico*, Gaceta Sindical, 1997, n. 158 (monográfico), ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 143 e ss.
 - *Los derechos sociales*, Intervento, Seminario dal titolo "Trabajo y desempleo en los comienzos del siglo XXI, Oñati, luglio 1997, ora in ID., *Las relaciones laborales en España. 1978-2003*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, pp. 16 e ss.
 - *Representación y representatividad en la globalización*, CRL, 2001, n. 19, pp. 69 e ss.
 - *Sindicalismo y derecho sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.
 - *Sistema de empresa y reforma del mercado del trabajo*, CRL, n. 5, 1994, pp. 141 e ss.
 - *Sobre la decisión unilateral del empresario sustitutiva de la negociación colectiva. Comentario a la STC 107/2000, de 5 de mayo*, RDS, 2000, n. 10, pp. 131 e ss.
 - *Trabajo temporal y no discriminación*, RL, 1987, n. 18, pp. 31 e ss.
- BAYON CACHÓN G., *Los problemas de forma en el contrato de trabajo*, RDP, 1955, pp. 333 e ss.
- BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- BECK U., *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000.
- BEDUSCHI C., *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, RDC, 1986, I, p. 352.
- BEJARANO HERNÁNDEZ A., *Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad*, RL, 1997, n. 1, p. 25.
- BELLAVISTA A., *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, LG, 2003, n. 8, pp. 705 e ss.
- *I contratti di riallineamento retributivo e l'emersione del lavoro sommerso*, RGL, 1998, pp. 93 e ss.
 - *La derogabilità assistita nel d. lgs. n. 276/2003*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 35/2004, disponibile sul sito internet: www.unicit.it.
 - *Le prospettive della tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2003, pp. 39 e ss.

- BERSTEIN S., *Los regímenes políticos del siglo XX. Para una historia política comparada del mundo contemporáneo*, Ariel, Barcellona, 2003.
- BETTI E., *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1960
- *Teoria generale del negozio giuridico*, in VASSALLI F. (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1950, pp. 45 e ss.
 - *Una teoria del negozio giuridico*, *Giur. It.*, 1947, IV, pp. 137 e ss.; ora in RODOTÀ S., *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, pp. 263 e ss.
- BETTINI M. N., *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, 2001, p. 257 ora in MONTUSCHI L., TIRABOSCHI M., TREU T. (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 149 e ss.
- *Il futuro del contratto individuale di lavoro in Italia*, LD, 1996, pp. 325 e ss.
 - *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, Quad. DLRI, 1998, n. 21, pp. 368 e ss.
- BIAGI M., TIRABOSCHI M., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.
- BIANCA M., *Diritto Civile. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, III.
- BIANCHI D'URSO F., VIDIMI G., *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, MGL, 2002, 3, pp. 118 e ss.
- BILBAO A., *La economía como norma social*, CRL, n. 16, 2000, pp. 37 e ss.
- *La transición política y los sindicatos*, CRL, n. 1, 1992, pp. 105 e ss.
 - *Obreros y ciudadanos. La deestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.
- BLASCO PELLICER A., *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.
- BOBBIO N., *Formalismo giuridico e formalismo etico*, Riv. Fil., 1954, n. 3 pp. 225 e ss.
- *Sul formalismo giuridico*, RIDPC, 1958, n. 4, pp. 977 e ss.
- BOYER R. (dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986.
- BOLOGNA S., REYNERI E., *E' in atto una fuga dal lavoro subordinato?* LD, 2007, pp. 557 e ss.
- BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 36/2004 disponibile sul sito internet: www.unicit.it.
- BORGOGELLI R., GROPPI T., *Finalità e campo di applicazione*, in PERULLI A., GRAGNOLI E. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, pp. 1 e ss.
- BORRAJO DACRUZ E., *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1963.
- *La reforma del mercado del trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993.
 - *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*, Rev. De Trab. 1963, n. 2.
- BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986.
- BUSTOS PUECHE J. E., *Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil*, Doc. Lab., 1997, n. 52, pp. 93 e ss.
- CAMERLYNCK G., *Il contratto di lavoro nei diritto dei paesi membri della C.E.C.A. (Relazione di sintesi)*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A.,

- LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 14 e ss.
- *Il contratto di lavoro nel diritto francese*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 305 e ss.
- *I modi non formali di espressione della volontà nel diritto del lavoro*, RDL, 1968, I, p. 379 e ss.
- CAMPS RUIZ L. M., *La modificación de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CAMPS RUIZ L. M., SALA T., *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Doc. Lab., 1987, n. 21.
- CAPRIOLI S. (a cura di), *Enrico Redenti. Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Giappichelli, Torino, 1992.
- CARABELLI U., *Intervento*, Seminario su *La nuova legge in materia di contratto di lavoro termine*, Roma 22 ottobre 2001, disponibile sul sito internet: www.unicz.it/lavoro.
- *Lavoro subordinato e organizzazione: qualche riflessione sullo stato del dibattito alle soglie del nuovo secolo*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 601 e ss.
- *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, Atti AIDLASS, Teramo - Silvi Marina, 2003.
- CARINCI F., *Dal Libro Bianco alla Legge delega*, DPL, 2002, 11, pp. 729 e ss
- *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 54/2007, disponibile sul sito internet www.uncit.it.
- *Discutono il tema*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997, pp. 138 e ss.
- *Riparlando di concertazione*, Intervento svolto al Convegno "Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro", Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 13-14 dicembre 2004.
- *Storia e cronaca di una convivenza: Parlamento e concertazione*, RTDPub., 2002, I, pp. 35 e ss.
- *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in CARINCI F. (coord.), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa,
- CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2003.
- CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Giuffrè, Milano, 2002.
- CARINCI M. T. (a cura di), *Costituzione ed estinzione del rapporto*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 241 e ss.
- *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO F. (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, Cedam Padova, 2005.
- *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Giuffrè (?), Milano, 2003.
- *La somministrazione di lavoro altrui*, in CARINCI M. T., CESTER C. (a cura di), *Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, II, pp. 15 e ss.

- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961.
- CARNELUTTI F., *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, RDC, 1913, p. 355.
- CARRIERO, *Nuove prospettive di tutela del risparmiatore*, Nuova giur. civ. comm., 2002, p. 496 ss.
- CARUSO B., *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 39, 2005, disponibile sul sito internet www.unict.it.
- *Il diritto del lavoro, il potere e l'anima: a proposito delle sollecitazioni di Luigi Mariucci*, LD, n. 2, 1998, p., 237.
 - *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, p. 509.
 - *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, RGL, 1999, n. 3, pp. 87 e ss.
 - *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 22/2004, disponibile sul sito internet www.unict.it. poi pubblicato in CARUSO B., FUCHS M. (a cura di), *Labour Law and Flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*, Nomos, 2004, tradotto ed adattato nel saggio *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 501 e ss.
 - *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", 2005, disponibile sul sito internet: www.unict.it.
- CARUSO B., ZAPPALÀ L., *Italy*, in CARUSO B., SCIARRA S. (eds), *Flexibility and Security in Temporary work: a comparative and european debate*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 56/2007, disponibile sul sito internet www.unict.it
- CASANOVA M., *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, RIDL, 1986, I, pp. 234 e ss.
- CASAS BAAMONDE M. E., *La individualización del las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21 (monografico), pp. 126 e ss.
- CASAS BAAMONDE M. E., BAYLOS GRAU A., *Organización del trabajo y autonomía individual: la « desregulación » del convenio colectivo*, RL, n. 16, 1988.
- CASAS BAAMONDE M.E., BAYLOS GRAU A., ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español*, RL, 1987, n. 23, p. 9.
- *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o del proporcionalidad?) y principio de buena fe*, RL, 2004, n. 12, pp. 1 e ss.
 - *Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, in AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 193 e ss.
 - *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?*, RL, 2004, n. 11, pp. 5 e ss.
- CASAS BAAMONDE M. E., PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo*, RL, 1994, n. 1, pp. 236 e ss.
- CASAS BAAMONDE M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO M. Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RE F., *Le riforme del diritto del lavoro nella Spagna del Governo aznar (1996-2002)*, LD, 2002, pp. 483 e ss.
- CASAS BAAMONDE M. E., VALDÉS DAL-RE F., *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, RL, 1989, n. 7/8, pp. 63 e ss.
- CASTELVETRI L., *Il Diritto del Lavoro delle origini. Ratio legis e costruzione dogmatica del diritto*, Milano, 1990.

- *L. Barassi e l'ideologia liberale*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 111 e ss.
- *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, RTDPC, 1987, p. 246.
- *Libertà contrattuale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CATAUDELLA A., *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in SANTORO PASSARELLI G., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 9 e ss.
- *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, LD, 2006, pp. 2 e ss.
- *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, DL, 1983, n. 1, pp. 77 e ss.
- CAVAS MARTÍNEZ F., *La contratación temporal como medida de fomento del empleo*, REDT, 1987, n. 31, pp. 375 e ss.
- CAZZETTA G., *Civilistica e "assolutismo giuridico" nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'Esegesi (1865-1881)*, in AA.VV., *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pp. 403.
- *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, Quaderni Fiorentini, n. 17, 1988, pp. 155 e ss.
- *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, LD, 2007..
- *Una storia spezzata. "Il lavoro nella Costituzione" di Costantino Mortati cinquant'anni dopo*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 187 e ss.
- CENTOFANTI S., *Il contratto di formazione e lavoro nella l. 19 dicembre 1984, n. 863*, RIDL, 1985, I, pp. 319 e ss.
- CESSARI A., *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969.
- *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1983
- *In tema di struttura del contratto di lavoro* RTDPC, 1958, pp. 1257 e ss.
- *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Relazione convegno Aidlass 1971.
- *Tradizione e rinnovamento nel Diritto del Lavoro*, RDL, I, 1967, pp. 24 e ss.
- CESSARI A., DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982.
- CESTER C., *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in Enc. Dir, XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 985 e ss.
- CHIARLONI S., *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, QDLRI, 1989, pp. 53 e ss.
- CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 92.
- *Privacy e lavoro. La disciplina del trattamento dei dati personali del lavoratore*, Cacucci, Bari, 2000.
- CIMBALI E., *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Utet, Torino, 1895.
- CIUCCIOVINO S., *Apposizione del termine*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, in NLCC, 2002, pp. 34 e ss.;

- CNEL, *La riforma degli ammortizzatori sociali nel disegno di legge del Governo n. 484-bis/2003*, marzo 2004, disponibile sul sito internet: www.cnel.it.
- *L'esperienza della l. 18 ottobre 2001, n. 383 e le prospettive future per l'emersione del lavoro irregolare*, dicembre 2003, disponibile sul sito internet: www.cnel.it.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS V., *Autonomía individual: alternativa al desarrollo*, RL, 1991, n. 20-21, p. 92.
- CORSI F., *Autonomia privata e norme imperative*, RCDP, n. 3-4, 1985, p. 493.
- CONSENTINI F., *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1921, pp. 269 e ss.
- CORRIAT B., *El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.
- CORRADO R., *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1956.
- *Trattato di Diritto del Lavoro*, II, Torino, 1966
- CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *En busca de la estabilidad perdida: las causas de la temporalidad*, TL, 2006, n. 85, pp. 9 e ss.
- (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, RTSS, 1994, n. 13.
- *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la Reforma del mercado del Trabajo*, CES, Madrid, 1995.
- CURZIO P., *La legge 30 due anni dopo alla luce delle pronunce giurisprudenziali*, RGL, 2006, n. 2, pp. 277 e ss.
- D'ANDREA, *L'istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, Lav. Prev. Oggi, 2004, pp. 24 e ss.
- D'ANTONA M., - *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, in CARUSO B. SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, I, p. 155.
- *«Chi rappresenta chi»: i debiti della decima legislatura*, LD, 1992, p. 531.
- *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, n. 3, 1990, p. 529.
- *Diritto del Lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in CARUSO B. SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, I, pp. 221 e ss.
- *I contratti a termine per «punte stagionali» tra delegificazione e rilegificazione*, RGL, 1986, II, p. 102
- *I contratti a termine*, in *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, ESI, Napoli, 1988, pp. 11-127 ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, p. 1183.
- *I limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL; 1995, I, pp. 63 e ss. ora in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 189 e ss.
- *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1203 e ss.
- *Il Diritto del Lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in RGL, n. 3, 1999, p. 17.
- *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del convegno del Centro Studi Domenico Napoletano, Roma, 27 maggio 1996, Cacucci, Roma-Bari, 1997, pp. 145 e ss.

- *L'anomalia post positivista nel diritto del lavoro e la questione del metodo*, RCDP, 1990, pp. 207 e ss.
- *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117.
- *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 249.
- *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, ora in, CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1221 e ss.
- *Le metamorfosi della subordinazione*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1272 e ss.
- *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, pp. 9-25 ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, pp. 287 e ss.
- *Uguaglianze difficili*, in CARUSO B. SCIARRA S., (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, I, p. 165.
- *Variabili normative condizionanti le alternative fra contrattazione collettiva e individuale*, in CARINCI F. (a cura di), *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 42 e ss.
- Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro* in D'ANTONA M., ALAIMO A., ARRIGO G., MARESCA A., PESSI R. (a cura di), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, ESI, Napoli, 1988, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. pp. 1154 e ss.
- D'ONGHIA M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005.
- *Contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 271 e ss.
- DÄUBLER W., *Deregolazione e flessibilizzazione nel diritto del lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 172 e ss.;
- DAVARA RODRÍGUEZ M. A., *El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica*, Actualidad Informática Aranzadi, 1997, n. 24, pp. 13 e ss.
- DEAKIN S., WILKINSON F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, 1999, pp. 587 e ss.
- *Ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, DML, 2002, n. 2, pp. 29 e ss.
- DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, pp. 293 e ss.
- *Il nuovo contratto a termine: considerazioni su regime sanzionatorio*, Relazione presentata al Convegno in materia di lavoro termine organizzato dal Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", ora in ADL, 2002, p. 768 e ss.
- DE CASTRO F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- DE CUPIS A., *Sul contestato principio di libertà delle forme*, RDC, 1968, II, pp. 203 e ss.
- DE FRANCESCO A., *El "mundo feliz" del liberalismo*, CRL, n. 16, 2000, p. 77

- DE LA VILLA GIL L. E., *El concepto de «trabajador» (en torno al artículo 1.1)*, REDT, 2000, n. 100, pp. 1 e ss.
- *En torno al concepto del Derecho español del Trabajo*, RT, 1969, n. 26.
 - *La elaboración científica en el Derecho del Trabajo*, ACJ, 1971, pp. 154 e ss.
- DELL'OLIO M., *Contratto di lavoro e formazione*, DL, 1986, II, pp. 378 e ss.
- *La subordinazione nell'esperienza italiana*, ADL, n. 3, 1998, p. 697.
 - *Le «nuove tipologie» e la subordinazione: lavoro intermittente e ripartito*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 301 e ss.
 - *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro*, DL, I, 2005, p. 1.
 - *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 101 e ss.
- DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO M., *Los difusos contornos del trabajador dependiente*, Doc. Lab., 2001, n. 66, pp. 49 e ss.
- DEL PUNTA R., *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 2001, pp. 335 e ss.
- *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, pp. 3 e ss.
 - *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, DRL, 2002, pp. 545.
- La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 2 e ss.;
- *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, RIDL, 2000, I
- DE LUCA TAMAJO R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 25/2003 disponibile sul sito internet: www.unict.it;
- *Evoluzione o sconvolgimento delle regole del gioco*, in ROMEO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, in DL, Quaderni, 2003, n. 8, pp. 65 e ss.
 - *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in DE LUCA TAMAJO R., CESSARI A. (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 1 e ss.
 - *I contratti di riallineamento retributivo*, RGL, 1999, n. 3, pp. 79 e ss.
 - *Il lavoro e i lavori*, LD, 1989, pp. 417 e ss.
 - *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1973
 - *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, ADL, 1997, n. 5, pp. 41 e ss
 - *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ADL, n. 2, 2005, p. 467.
 - *Statuto dei lavoratori e diritto del lavoro della crisi*, in DE LUCA TAMAJO R., CESSARI A. (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 25 e ss.
 - *Tecniche e politiche della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporto di lavoro*, ADL, 2007, n. 4-5, pp. 857 e ss.
- DE LUCA TAMAJO R., FLAMMIA R., PERSIANI M., *La crisi della nozione di subordinazione della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, Lav. Inf., 1996, pp. 75 e ss.
- DE LUCA TAMAJO R., VENTURA L., *Il diritto del lavoro nell'emergenza, (la legislazione degli anni 1977-1978)*, Jovene, Napoli, 1079.

- DEL REY GUANTER S., *Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, REDT, 1996, n. 77, pp. 425 e ss.
- *Contrato de trabajo y derechos fundamentales*, in ALARCÓN CARACUEL M. (coord), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 31 e ss.
 - *Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo*, RL, 1989, n. 10, pp. 7 e ss.
- DE MARINIS N., *La concezione contrattualistica del Diritto del Lavoro tra deregolazione e giuridificazione*, DL, I, 1991, p. 328.
- *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, DL, n. 12, 2006, pp. 77 e ss
 - *Né privato né pubblico. Il modello costituzionale del "pluralismo istituzionale"*., in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e ...*, op. cit., pp. 202 e ss.
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974
- DE SEBASTIÁN L., *Neoliberalismo global. Apuntes críticos de economía internacional*, Trotta, Madrid, 1997.
- DESIARDINS B., *La solitudine nel lavoro*, LD, 1995, p. 51.
- DE SOTO RIOJA S., *El derecho del trabajo: entre la unidad y la fragmentación*, TL, 2001, n. 60, pp. 33 e ss.
- DÍAZ E., *La filosofía social del kruasismo español*, Cuadernos para el dialogo, Madrid, 1973.
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Parte I. Introducción. Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1996.
- *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 36 e ss.
- DI MAJO A., *Incontro di studio civil-lavoristico*, in SANTORO PASSARELLI G., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 21
- *Libertà contrattuale e dintorni*, RCDP, 1995, pp. 5 e ss.
- DONDI G., *Sull'istituto della certificazione nel d. lgs. n. 276 del 2003*, DL, 2004, n. 3-4, p. 1067.
- DUEÑAS HERRERO L. J., *¿Trasgresión o transformación en el Derecho del Trabajo?*, RL, 1998, n. 2, pp. 7 e ss.
- DURÁN LÓPEZ F., *Globalización y relaciones de trabajo*, REDT ? p., 869.
- DURÁN LÓPEZ F., CARMEN SÁEZ L., *Libertad sindical y acción sindical en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, in ALARCÓN CARACUEL M. R. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 123 e ss.
- DURAN LÓPEZ F., MONTOYA MELGAR A., SALA FRANCO T, *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades de empresario*, MTSS, Madrid, 1987.
- ECHEVARRÍA DE RADA T., *El formalismo como característica del derecho de consumo*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2000, n. 1863, pp. 617 e ss.
- ERMIDA URIARTE Ó., HERNÁNDEZ ÁLVAREZ Ó., *Crítica de la subordinación*, REDT, 2003, n. 116, pp. 167 e ss.
- ESCOBAR JIMÉNEZ J., *La flexibilización del mercado de trabajo en la protección social. Especial referencia sobre los contratos de aprendizaje y a tiempo parcial marginales: algunas reflexiones sobre su posible inconstitucionalidad*, in BAYLOS GRAU A. (coord.), *La reforma laboral del 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 57 e ss.

- ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*, CES, Madrid, 2000.
- ESCUDERO E., BERCUSSON B., BLANC JOUVAN X., WEYAND J., *Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuale?*, LD, 1987, p. 537 e ss.;
- ESCUDERO RODRÍGUEZ R., *Adaptabilidad y causalidad en la negociación colectiva posterior a la reforma*, RL, 1997, n. 1, pp. 205 e ss.
- *Autonomía colectiva y autonomía individual. Selección de jurisprudencia*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp 156 e ss.
 - *Relazioni industriali: contrattazione collettiva o individuale?*, LD, 1987, pp. 674
- EU., *Economically dependent work/parasubordination: legal, social and economic aspects*, Ottobre 2002, disponibile sul sito internet: www.ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_it.pdf.
- EWALD F., *Concepto del derecho social*, Contextos, n. 1, 1997, p. 101.
- FABRIS P., *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1978.
- FAIRCLOUGH N., *Representaciones del cambio en el discurso neoliberal*, CRL, n. 16, 2000, p. 13.
- FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007.
- FERGOLA P., *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, LD, 1990, pp. 463 e ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., *El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar*, in FERNÁNDEZ LÓPEZ M. F., (coord.) *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 21 e ss.
- *Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal*, TL, 2006, n. 85, pp. 43.
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ Ó., *La forma en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2002.
- *La forma en el contrato de trabajo: regulación histórica y última tendencias*, REDT, 2002, n. 111.
- FERRANTE V., *Orario di lavoro e part-time: nuove discipline a confronto*, Relazione al Convegno organizzato dal Centro nazionale di Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Milano, 9 marzo 2004.
- FERRARO G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, DLRI, 1998, p. 429.
- *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, DLRI, 1986, p. 667, ora in ID, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 74 e ss.
 - *Formalismo giuridico e Diritto del Lavoro*, in DLRI, 1989, p. 555.
 - *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, 2002, I, pp. 423 e ss.;
 - *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.
 - *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in AA.VV., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 161 e ss.
 - *Prospettive di riforma del Libro V del Codice Civile*, DLRI, 1982, p. 1 e ss.
 - *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, WP. C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 30/2005, disponibile sul sito Internet: www.unict.it.
 - *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2002.

- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.
- *La autonomía privada*, trad. spagnola a cura di Rancho Mendizábal L., ed. spagnola a cura di MONEREO PÉREZ J. L., Comares, Granada, 2001.
- FERRI L., voce *Negozio giuridico*, Dig. Disc. Priv., sez. civ., Torino, 1995, p. 161.
- FILÌ V., *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Kluwer Ipsoa, Milano, 2002.
- FLAMMIA R., *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, MGL; 1997, pp. 161 e ss.
- FOGLIA L., *I servizi ispettivi nel sistema riformato e deflazione del contenzioso*, Lav. giur., 2006, n. 5, pp. 426 e ss.
- FREEDLAND M., *La tutela del lavoratore nel contratto di lavoro e nel mercato*, in DML, n. 3, 2000, p. 555.
- GAETA L., *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, ESI, Napoli 1986.
- *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 120 e ss.
 - *La dignità del lavoratore e i «turbamenti» dell'innovazione*, LD, n. 2, 1990, p. 203.
 - *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993.
 - *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003.
 - *Normale e "altro" nel diritto del lavoro. Primi appunti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 155 e ss.
 - *Nuove regole per il lavoro che cambia?*, LD, n. 3, 2001, p. 467.
 - *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. storie di uomini e di schieramenti*, LD, n. 2, 1994, p. 207.
 - *Qualità totale e teoria della subordinazione*, DRI, 1994, p. 4.
 - *Sussidiarietà e sicurezza sociale: una "prospettiva storica dell'approccio "a più livelli"*, Working Paper n. 61/2005, disponibile sul sito internet: www.unct.it/lavoro.
 - *Tempo di non-lavoro e corporativismi in Italia e in Germania*, in VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi...*, op. cit. pp. 255 e ss.
 - *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, LD, n. 1, 1998, p., 35.
- GAETA L., STOLFA F., TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Utet, Torino, 1993.
- GAETA L., STOLFI E., *Visioni del diritto e impegno politico in Emanuele Gianturco*, Pro Loco Avigliano, Avigliano, 2007.
- GAY MONTELLA R., *Reformas en el Código civil español en orden al proletariado*, RJC, 1910, pp. 197 e ss.
- GALANTINO L., *Il diritto del lavoro e la società dell'informazione*, DL, 1985, I, pp. 542 e ss.
- GALGANO F., *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1980.
- *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 2002, pp. 21 e ss.
 - *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, *Contratto e Impresa*, 2000, pp. 919 e ss.

- *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1977, I, pp. 511 e ss.
- *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 669 e ss.
- GALLINO L., *Se tre milioni vi sembrano pochi. Sui modi per combattere la disoccupazione*, Einaudi, Torino, 1998.
- GALLEGO MORALES A. J., *Commentario al articolo 8 del ET*, in MONEREO PÉREZ J. L. (Dir.), *Commentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, p. 177;
- GARCÍA BLASCO J., *Legge, autonomia collettiva e contrattazione individuale*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 375 e ss.
- *Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo. La sentencia del TS de 26 de febrero de 1986 sobre "mensajeros"*, RL, 1987, 11, pp. 535 e ss.
- GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo (En torno al artículo 8)*, REDT, n. 100, 2000, I, pp.
- GARCÍA MURCIA J., *Los transportistas de mercancías*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 136 e ss.
- GARCÍA MURCIA J., MARTÍNEZ MORENO C., *La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo. Una primera aproximación a la Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre de 1991*, RL, 1992.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTIN I., *Contrattazione individuale «in serie» e condotta antisindacale*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 359 e ss.
- *Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador*, in RDS, n. 4, 1998, pp. 9 e ss.
- GARCÍA PIQUERAS M., *Reflexiones sobre el contrato de agentes de seguros privados. En la umbría de las zonas grises*, TL, 1994, n. 30.
- GARCÍA RUBIO M. A., *Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa*, RL, 1995, n. 18, pp. 1 e ss.
- GARGIULO U., *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contraenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 48/2004, disponibile sul sito internet: www.unict.it.
- *Natura ed effetti del negozio certificato*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, p. 321.
- GARILLI A., *Flessibilità e subordinazione*, in ROMEO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro ...*, op. cit., p. 101.
- *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, RGL, 2005, n. 2, pp. 440 e ss.
- GARCÍA BLASCO J., *Legge, autonomia collettiva e contrattazione individuale*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 375 e ss.
- GARCÍA FERNÁNDEZ M., *La forma del contrato de trabajo (En torno al artículo 8)*, REDT, n. 100, 2000, I, pp.
- GARCÍA MURCIA J., *El trabajo atípico en la Jurisprudencia reciente: notas más destacadas*, RL, 1987, n. 7/8, pp. 85 e ss.

- *Los transportistas de mercancías*, in AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 136 e ss.
- GARCÍA-PERROTE I., *Contrattazione individuale «in serie» e condotta antisindacale*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 359 e ss.
- GAROFALO D., *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 31 e ss.
- GAROFALO M. G., *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in GAROFALO M. G., RICCI M., (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 127.
- *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti (dopo il d. lgs. n. 276/2003)*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 425 e ss.
- *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, II, pp. 359 e ss.
- *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 145 e ss.
- *Recensione al libro di PEDRAZZOLI M., Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985, in DLRI, 1987, pp. 895 e ss.
- *Un profilo ideologico del Diritto del Lavoro*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, p. 453.
- GARZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, RDC, 1978, I, p. 74.
- GASCÓ GARCÍA E., *El contrato de aprendizaje, como medida urgente de fomento de la ocupación (Ley 10/1994, de 19 de mayo)*, in BAYLOS GRAU A. (coord.), *La reforma laboral del 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 13 e ss.
- GENOVESI A., *Quelle pericolose deformazioni*, e ID., *Ipsettori dalla parte delle imprese*, entrambi disponibili sul sito internet: www.rassegna.it.
- GENTILI A., *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 803 e ss.
- GHEIDO M. R., CASOTTI A., *Riforma del lavoro: le novità del correttivo*, DPL, 2004, n. 41, pp. 2606 e ss.
- GHERA E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002.
- *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino 2006.
- *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, p. 277.
- *La concertazione sociale nell'esperienza italiana*, RIDL, 2000, I, pp. 115 e ss.
- *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1988, pp. 621 e ss.
- *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, DLRI, 1979, p. 362.
- *Lodovico Barassi e Paolo Greco*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 246,
- *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, Dir. Prat. Lav., 2002, n. 8, pp. 527 e ss.
- *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in AA.VV., *Studi sul lavoro, Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, pp. 477 e ss.

- *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in GAROFALO M. G., RICCI M., (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 323 e ss.
- *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Atti in onore di Gino Giugni*, 1999, pp. 503 e ss.
- GHEZZI G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 1996.
- *Mercato del lavoro, tipologie e definizioni*, DL, 2003, pp. 321 e ss.
- GHEZZI G., LYON CAEN A., MARTÍN VALVERDE A., ALARCÓN CARACUEL M. R., *El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo*, TL., 1984, n. 1, pp. 71 e ss.
- GHEZZI G., PUGLIESE E., SALVATI M., *Tre commenti a il lavoro e il mercato di Pietro Ichino*, DLRI, 1997, pp. 163 e ss.
- GHEZZI G., ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995.
- *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1999.
- GIL SUÁREZ L., *Validez e invalidez del contrato de trabajo (En torno all'art. 9)*, REDT., 2000, I, n. 100, pp. 351 e ss.
- GIANNINI M. S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, Pol. Dir., 1971, pp. 443 e ss.
- *Rilevanza costituzionale del lavoro*, RGL, 1949, I, pp. 19 e ss.
- GIANTURCO E., *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, 1891.
- GIORGIANI M., *Forma degli atti (diritto privato)*, Enc. Dir., XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 994.
- GOÑI SEIN J. L., *Los contratos formativos en la Ley 12 del 2001: alteraciones en el ámbito subjetivo*, RL, 2002, n. 1, pp. 575 e ss.
- GIROLA L., *Anomia e individualismo. Del diagnostico de la modernidad de Durkheim al pensamiento contemporáneo*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- GIUBBONI S., *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, RGL, 2002, I, p. 515.
- *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, DLRI Quad., 2004, n. 27, pp. 9 e ss.
- GIUGNI G., *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, DLRI, 1985, pp. 53 e ss.
- *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, DLRI, 1979, pp. 24 e ss.
- *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 1986, pp. 317 e ss.
- *I limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, DL, 1958, I, pp. 75 e ss.
- *Il Diritto del Lavoro alla svolta del secolo*, DLRI, 2000, pp. 177 e ss.
- *Il diritto del lavoro ieri, oggi, domani*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 287 e ss.
- *Il diritto del lavoro negli anni '80*, DLRI, 1982, pp. 373 e ss.
- *La lunga marcia della concertazione. Conversazioni con Paola Ferrari e Carmen La Macchia*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- *Il diritto del lavoro ed i suoi interlocutori*, RTDPC, 1970, ora in ID., *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 219 e ss.
- *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, DL, I, pp. 5 e ss.
- *Limiti legali all'arbitrato nelle controversie di lavoro*, DL, 1958, I, pp. 66 e ss.
- *Prospettive del Diritto del Lavoro per gli anni '80*, DLRI, 1982, pp. 373 e ss.
- GIUGNI G., MENGONI L., VENEZIANI B., *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, DLRI, 1995, p. 471.
- GÓMEZ-IGLESIAS CASAL A., *De la locatio conductio al contrato de trabajo*, REDT, 1995, n. 70, pp. 182 e ss.

- GONZÁLES-POSADA MARTÍNEZ E., *El derecho del trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.
- *El trabajo y la forma jurídica*, RL, n. 10, 2003, p. 43.
- GONZÁLEZ ORTEGA S., *La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo*, RL, 1987, n. 8, pp. 22 e ss.
- *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, in AA.VV., *Cuestiones actuales de derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.
- GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa*, RDCComm., 1956, I, pp. 18 e ss. ora in RODOTÀ S., *Il diritto privato nella ...*, op. cit., pp. 291 e ss.
- GORZ A. (trad. spagnola), *Metamorfosis del trabajo. Búsqueda del sentido*, Sistema, Madrid, 1995, trad. italiana, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992
- GOTTARDI D., *Concertazione e unità sindacale. L'Accordo Interconfederale sui contratti di inserimento*, LD, 2004, p. 237.
- GRAGNOLI E., *Certificazione e prime esperienze applicative*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 2179 e ss.
- *Collocamento privato e attività dell'intermediario*, in DML, n. 2, 1999, pp. 293 e ss.;
 - *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996.
 - *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, RGL, 2004, n. 4. pp. 543 e ss. ora in NAPOLI M. (a cura di), *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 641 e ss.
 - *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, RIDL, 1998, II, pp. 440 e ss.
- GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004.
- GRANDI M., *Diritto del lavoro e società industriale*, RDL, I, 1987, p. 3 e ss.
- *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 123 e ss.
 - *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in ADL, 1999, p. 309.
 - voce *Rapporto di lavoro*, Enc. Dir., vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987.
 - *“Il lavoro non è una merce”: una formula da rimediare*, LD, n. 4, 1997, p., 557.
 - *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bolina, 1989, pp. 79 e ss.
 - *Persona e contratto di lavoro. riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, ADL, 1999, pp. 309 e ss.
- GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in VASSALLI F., *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1939, pp. 24 e ss.
- *Una questione di carattere*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, p. 215.
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto del contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1999.

- GUADAGNINO A., *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, RGL, 2004, n. 4, pp. 389 e ss.
- *I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il D. Lgs. 124/2004*, disponibile sul sito internet: www.altalex.com
- GUTIÉRREZ-GAMERO F., *Legislación industrial*, Moliner, Madrid, 1914, I
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO B., *Naturaleza laboral o extralaboral de los servicios de los transportistas y competencia del orden jurisdiccional social: ¿respuestas provisionales ante las propuestas de próxima regulación del trabajo económicamente dependiente? (comentario a la STS 4ª de 19 de diciembre de 2005)*, RL, 2006, n. 10, pp. 31 e ss.
- HEPPLE B., *La armonización de los sistemas laborales en los países miembros de la Comunidad Europea*, Economía y sociología del trabajo, 1989, pp. 213 e ss.
- HERNÁNDEZ GIL A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976
- HERNÁNDEZ S., *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, DL, 2002, I, p. 32.
- *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in Romeo C (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del convegno di Studi tenutosi a Catania, 10-11 maggio 2002, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Migliorazzi, Roma, 2003, pp. 17 e ss.
- HINOJOSA FERRER C., *El contrato de trabajo*, Reus, Madrid, 1932.
- HUERTAS BARTOLOMÉ T., LÓPEZ LÓPEZ J., *La ampliación de las fronteras del Derecho del Trabajo español tras la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, CRL, 1992, n. 1, pp. 69 e ss. - *Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad europea*, CRL, 2002, n. 20, pp. 119 e ss.
- HYMAN R., *La rigidez flexible ¿ un modelo para una Europa social?*, CRL, 2001, n. 19, p. 17.
- ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, RIDL, I, 1994, pp. 399.
- ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, ADL, 2006, n. 2 pp. 459 e ss.
- *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano*, RIDL, 2007, I.
- *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A., Messineo F., Mengoni L. e continuato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano, 2003, III, p. 600.
- *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, LD, n. 2, 1998, p., 309.
- *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, pp. 203 e ss.
- *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.
- *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Giuffrè, Milano, 1992.
- *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, I.
- *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, Relazione presentata al Convegno "Nuovi lavori e tutele" Centro Nazionale di Studi "Domenico Napoletano", Napoli, 28-29 gennaio 2005.
- *La rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto*, Quad. RIDL, I, 1989, p. 35.
- *Lavoro subordinato definizione ed inquadramento*, Giuffrè, Milano, 1992
- *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonomo o subordinata*, RIDL, 1987, II, pp. 26 e ss.

- *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.
- .- *Il diritto del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, II, pp. 911 e ss.
- Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas*, 31 gennaio 2005, disponibile sul sito internet: www.mtas.es.
- IRTI N., *Idola libertatis (tre esercizi sul formalismo giuridico)*, Milano, 1985, pp. 85 e ss.
- *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998.
- *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. VIII e ss.
- IZZI D., *La direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, DRI, 1998, n. 3, pp. 393 e ss.
- JANNACONE P., *Contratto di lavoro*, Enc. Giur. it., 1898, III, p. 1041.
- JEAMMAUD A., *El derecho del trabajo en 1988: un cambio de orientación más que una crisis*, TL., 1989, n. 14, pp. 28
- *Il diritto del lavoro alla prova del cambiamento*, LD, n. 3, 1997, p. 339 e ss.
- JORI M., voce *Formalismo giuridico*, in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., Utet, Torino, 1992, VIII, pp. 426 e ss.
- LALLEMENT M., *Globalización: ¿qué podemos decir de ella?*, CRL, 2001, n. 19, p. 31.
- LAMBERTUCCI P., *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, ADL, 2001, p. 530;
- LANDA ZAPIRAIN J. P., *Perspectivas de la concertación después de la crisis: un marco de negociación descentralizada*, pp. 369 e ss.
- LANGE P., *Il declino della concertazione e gli accordi italiani: alcune ipotesi sulle radici politiche della concertazione in Italia*, in Vardaro G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, pp. 367 e ss.
- LARENZ K., *Derecho civil. Parte General*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pp. 559 e ss.
- LASSANDARI A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, WP, C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", 2005, n. ???, www.unicit.it.
- LECCESE V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n.66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 40/2006 disponibile sul sito internet: www.uncit.it.
- *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 189 e ss.
- *L'orario di lavoro*, Cacucci, Bari, 2001
- LEGAZ LACAMBRA L., *Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, RDP, 1943, n. 319.
- LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993
- LILLO E., *La individualización de las relaciones laborales desde el punto de vista sindical*, RL, 1991, n. 20-21, pp. 146 e ss.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, RDC, 1968, I, pp. 297 e ss.
- LISERRE A., voce *Forma degli atti*, Enc. Giur. Treccani, 1898, Diritto civile, XIV, pp. 1 e ss.
- LISO F., *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona" n. 42/2004.
- *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del*

- lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 365 e ss.;
- *Collocamento e agenzie private*, DLRI, 2002, pp. 258 e ss. ora anche in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2003, pp. 517 e ss.;
 - *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, F. Angeli, Milano, 1982.
 - *Riflessioni sulla riforma del mercato del lavoro*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 304.
- LO FARO A., *Così fan tutti? Politica e politica del diritto nelle riforme dei governi conservatori in Italia e in Spagna*, LD, 2002, pp. 505 e ss.
- LO FARO A., ANDRONICO A., *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, DLRI, 2005, pp. 514 e ss.
- LOFFREDO A., *L'accordo spagnolo sulla estabilidad del empleo*, LD, 1998, pp. 201 e ss.
- LOI P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, 1999, p., 547.
- LOPÉZ GANDÍA J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LÓPEZ LÓPEZ J., *La contratación temporal y el fraude de ley*, RL, 1990, pp. 21-23..
- LOPÉZ MORA F., *La actividad de los agentes comerciales y su problemática laboral. A proposito de la ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia*, TS, 1993, n. 28 pp. 20 e ss.
- LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *La legislazione di sostegno in Italia e Gran Bretagna*, DLRI, 1990, p. 59.
- LOY G., *El dominio ejercido sobre el trabajador*, RL, 2005, n. 19-20, pp. 59 e ss.
- *Formazione e rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1988
 - *Riflessioni «povere» sulla concertazione all'indomani dell'esequie*, LD, 2004, p. 317.
 - *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino Bologna, 1989, pp. 51 e ss.
- LUBERTO M., *La crisi della concezione giuspositivistica delle fonti del diritto e le nuove metanorme sulla produzione*, disponibile sul sito internet: www.cirfid.unibo.it.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.
- LUJÁN ALCARAZ J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994.
- LUNARDON F., *Commi 2, 3, 4. I requisiti formali*, in MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 71
- *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 87 e ss.
 - *L'evoluzione del concetto di subordinazione nell'elaborazione dottrinale*, QDLRI, 1998, n. 21, p. 265.
 - *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, DLRI, 1990, pp. 403 e ss.
 - *Specialità e flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 545 e ss.
- LYON-CAEN G., *La cortina di fumo*, LD, n. 3, 1997, p. 335.

- *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in un'economia globalizzata*, LD, 2004, pp. 257 e ss.
- MAGNANI M., *Contratti di lavoro e organizzazione*, ADL, n. 1, 2005, p. 121.
- *Disposizione dei diritti*, in *Digesto*, COM, V, Utet, 1990, pp. 51 e ss.
- MAGNANI M., SPATARO S., *Il lavoro a progetto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 27/2004, disponibile sul sito internet: www.unict.it
- MAGRINI S., voce Lavoro (contratto individuale), in *ED*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 369.
- MAINARDI S., *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006*, n. 80, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 45/2006 disponibile sul sito internet www.unict.it
- MANCINI F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957,
- *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, RTDPC, 1966, p. 895.
- MARAZZA M., *Il mercato del lavoro dopo il caso Atesina. Percorsi alternativi di rientro dalla precarietà*, ADL, 2007, n. 2.
- *La crisi dell'egualitarismo sessantottino nella società del lavoro "borghese": la subordinazione attenuata dell'epoca postindustriale*, ADL, 2007, pp. 928 e ss.
- MARESCA A., *Concertazione & contrattazione*, ADL, 2000, n. 2, pp. 197 e ss.
- *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, RIDL, 1984, I, pp. 493-94.
- *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, RGL, 1987, I, p. 43.
- MARINI A., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, RCDP, 1986, p. 288.
- MARIOSI F., *Sulla rinunciabilità e transigibilità dei diritti nell'area delle mansioni*, RGL, I, 2001, p. 75.
- MARIUCCI L., *Concertazione e unità sindacale. Tre tesi e tre domande*, LD, 2004, p. 267.
- *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, saggio destinato agli *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*.
- *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive e individuali di lavoro*, LD, 2002, pp. 259 e ss.
- *Il diritto del lavoro della seconda Repubblica*, LD, n. 2, 1997, p. 163.
- *Il sorriso dei Federico e la lampada di Aladino. Commentando un'autoanalisi del diritto del lavoro*, LD, n. 1, 2000, p. 5.
- *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, LD, 2004, pp. 7 e ss.
- *Lavoro decentrato. Discipline legali e contrattuali*, F. Angeli, Milano, 1979
- *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Giappichelli, Torino, 2003.
- *Subordinazione ed itinerari della dottrina*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 70-71.
- MARTÍN BRICEÑO M. R., *La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato*, Aranzadi Civil, 2001, n. 1, pp. 1971 e ss.
- MARTÍN BLANCO J., *El contrato de trabajo*, RDP, 1957, II.
- MARTÍN VALVERDE A., *El Derecho del Trabajo de la crisis en España*, REDT, 1986, pp. 165 e ss.
- *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, in MONTOYA MELGAR A., MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO F. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 209.

- *Fronteras y «zonas grises» del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)*, RMTAS, 2002, n. 38, pp. 21 e ss.
 - *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*, in AA.VV., *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 75 e ss.
 - *La Directiva 91/533 sobre la obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo*, AL, 1992, n. 12, pp. 195 e ss.
 - *Lectura y relectura de la «Introducción al Derecho del Trabajo» del Profesor Alonso Olea*, REDT, 1996, n. 77, pp. 401 e ss.
- MARTÍNEZ LUCIO M., *Legitimar el mercado: el neoliberalismo y el “juego” de la integración monetaria europea en España*, CRL, n. 2, 2002, p. 385.
- MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, Quaderni Fiorentini, nn. 3-4, 1974-75, p. 103.
- MARVAUD A., *La cuestión social en España*, Revista de Trabajo, Madrid, 1975.
- MASSI E., TOFACCHI F., IANNELLA M. T., *La nuova disciplina del part-time*, DPL, *Inserto*, 2000, n. 16, pp. III e ss.
- MATTAROLO M. G., *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano 2000;
- MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.
- *La riforma della flessibilità del lavoro*, DL, 2003, II, p. 489.
 - *Flessibilità del lavoro e legge delega*, DML, 2003, n. 1-2, pp. 21 e ss.
- MAZZONI G., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1977.
- MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, DLRI, 1991, p. 490 (ora anche in ID., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 29 e ss.).
- *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. ????
 - *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002.
 - *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005.
 - *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, LD, n. 2, 1998, p. 359.
 - *Lavoro, impresa, uguaglianza*, LD, n. 3-4, 2004, p. 593.
 - *Variazione sui poteri privati e, clausole generali e parità di trattamento*, DLRI, 1989, pp. 583 e ss.
- MÉDA D., *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*, Gedisa, Barcelona, 1998 (trad. It. dell'originale francese, *Le travail. Une valeur en voie de disparition*, Aubier, Paris 1995, a cura di SERRA A., *Società senza lavoro. Per una nuova filosofia dell'occupazione*, Feltrinelli, Milano, 1997).
- MEDINA CASTILLO J. E., *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*, Comares, Granada, 1999.
- MENGHINI L., *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, RGL, 2006, I, pp. 695 e ss.
- *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, QDLRI, 1998, n. 21, p. 170 e ss.
- MENGGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in Banca-Borsa, tit. cred., 1997, I, pp. 2 e ss.
- *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, Riv. Soc, 1965, p. 675.

- *Diritto Civile*, in MENGONI, PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, I, 1990, p. 6
- *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, Cedam, Padova, 1963, III, pp. 1075 e ss., ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 165 e pp. 147 e ss.
- *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, 2000, pp. 181 e ss.
- *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in BOLDT G., CAMERLYNCK G., HORION P., KAYSER A., LEVENBACH M. G., MENGONI L. (a cura di), *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 413 e ss.
- *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, Relazione presentata al Congresso Aidlass, "Il diritto del lavoro alla svolta del secolo", Ferrara, 11-13 maggio 2000, disponibile sul sito www.aidlass.org.
- *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, RIDL, 1988, pp. 7 e ss.
- *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 387 e ss.
- *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, RIDL, 1986, I, pp. 5 e ss.
- *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, RTDPC, 2001, pp. 239 e ss.
- *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, RDC, 1954, I, pp. 188 e ss.
- MERCADER UGUINA J. R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 121 e ss.
- MIGLIORAZZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, DL, 1940, I, pp. 125 e ss.
- MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, RDL, 1958, I, pp. 618 e ss.
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Ottobre 2001, disponibile sul sito www.welfare.gov.it.
- MISCIONE M., *Il "correttivo" 2004 del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Lav. Giur., 2004, n. 7, pp. 621 e ss.
- MODICA I., *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Palermo, 1897
- *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in IV Congr. Giur. naz., Napoli, 1897, II, pp. 10 e ss.
- MOLINA NAVARRETE C., «Formalismo» jurídico, «democracia» en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma, REDT, 1995, n. 70.
- MOLINA NAVARRETE C., MONEREO PÉREZ J. L., *Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»*, Rev. Rel. Lab., 2003, n. 8, pp. 99 e ss.
- MOLTALVO CORREA J., *Fundamentos del Derecho del Trabajo. Formación histórica, ámbito de aplicación, concepto*, Civitas, Madrid, 1975, p. 149.
- MONEREO PERÉZ J. L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1996

- *Estudio preliminar*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), RIPERT G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. spagnola dell'edizione del 1946 a cura di Quero Morales J., Comares, Granada, 2001.
 - *Estudio preliminar*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), MENDER A., *El derecho civil y los pobres*, trad. spagnola a cura di Posada A., Comares, Granada, 1998.
 - *Fundamentos doctrinales de Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.
 - *Introducción*, in MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), FERRI L., *La autonomía privada*, trad. spagnola a cura di Rancho Mendizábal L., Comares, Granada, 2001.
 - *La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo*, REDT, n. 96, 1999, p. 495.
 - *La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho: significación técnica de la dependencia y ajenidad*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 214 e ss.
 - *Subordinación y trabajo autónomo*, RL, 2004, n. 4, pp. 11 e ss.
- MONTOYA MELGAR A., *El diálogo social en el Derecho del Trabajo*, RMTAS, 1997, n. 13, pp. 141 e ss.
- *El Reformismo Social en los orígenes del Derecho del Trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (RMTAS), 2003, n. extraordinario para el Centenario del Instituto de Reformas Sociales.
 - *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Civitas, Madrid, 1992.
 - *La estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones*, REDT, 1982, n. 10, pp. 161 e ss.
 - *Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del derecho del trabajo*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 57 e ss.
- MONTUSCHI L., *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, DLRI, 2003, p. 154;
- *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, LD, n. 1, 1993, p. 21.
 - *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.
 - *Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam Padova, 2005, pp. 715 e ss.
- MORENO DE TORO C., *Contrato del trabajo y autonomía de la voluntad*, RL, n. 12, 1996, p. 20.
- MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, ora in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005.
- NADALET S., *Diritto del Lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, LD, 2002, p. 99.
- *Insegnamenti e incognite di un'indagine su un diritto vivente del lavoro, in Eguaglianza e nuove differenze nel diritto del lavoro. una riflessione sui lavori flessibili (parte seconda)*, LD, 2005, pp. 3 e ss.
- NANNIPIERI L., *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, RIDL, 2006, I, pp. 327 e ss.
- NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, pp. 1102 e ss.

- (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003.
- *Il «Libro Bianco» del Governo sul mercato del lavoro*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, pp. 727 e ss.
- *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il Diritto del Lavoro?*, in *Jus*, I, 1998, p. 51.
- *Ritornare a Barassi?*, in ID, *Il Diritto del Lavoro tra conferme e sviluppi (2001 – 2005)*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 3 e ss.
- NAPOLI M., TREU T., *Dalle ragioni del diritto ad un Diritto del Lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni*, LD, 1995, pp. 589 e ss.
- NATOLI U., *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982.
- NAVARRO DE PALENCIA A., *Socialismo y derecho criminal*, Reus, Madrid, 1919.
- NAVARRO V., *Neoliberalismo y Estado del bienestar*, Ariel, Barcelona, 2000.
- NAVONA G., *Username e password, sono firme elettroniche leggere?*, *Diritto&Diritti*, disponibile sul sito internet: www.diritto.it.
- NICCOLAI A., *Detipizzazione, differenze, diritti sindacali*, LD, 2004, p. 619.
- *Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale*, LD, n. 2, p. 1998, p., 345.
- NIKISCH A., *La incorporación y su significación para el Derecho del Trabajo*, RPS, 1961, pp. 18 e ss.
- NOGLER L., *Ancora su tipo e rapporto di lavoro nell'impresa*, ADL, 2002, pp. 109 e ss.
- *Divide ed impera: sull'irrealistico riparto di competenze proposto dalla Corte in tema di vigilanza in materia di lavoro*, disponibile sul sito internet: www.forumcostituzionale.it. ora pubblicato nel n. 2-3/ 2006, pp. 448 e ss. della Rivista *Le Regioni*.
- *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, MGL, 2003, n. 3, pp. 110 e ss.
- *Individui, istituzioni e scelte pubbliche nel diritto del lavoro della seconda Repubblica*, LD, n. 2, 1998, p., 272.
- *La certificazione dei contratti di lavoro*, DLRI, 2004, p. 209.
- *L'idea nazionalsocialista di un “nuovo ordine europeo” e la dottrina corporativa italiana*, DLRI, n. 91, 2001, p. 317.
- *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, pp. 200 e ss
- *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997,
- *Statuto dei Lavori e certificazione*, DI, 2003, II, p. 547.
- NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, n. 2, 2003, pp. 509 e ss.
- *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nella disciplina del lavoro a progetto*, LD, 2004, pp. 117 e ss.
- NOZICK R., *Anarchia Stato e Utopia. I fondamenti filosofici dello “stato minimo”*, Firenze, 1981.
- Numero monografico (nn. 3-4, 1974-75) di Quaderni Fiorentini, “*Il Socialismo Giuridico. Ipotesi e letture*”.
- O'HIGGINS P., *«Il lavoro non è una merce». Un contributo irlandese al diritto del Lavoro*, DLRI, 1996, p. 295.
- OJEDA AVILÉS A., *Autonomía colectiva y autonomía individual*, RL, 1991, n. 20-21, pp. 35 e ss.

- *El final de un principio: la estabilidad en el empleo*, in *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pp. 467 e ss.
- *Il diritto del lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato*, DLRI, 2002, n. 3, pp. 463 e ss.
- *La genealogía del contrato de trabajo*, REDT, 2007, n. 135, pp. 533 e ss.
- *La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autotopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo*, REDT, n. 111, 2002, p. 333.
- *Flessibilità e contrattualismo*, LD, 1988, pp. 639 e ss.
- OLIVAS E., *Desordenes sociales y ajustes constitucionales*, in LIMA TORRADO J., OLIVAS E., ORTÍZ ARCE DE LA FUENTE A. (coord.), *Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina*, Dilex, Madrid, 2007, pp. 477 e ss.
- OLIVELLI P. (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2003.
- *Il lavoro come valore*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Ceda, Padova, 2005, pp. 761 e ss.
- ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. It.* Utet, Torino, 1957, VII, pp. 555 e ss.
- ORNAGHI L., *La cultura della "crisi dello stato" e il deperimento delle democrazie contrattate. Profili ideologici della tradizione corporativa negli anni venti*, in Vardaro G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi...* op. cit., pp. 75 e ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Diritto amministrativo*, in MENGONI L., PROTO PISANI, ORSI BATTAGLINI A., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, DLRI, I, 1990, pp. 54 e ss.
- OZAKI M., *Relaciones laborales y globalización*, RL, n. 1, 1999, p. 72.
- PACE A., *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, Pol. Dir., 1993, pp. 327 e ss.
- PALACIOS A. L. *El nuevo derecho (Legislación de trabajo)*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1920, pp. 78.
- PALAZZO A., *Forme del negozio giuridico*, Digesto civ., VIII, pp. 443 e ss.
- PALOMEQUE LÓPEZ M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del trabajo*, Ramon Areces, Madrid, 2005.
- PALOMEQUE LÓPEZ M. C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo*, RL.
- *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, RL, n. 13, 2000, p. 21.
- *La versión 2001 de la reforma laboral permanente*, RDS, 2001, n. 15, p. 11.
- *Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica*, RPS, 1984, n. 15, pp. 15 e ss.
- PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, LD, 2003, p. 5.
- PÁZ ARES C., ALFARO ÁGUILA-REAL J., *El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación*, in MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M. N. (dir), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 357 e ss.
- PENNESI P., MASSI E., RAUSEI P., *La riforma dei servizi ispettivi*, DPL; 2004, n. 30, Inserto.

- PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, QDLRI, 1998, pp. 9 e ss.
- *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè Milano, 1985
 - *Diritto del lavoro è bello*, DLRI, 1997, p. 659.
 - *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, Q.DLRI, 1998, n. 21, p. 64.
 - *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, ADL, n. 2, 2002, pp. 263 e ss.
 - *Lavoro «sans phrase» e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, RIDL, 1998, I, pp. 49 e ss.
 - (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giappichelli Torino, 2002
- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990.
- PÉREZ BOTIJA E., *El contrato de trabajo*, Reus, Madrid, 1945.
- *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, RGLJ, 1942, pp. 10 e ss.
- PERÉZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., *Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo*, AL, 1992, n. 21, pp. 373 e ss.
- *El trabajo subordinado como tipo contractual*, Doc. Lab., 1993, I, pp. 44 e ss
 - *La «subordinazione tecnologica» nella giurisprudenza spagnola*, LD, 2005, pp. 537 e ss.
 - *Sobre la «Globalización» y el futuro del Derecho del Trabajo*, Documentación Laboral, n. 60, 1999, p. 21.
- PÉREZ REY J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 24 e ss.
- *El contrato eventual por circunstancias de la producción*, Bomarzo, Albacete, 2006.
 - *Forma escrita obligatoria y consecuencias contractuales de su incumplimiento en el contrato de trabajo*, Riv. Jur. de Castilla-La Mancha, 2000, n. 28, p. 180.
 - *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- PERONE G., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE G., VALLEBONA A., (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.
- *Economia informale, lavoro sommerso e diritto del lavoro*, RDSS, 2003, pp. 1 e ss.
 - *L'accordo sul costo del lavoro: problemi e prospettive*, DL, 1983, I, pp. 91 e ss.
 - *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005.
- PERRINO A. M., *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d. leg. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Foro It.*, 2001, I, pp. 3517 e ss.
- PERSIANI M., *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, ADL, 2006 (disponibile anche sul sito www.cortecostituzionale.it).
- *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.
 - *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, ADL, 2000, I, pp. 1 e ss.
 - *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, pp. 1 e ss..

- *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neo-corporata*, DL, 1984, I, pp. 12 e ss.
- PERULLI A., *Diritto del Lavoro e Globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999
- *Il Diritto del Lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, LD, 1997, p. 173.
- *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, LD, 2002, pp. 398 e ss.
- *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Relazione Convegno Aidlass, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 67 e ss.
- *La buona fede nel diritto del lavoro*, RGL, 2002, I, pp. 3 e ss.
- *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, RGL, 2006, n. 4, pp. 731 e ss.
- *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, RGL, n. 2, 2003, p. 221.
- *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro: spunti di riflessione*, LD, n. 2, 1998, p., 251.
- *Potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, LD, 2002, p. 397.
- *Potere direttivo, organizzazione, impresa*, LD, 1989, pp. 227 e ss.
- PERULLI P., *Le relazioni industriali e i due fronti della flessibilità*, DLRI, 1986, pp. 85 e ss.
- PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989,
- *Il potere direttivo dell'imprenditore ed i suoi nuovi limiti dopo la legge 20 maggio 1970, n. 300*, RDL, 1973, I, spec. pp. 71 e ss.
- PIETRANGELO M., *La società dell'informazione tra realtà e norma*, Giuffrè, Milano 2007.
- PINILLA GARCÍA F. J., *Intensificación del esfuerzo de trabajo en España*, CRL, 2004, n. 2, pp. 117 e ss.
- PINO G., *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 40.
- PINTO V., *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, p. 46.
- *Lavoro e nuove regole. Dal Libro Bianco al decreto legislativo 276/2003*, Collana Formazione ISF, Ediesse, Roma, 2004.
- *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, DLRI, 2002, pp. 275 e ss.
- *Le "collaborazione coordinate e continuative" e il lavoro a progetto*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, pp. 311 e ss.
- PINTO V., VOZA R., *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, RGL, 2002, n. 3, pp. 753 e ss.
- PISANI C., *Diritto del lavoro e certezza del diritto*, DL, 2003, II, pp. 611.
- *La certezza del diritto nelle tecniche della flessibilità*, RIDL, 2003, I, pp. 67 e ss.
- *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in PERONE G., VALLEBONA A., (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1 e ss.
- PISARELLO G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- POLO DÍEZ A., *Del contrato a la relación de trabajo*, RDP, 1941, pp. 1 e ss.

- PRADO LAGUNA, J. L., *Algunas notas sobre la creación de una nueva relación laboral de carácter especial: la de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados*, RDS, 2005, n. 32, pp. 121 e ss.
 - *Delimitación de los contratos de trabajo y de transporte tras la reforma laboral*, in BAYLOS A. (coord.), *La reforma laboral del 1994 ...*, op. cit. spec. pp. 103 e ss.
- PROIA G., *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, DLRI, 2002, pp. 411 e ss.
 - *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, ADL, 2003, n. 3, pp. 665 e ss.
- PROSPERETTI G., *L'autonomia privata tra inderogabilità e flessibilità delle tutele*, MGL, 1993, n. 6, p.
 - *La nuova normativa sulle rinunce e transazioni del lavoratore*, MGL, 1973, p. 496.
 - *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1955.
- PUGLIATTI S., *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, RDC, 1942, I, p. 372.
 - *Proprietà e lavoro nell'impresa*, RGL, 1954, I, p. 149 e ss.
- QUINTANILLA NAVARRO B., *La conciliación de la vida laboral y familiar en el marco jurídico actual*, CRL, 2005, n. 1, pp. 95 e ss.
- RABAGLIETTI, *Contratti con comunione di scopo*, DL, 1961, pp. 149 e ss.;
 - *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Giuffrè, Milano.
 - *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1959.
- RAMM T., *Diritti fondamentali e diritto del lavoro*, DLRI, 1991, pp. 359 e ss.
- RAMOS QUINTANA M. I., *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- RAUSEI P., *Le novità del correttivo alla riforma del lavoro*, DPL, 2004, n. 43, – Inserito –
 .
 - *Riordino dei servizi ispettivi*, DPL, 2004, n. 6, pp. 379 e ss.
 - *Servizi ispettivi riformati: la sentenza della Consulta*, DPL, 2005, n. 43 pp. 245 e ss.
- RAVELLI F., *Appunti in tema di riordino dei contratti a contenuto formativo nel decreto legislativo 276/2003*, disponibile sul sito internet: www.unicz.it, p. 11.
- REGINI M., *Tendenze comuni e differenze nella regolazione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, WP C.S.D.E.L. “Massimo D’Antona”, n. 7/20002, disponibile sul sito internet www.unicit.it.
- Relazione di Gino Giugni al Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro* citato, pubblicata anche nella rivista DLRI, 1982, pp. 373 e ss.
- REYNERI E., *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, DML, 2006, pp. 1 e ss.
- RENGA S., *Mercato del lavoro e diritto*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 280 e ss.
- Report elaborato in sede comunitaria, *Economically dependent work/parasubordination: legal, social and economic aspects*, Ottobre 2002, disponibile sul sito internet: www.ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/parasubordination_report_it.pdf.
- RESCIGNO P., voce *Contratto*, Enc. Giur., Roma, 1988, IX, pp. 10 e ss.
- RICCI M., *Autonomia collettiva e individuale nella revisione legislativa del mercato del lavoro: alcune osservazioni*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, pp. 553.

- RIFKIN L., *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1994.
- RITTER A., *El estrado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 15-46. (trad. italiana, *Storia dello stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1996).
- RIVA SANSEVERINO L., *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Ed. Torinese, Torino, 1960, I, vol. XI, p. 147.
- RIVARA A., *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, DLRI, 1999, pp. 133 e ss.
- RIVAS VALLEJO M. P., *Aspectos estructurales y primeras reflexiones sobre el Estatuto del trabajador autónomo*, REDT, 2007, n. 136, pp. 763 e ss.
- RIVERO LAMAS J., GARCIA BLASCO J., *Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo. La sentencia del TS de 26 de febrero de 1986 sobre "mensajeros"*, RL, 1987, 11, pp. 535 e ss.
- RIVERO LAMAS J., *Los sindicatos y las asociaciones empresariales veinte años después de la Constitución*, RMTAS, 1998, n. 13, pp. 157 e ss.
- *Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo*, REDT, 1996, n. 80, spec. pp. 969 e ss.
- ROBERTI G., *Il rapporto di lavoro a struttura associativa*, DL, 1946, pp. 186 e ss.
- ROCCELLA M., *Intervento*, in *Il lavoro e i lavori*, LD, 1989, pp. 26 e ss.
- *Manuale di Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.
- *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, disponibile sul sito internet: www.cgil.it.
- *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, RGL, 2007, n. 2, pp. 131 e ss.
- *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali della XIV legislatura*, LD, 2004, n. 1, pp. 57 e ss.
- ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 87 e ss. Contra,
- RODRÍGUEZ MÚJICA A., *La formación del hombre económico: J. O. de la Mettrie y T. Hobbes*, CRL, n. 16, 2000, p. 59.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER M., *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*, in CRUZ VILLALÓN J. (coord.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras ...*, op. cit., p. 23.
- *El derecho del trabajador a ser informado de sus condiciones de trabajo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, I/1, pp. 1321 e ss.
- *La huída del derecho del trabajo*, RL, 1992, pp. 85 e ss.
- *Poder de dirección y derecho contractual*, RL., 2005, n. 19/20, pp. 5 e ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., *Contratación temporal y nuevas formas de empleo*, RL, 1989, I, pp. 52 e ss.
- *Contrato de trabajo y relación de trabajo. (Balance provisional de una polémica)*, Anales de la Universidad Hispalense, 1967, vol. XXVII, pp. 1 e ss.
- *Derecho del Trabajo y disciplina del mercado*, RL, n. 21, 2001, p. 1.
- *Derecho del trabajo y racionalidad*, RL, 2006, n. 5, pp. 1 e ss.
- *Economía sumergida y empleo irregular*, RL, 1985, I, p. 43
- *Flexibilidad, juridificación y desregulación*, RL, 1987, pp. ¿?????
- *Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?*, RL, 1987, n. 3, pp. 1 e ss.

- *La contratación temporal en la Ley 32/1984 y en los Decretos de desarrollo*, in AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, pp. 89 e ss.
 - *La emancipación del Derecho del Trabajo del Derecho Civil*, RL, 1996, n. 2, pp. 1 e ss.
 - *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 222 e ss.
 - *La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo*, TL, 1984, p. 50.
 - *La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo*, RL, 1996, n. 18, p. 2.
 - *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
 - *Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales*, RL, 1991, n. 20-21, pp. 1 e ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C., *Contratación temporal y nuevas formas de empleo*, RL, 1989, I, pp. 52 e ss.
- *La presunción de existencia del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ VICTORIANO J. M., *La producción de la subjetividad en los tiempos del neoliberalismo: hacia un imaginario con capacidad de transformación social*, CRL, 2003, n. 1, pp. 89 e ss.
- ROJA RIVERO G. P., *La libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Madrid, 1991
- ROJO TORRECILLA E., *Crisis económica y contratación temporal: el lanzamiento de nueva actividad*, RT, 1985, n. 77 pp. 92 e ss.
- ROMAGNOLI U., *Arriva un bastimento carico di «A»*, in D'ANTONA M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1992, pp. 30 e ss.
- *Costantino Mortati*, in GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Atti della giornata di studio. Siena 31 gennaio 2003, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 110 e ss.
 - *Dal lavoro ai lavori*, LD, n. 1, 1997, p. 3.
 - *Del derecho "del" trabajo al derecho "para" el trabajo*, RDS, n. 2 1998, p. 11.
 - *El Derecho del Trabajo en la era de la Globalización*, RDS, n. 24, 2003, pp. 11 e ss.
 - *«Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. ????
 - *Il Diritto del Lavoro durante il fascismo*, LD, 2003, p. 79.
 - *Il diritto del lavoro in Italia nel periodo fra le due guerre*, in VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, p. 168.
 - *Il diritto del lavoro tra disincanto e ragionevoli utopie*, LD, 2002, pp. 219 e ss.;
 - *Il diritto del secolo. E poi?*, in DML, n. 2, 1999, p. 232.
 - *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995.
 - *L'amarcord del diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1982, p. 405.
 - *La concertazione sociale in Europa: luci ed ombre*, LD, 2004, p. 277.
 - *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1987.
 - *Radiografia di una riforma*, LD, 2004, p. 19.

- *Un'arca di Noè per il diritto del lavoro*, Lezione inaugurale al corso italo-latino-americano per esperti di problemi del lavoro patrocinato dall'Oil, disponibile sul sito internet www.eguaglianzaeliberata.it
- ROMAN DE LA TORRE M. D., *La proroga en la contratación temporal*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 232.
- ROMEIO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, Atti del Convegno di Studi tenutosi a Catania, 10-11 maggio 2002, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Migliorazzi, Roma, 2003.
- *Il ruolo della contrattazione collettiva nel d.lgs. 276/03*, DL, 2003, II, p. 687 e ss.
- *I nuovi spazi dell'autonomia privata nel diritto del lavoro*, DL, 2003, I, p. 13.
- *La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi dell'inderogabilità e destrutturazione*, in ROMEO C. (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla ristrutturazione*, Atti del convegno di Studi tenutosi a Catania, 10-11 maggio 2002, Fondazione Diritto del Lavoro L. A. Migliorazzi, Roma, 2003, pp. 36 e ss.
- *Riflessioni sul confronto tra diritto civile e diritto del lavoro a proposito delle tutele per i soggetti più deboli*, LG, n. 3, 2005, p. 205.
- *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, Lav. Giur., n. 2, 2003, p. 108
- ROMEI R., *Intervento*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 532 e ss.
- ROPPO E., *Il contratto*, Il Mulino, Bologna, 1977
- *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, RCDP, n. 3-4, 1985, p. 485.
- RUIZ CASTILLO M. M., *Delimitación subjetiva del derecho del trabajo. Un interrogante específico: el trabajo "parasubordinado"*, RL, 1991, n. 20-21 (monográfico), pp. 135 e ss.
- *El pacto individual y las fuentes del derecho del trabajo*, in CRUZ VILLALÓN J., (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado del trabajo*, CES, Madrid, 1995, p. 315.
- RUIZ DE GRIJALBA A., *El contrato de trabajo ante la razón y el Derecho*, Imprenta Francisco Beltrán, Madrid, 1922.
- RUSCIANO M., *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, DRI, 2005, p. 1027.
- *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, p. 343.
- *Universalità v. specialità degli statuti giuridici del lavoro dipendente*, LD, 1992, pp. 417 e ss.
- SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, RTDP, 1996, pp. 785 e ss.
- *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1975, p. 428.
- SALA FRANCO T (Dir.), *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- *Los contratos formativos (art. 11)*, REDT, 2000, n. 100, II, pp. 397 e ss.
- SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi meno abbienti ed operaie*, Palermo, 2° ed. 1906.
- SANTI ROMANO, *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. spagnola dell'edizione originale del 1947 a cura di Sentis Melenso S., Aberra Redín M., ed. spagnola a cura di MONEREO PÉREZ J. L. (dir.), Comares, Granada, 2002.

- SANTONI F., *Modelli associativi e trasferimenti di aziende alle cooperative nella legislazione di sostegno all'occupazione*, RIDL, 1987, I, pp. 489 e ss.
- *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.
 - *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, RIDL, 2004, I, pp. 543 e ss.
- (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Giappichelli, Torino, 1992.
 - *Il lavoro parasubordinato*, F. Angeli, Milano, 1979
 - *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1961, p. 227.
 - *L'impresa nel sistema del diritto civile*, RDCom, 1942, I, p. 377
 - *Lineamenti attuali del Diritto del Lavoro in Italia*, RDL, 1953, I, p. 6.
 - *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, RDL, 1953, I, p. 3.
 - *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, ADL, 2002, pp. 181 e ss.
 - *Nozioni di diritto del lavoro*, 35^a ed., Jovene, Napoli, 1987, p. 17
 - *Rigidità e flessibilità nella disciplina del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto civile alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000, p. 164.
 - *Specialità del diritto del lavoro*, RDL, I, 1967, p. 3.
 - *Spirito del diritto del lavoro*, RDL, 1953, I, p. 3.
 - *Sull'invalidità delle rinunzie e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giur. compl. Cass. Civ., XXV, pp. 53 e ss.
- SANTOS FERNÁNDEZ M. D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- *Riforme dei poteri del datore di lavoro in Spagna e struttura bilaterale del contratto di lavoro*, RGL, 2007, n. 3, pp. 595 e ss.
- SANTOS MORÓN M. J., *La forma de los contratos en el Código Civil*, Colección de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, pp. 50 e ss.
- SANTUCCI R., *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, Torino, 1997.
- SARTORIUS N., SABIO A., *El final de la dictadura*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2007.
- SCARPELLI F., «*Eternalizzazioni*» e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, DRI, 1999, p. 351.
- *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, LD, 1996, p. 15 e ss.
 - *Lavoratore subordinato e autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993.
 - *Spunti per la tutela del lavoro nel rapporto: autonomia negoziale individuale e sostegno collettivo*, in AMATO F. (a cura di), *I destini del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, F. Angeli, Bologna, 1998, p. 99.
- SCARPONI S., *Il lavoro a tempo parziale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 31/2004.
- SCIARRA S., *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, DLRI, 1992, p. 775.
- *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, WP

- C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona" n. 52/2007, disponibile sul sito internet www.uncit.it.
- *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, DLRI, 2006, pp. 61 e ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di L. Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, V&P, Milano, 2003, pp. 93 e ss.
- *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.
- *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1235.
- *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, RIDL, 2001, I, pp. 95 e ss.
- *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, RIDL, 2007, I, pp. 379 e ss.
- *La specialità del Diritto del Lavoro*, RGL, 1960, I, p. 83
- *Lavoro a tempo determinato e flessibilità del lavoro*, ora in SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996, I, pp. 1103 e ss.
- *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Bari, 1963.
- *Negozio giuridico*, Enc. Giur. Trec., 1990, ora in ID., *Scritti giuridici. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, I, p. 95.
- *Negozio giuridico*, Enc. Giur. Trec., 1990, ora in SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, I, pp. 73 e ss.
- *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persioani*, I, Cedam, Padova, 2005, p. 769.
- *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1996.
- SELMA PENALVA A., *Los Límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- SEMPERE NAVARRO A. V., CANO GALÁN Y., *La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)*, in MONEREO PÉREZ J. L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M. N. (dir), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 3 e ss.
- SEMPERE NAVARRO A. V., *Nacionalsindicalismo y relación del trabajo*, Akal, Madrid, 1982.
- SENA FÁBREGAS P., *El fomento del empleo «temporal»: comentario sobre unas normas conyunturales que se han hecho estables*, in BAYLOS A., *La reforma laboral del 1994*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pp. 39 e ss.
- SENNETT R., *L'uomo flessibile*, Feltrinelli, Milano, 2003.
- SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto. (Art. 1350)*, in *Commentario Schlesinger. Il Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 398 e ss.
- SIEBERT W., *Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema de Derecho alemán*, Re. Der. Priv., 1942, p. 454.
- SIMI V., *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967.
- SIMITIS S., *Diritto privato e disuguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, DLRI, 2001, p. 47.
- *Il Diritto del Lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in DLRI, n. 1, 1990, p. 87.
- *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, DLRI, 1997, p. 609.
- *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, DLRI, 1986, p. 213.
- *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, DLRI, 1990, p. 743.
- SINZHEIMER H., *La esencia del derecho del trabajo (1927)*, in *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, trad. Spagnola e "Estudio preliminar" a cura di VÁZQUEZ MATEO F., Madrid, 1984, pp. 67 e ss.

- SMURAGLIA C., *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963.
- *La Costituzione e il sistema di diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958.
 - *Il lavoro nella Costituzione*, RGL, 2007, n. 2,
 - *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in RIVA SANSEVERINO L., MAZZONI G. (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, II, pp. 723 e 752.
- SOLARI G., *Socialismo e diritto privato*, 1906
- SOMMA A., *Autonomia privata*, RDC, 2000, II, p. 597.
- *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè, Milano, 2000.
 - *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, RCDP, 2000, p. 639.
 - *Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell'autonomia individuale stimulate da un recente contributo*, pubblicato sul Boletín Mexicano de Derecho Comparato, disponibile sul sito internet www.info.juridicas.unam.mx.
 - *Parallele convergenti. La comune matrice del fascismo e del liberismo giuridico*, RCDP, 2004, pp. 61 e ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Il potere disciplinare dell'imprenditore e i limiti derivanti dalla Statuto dei Lavoratori*, Relazione presentata al Congresso Aidlass, 3-6 giugno 1971 "I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori.
- *Riflessioni sul dibattito in tema di subordinazione e autonomia*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I Giuffrè, Milano, 1998, p. 585.
 - *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967.
- SPEZIALE V., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, RIDL, 2007, I, pp. 427 e ss.
- *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", 2007, n. 51, p. 23, disponibile sul sito internet: www.unict.it.
 - *La certificazione dei rapporti di lavoro*, RGL, 2003, I, pp. 275 e ss.
 - *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, 2001, pp. 364 e ss.
 - *La struttura del contratto di lavoro temporaneo*, DLRI, 1998, pp. 289 e ss.
 - *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in CARINCI F. (coord.) *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004, IV, pp. 190 e ss.
 - *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, W.P. C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", 2004, n. 45, disponibile sul sito internet www.unict.it.
- STENICO E., *Il lavoro a tempo parziale fra disciplina legale e assetti contrattuali*, LD, 2005, pp. 321 e ss.
- STOLFI G., *Introduzione*, in STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. XVI e ss.
- *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, Giur. It., IV, 1948, pp. 41 e ss.
- STREECK W., *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, DLRI, 1988, p. 673.
- SUÁREZ GONZÁLEZ F., *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*, CPS, 1960, pp. 69 e ss.
- SUPIOT A., *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

- *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, DRI, 2000, n. 2, pp. 217 e ss.
- SUPPIET G., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, RIDL; 1972, I, pp. 3 e ss.
- *Intervento*, in, *Il Diritto del Lavoro oggi*, LD, n. 1, 2000, pp. 30 e ss.
- *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1958.
- TARELLO G., *Formalismo voce*, Nov. Dig. It., Utet, Torino, 1957, pp. 571 e ss.
- TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893.
- TIRABOSCHI M., *Apposizione del termine*, in BIAGI M. (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 110.
- *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse ed un percorso di lettura*, in TIRABOSCHI M., *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Collana Adapt-Fondazione Marco Biagi, Giuffrè, 2004.
- *La c.d. certificazione dei lavori atipici e la sua tenuta giudiziaria*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 118.
- *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, LD, 2003, p. 114.
- *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.
- *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, Guida al Lavoro, 2003, n. 34, pp. 30 e ss.
- *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, WP C.S.D.L.E., n. 43/2004.
- *Tre anni di legge Biagi: bilancio e prospettive*, DRI, 2006, n. 4, p. 1098.
- TOHARIA L., *Un fordismo inacabado, entre la transición política y la crisis económica: España*, in BOYER R. (dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 161 e ss.
- TORRENTE A., *I rapporti di lavoro. Parte generale*, Milano, 1966.
- TOSI P., *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, PD., 1985, pp. 363 e ss.
- *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, ADL, 1999, p. 615.
- *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1974.
- *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, QDLRI, 1998, pp. 33 e ss.
- *Zone di contrattazione individuale della retribuzione*, in AA.VV., *Il sistema retributivo verso gli anni '90*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 247 e ss.
- TREMOLADA M., *Autonomia privata e parità di trattamento*, Cedam, Padova, 2000.
- *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, RIDL, 2007, n. 3, pp. 311 e ss.
- TREU T., *Commento all'art. 36 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologn-Roma, 1979, pp. 72 e ss.
- *Diritto del lavoro (voce per il digesto 2000)*, DLRI, 1987, p. 683.
- *Il Libro Bianco sul lavoro e la delega al Governo*, DRI, 2002, pp. 115 e ss.
- *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, RGL, 1993, I, pp. 221 e ss.
- *L'intervento del sindacato nella politica economica*, DLRI, 1983, p. 67.

- TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990; FERRARO G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, ora in AA. VV., *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, pp. 161 e ss.
- *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, ADL, 2003, pp. 85 e ss.
- TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 19/2004, disponibile sul sito internet www.unict.it
- *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, LD, 1997, p. 586.
- UNGARI P., *In memoria del socialismo giuridico. I. – Le «Scuole del diritto privato sociale»*, Pol. Dir., 970 p. 241.
- *In memoria del socialismo giuridico. I. – Crisi e tramonto del movimento*, Pol. Dir., 1970 pp. 387 e ss.
- VADALÀ-PAPALE G., *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, 1883, I.
- *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, IV Congr. Giur. naz., Napoli, 1897, II, pp. 27 e ss.
- VALDÉS DAL-RÈ F., *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*, RL, 2003, n. 22, pp. 1 e ss.
- *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*, RL, n. 18, 2001, p. 1.
 - *En los orígenes del reformismo social*, RL, 2004, n. 1, pp. 1 e ss.
 - *Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral*, Papeles de Economía Española, 1985, n. 22, p. 308
 - *I poteri dell'imprenditore e la persona del lavoratore*, DLRI, 1991, p. 49.
 - *La legislación laboral negociada*, RMTAS, 1997, n. 3, pp. 171 e ss.
 - *La protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional laboral*, RL, 1987, n. 4, pp. 24 e ss.
 - *Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte*, RL, 1992, II, pp. 54 e ss.;
 - *Ley y jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia*, RL, 1994, pp. 36 e ss.
 - *Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte*, RL, 1992, II, pp. 54 e ss.
 - *I poteri dell'imprenditore e la persona del lavoratore*, DLRI, 1991 pp. 45 e ss.
- VALDÉS DE LA VEGA B., *Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional*, in BAYLOS GRAU A. (coord.), *La reforma laboral del 1994*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 123 e ss.
- *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Trotta, Madrid, 1997.
- VALLEBONA A., *Evoluzione del Diritto del Lavoro e crimini contro i giuslavoristi*, ADL, n. 2, 2002, p. 303.
- *Il Diritto del Lavoro: uno spirito due anime*, RIDL, I, 1996.
 - *Incertezze e rimedi*, in VALLEBONA A., PERONE G. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.
 - *Introduzione*, in VALLEBONA A., PERONE G. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. XIV
 - *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e "dipendenza" nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, relazione presentata al Convegno organizzato dal Centro nazionale di Studi di Diritto del

- lavoro “Domenico Napoletano”, dal titolo “Nuovi lavori e tutele”, Napoli, 28-29 gennaio 2005.
- *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, MGL, 2000, p. 494.
 - *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004
 - *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, ADL, 2004, pp. 293 e ss.
 - *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, 1992, I, pp. 479.
 - *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell'impresa: la barbarie del diritto*, MGL, 1995, pp. 790 e ss.
 - *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia italiana a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, I, pp. 825 e ss.
- VALLEBONA A., PERONE G. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004
- VALLEBONA A., PISANI C., *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, pp. 25 e ss.
- VALVERDE C., *Tratado de Derecho civil español*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1937, III, 4° ed.
- VARDARO G., *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984
- *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1985.
 - (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988
 - *Il diritto del lavoro nel «laboratorio Weimar»*, in ARRIGO G., VARDARO G. (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, 1982
 - *Il mutamento della funzione del contratto collettivo*, DLRI, 1983, p. 719.
 - *Il potere disciplinare giuridificato*, DLRI, 1986, pp. 1 e ss.
 - *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, DLRI, 1998, p. 203.
 - *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, Pol. Dir., 1986, pp. 78 e ss.
- VENDITTI L., *Nuova flessibilità del lavoro e tecniche regolative*, DML, 2004, n. 1-2, p. 95.
- VENEZIANI B., *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell'opera di Ludovica Barassi*, DLRI, 2002, p. 639.
- *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006,
 - *Vecchi e nuovi corporativismi*, in VARDARO G. (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, p. 277.
- VERGARI S., *Tra conciliazione e repressione: la funzione ispettiva in materia di lavoro nella c.d. Riforma Biagi*, disponibile sul sito internet: www.unicz.it
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993
- VISCOMI A., *Incentivi all'emersione del lavoro sommerso e tecniche di accesso*, RDSS, 2002, pp. 85 e ss.
- VOZA R., *Crisi della subordinazione, lavori atipici e prospettive di regolazione*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 499 e ss.
- *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, DLRI, 2001, p. 564.

- *Inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. un profilo storico*, RGL, 2006, I, p. 232
- *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, DLRI, 1998, pp. 603 e ss.
- WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, 1970.
- WOLLEB E., *De la institucionalización tardía a la desvirtualización: Italia*, in BOYER R.(Dir.), *La flexibilidad del trabajo en Europa*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 185 e ss.
- ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 39/2005, disponibile sul sito www.unict.it
- *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche di regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, WP C.S.D.E.L. "Massimo D'Antona", n. 37/2005.
- ZILIO GRANDI G., *Il diritto "ai confini" della seconda Repubblica*, LD, 1998, p. 298.
- *Il lavoro ripartito tra "nuove" regole e "vecchi" principi*, in *Studi in memoria di Salvatore Hernández*, Roma, 2004.
- *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, DRI, 2007, pp. 787 e ss.
- ZOLI C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del Diritto del Lavoro*, DLRI, 2004, p. 359.
- *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, Giust. Civ., 1984, II, pp. 423 e ss.
- *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*,
- *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, LD, 1997, pp. 241 e ss.
- ZOPPOLI L., *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, in DE LUCA TAMAJO R., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 335 e ss.
- *Il contratto de reinserimento nella legge 23 luglio 1993, n. 223*, RGL, 1993, pp. 69 e ss.
- *La subordinazione tra persistenti disuguaglianze e tendenze neoautoritarie*, disponibile sul sito internet: www.uncz.it.
- ZUFIAUR NARVAIZA J. M., *Los contextos del Estatuto de los Trabajadores*, in RUESGA BENITO S. M., VALDÉS DAL-RÉ F., ZUFIAUR NARVAIZA J. M. (coord.), *Trasformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, MTAS, Madrid, 2005, pp. 31 e ss.

ANEXO 1: RESUMEN EN CASTELLANO

Objetivo de estudio de este trabajo ha sido *latu sensu* la autonomía privada individual del trabajador en la relación contractual que tiene como objeto la prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia.

En especial, se ha querido verificar la intensidad y el nivel de penetración en el derecho positivo del trabajo de aquellas opciones reconstructivas que con siempre mayor fuerza e determinación apuestan por una sustancial revalorización del papel del contrato, no solo como fuente de las obligaciones de las partes y de la disciplina de la relación laboral, sino mas bien como instrumento principal de manifestación de la personalidad del trabajador, de sus especificidades, de sus aspiraciones; del contrato, pues, como instrumento de *autodeterminación* en el trabajo.

El estudio ha sido llevado a cabo desde una pluralidad de puntos de observación distintos, todos igualmente orientados a individuar instrumentos de valoración e interpretación útiles para entender no solo la importancia de esa revalorización desde el punto de vista objetivo, sino también su posible significación en el ámbito de los modernos sistemas de derecho del trabajo. El análisis del dato positivo ha sido llevado a cabo, pues, sin olvidar la importancia y las influencias que en las transformaciones en la consideración jurídica, social y política ha tenido el trabajo en sus diferentes manifestaciones.

Antes de empezar el análisis de las repercusiones en el derecho positivo de este movimiento doctrinal que tanto en Italia, como en España empuja hacia la necesidad de recuperar el papel del contrato individual, ha parecido importante interrogarse sobre dos aspectos que de fundamental importancia.

En primer lugar, no ha parecido badalí intentar identificar el momento específico en el que el debate sobre la revisión del papel otorgado al contrato individual por parte del derecho del trabajo ha ido adquiriendo una consistencia y una importancia tal como para ser potencialmente capaz de proyectar sus influencias sobre el derecho positivo. Al mismo tiempo, se ha sentido la necesidad de interrogarse también sobre el significado general, las consecuencias y los efectos de la elección del contrato como esquema jurídico abstracto al que reconducir la prestación laboral.

La investigación preliminar ha girado pues en torno a tres preguntas fundamentales:

- como se justifica la elección del contrato como esquema jurídico abstracto y fundamento último de las posiciones de las partes en la relación laboral;
- porque el derecho del trabajo se ha tradicionalmente y históricamente construido a través de una paulatina y general sustitución de los espacios reguladores naturalmente concedidos a las partes en consecuencia de la contractualidad de la relación laboral;
- cuando y porque se empieza a cuestionar la legitimidad de esta operación y se propone una vuelta al contrato entendido como instrumento de realización y autodeterminación del trabajador.

Más que buscar respuestas exhaustivas a interrogantes tan complejos como los más arriba mencionados, ha parecido suficiente resaltar solo algunas de las posibles interpretaciones que se han venido dando a lo largo de la ya larga historia del derecho del trabajo. Insertando y contextualizando cada pasaje de la evolución de la disciplina en el ámbito del conjunto necesariamente móvil y variable de factores sociales, culturales, económicos y políticos que la determinan se espera haber evitado groseras equivocaciones a la hora de interpretar las transformaciones del dato jurídico. El intento de análisis de las tres preguntas evidenciadas parece pues de fundamental importancia para encontrar elementos y criterios de evaluación adicionales para comprender mejor el sentido y el significado de las mutaciones que la consideración de la autonomía individual esta teniendo en estos últimos años.

Así la primera parte de la tesis ha sido dedicada a investigar los fundamentos jurídicos de la insistencia del derecho del trabajo a recuperar una y otra vez el “contractualismo” de la relación laboral.

Se ha visto así que la contractual fue solución casi impuesta por las necesidades determinadas por el pasaje al sistema capitalista. La afirmación y consolidación de este nuevo sistema de producción y más aún la exigencia en ello implícita de una masiva explotación del trabajo, imponían la necesidad, al mismo tiempo lógica y económica, de la cosificación del trabajo, de su reconducción a la calidad de mercancía, como tal, libremente intercambiable en el mercado por parte de quienes, pudiendo contar con la disponibilidad de los capitales adecuados, emprendiesen una actividad económica organizada a fines productivos.

Desde este punto de vista, el contrato representó el instrumento material de acceso y de configuración jurídica del mercado y, en fin de cuentas, de transformación en sentido capitalista de la sociedad y de la economía.

Al mismo tiempo, la figura del contrato representaba la expresión material de la utopía libertaria y de renovación de la sociedad y de la política propia del liberalismo burgués. El contractualismo no solo refunda el Estado liberal, delimitando límites y funciones, sino que conforma la sociedad sobre la base del valor central de la libertad – entendida como libertad de una voluntad ya no condicionada por la pertenencia a un *estatus* – y de la igualdad de todos frente a la ley. El trabajador se concibe - a igual que cualquier otro ciudadano - como individuo aislado, racional y responsable, igualmente libre y propietario (al menos de su fuerza de trabajo) que opera en un mercado dominado por las Leyes Naturales de la economía. La propiedad se transforma en la verdadera y única medida económica de la convivencia, en el único parámetro de la ciudadanía, y la tutela del trabajador en cuanto ciudadano se concibe únicamente como tutela de la propiedad. Esta se protege básicamente a través del reconocimiento del principio consensualista, de la libertad entendida en términos restrictivos como libertad contractual (libertad de acceso al mercado y libertad de determinación del contenido del intercambio contractual).

De la radical separación predicada por parte del Liberalismo entre Estado y sociedad descendía además la consideración del derecho privado – en cuanto puesto a presidio del ordenado desarrollo de las relaciones entre privados – como instrumento privilegiado de estructuración y reglamentación de la sociedad, en contraposición con un derecho público, limitado a intervenir en la medida en que peligrase el orden y la seguridad ciudadana.

En este contexto no sorprende que la adquisición del factor trabajo por partes de la naciente empresa capitalista hubiese que ser entendida como la consecuencia de un intercambio mercantil entre bienes económicos, operado a través de la conclusión de un contrato entre sujetos considerados (abstractamente) siempre igualmente libres y propietarios. En este sentido se explica también el uso de las categorías jurídicas heredadas de la milenaria tradición del derecho de origen romanista (*locatio operis* y *locatio operarum*).

Sin embargo, la solución contractual para la reconstrucción jurídica del naciente fenómeno del trabajo industrial no iba exenta de un conjunto de límites y contradicción potencialmente capaces de subvertir el orden constituido. Este se estructuraba y se fundamentaba sobre una abstracción fuente de peligrosas ficciones. La igualdad y libertad, proclamadas y tuteladas por parte de las constituciones liberales solo desde el punto de vista formal, implicando una abstracción de las condiciones económicas y sociales de las partes de la relación laboral, terminaban por legitimar jurídicamente la posición de poder y

supremacía del más fuerte sobre el más débil, del capital sobre el trabajo, asegurando a las clases dominantes el derecho al enriquecimiento, al perseguimiento del beneficio empresarial. A través de la ficción del libre y voluntario encuentro de voluntades igualmente propietarias se ocultaba toda la carga de desigualdad de poder jurídico, además que económico y social que caracteriza las relaciones de producción. Así pues, la emergencia de una “cuestión social” desmentía en los hechos el ideal liberal de una sociedad de sujetos liberados y responsables, que, con el simple despliegue de sus voluntades individuales ponían en marcha la que se consideraba ser la tendencia natural del sistema hacia el progreso y el bienestar general.

Tres fenómenos, cada uno con su distinto peso específico, interactuaron conjuntamente empujando hacia la emersión de un conjunto de reglas jurídicas que tomará pronto el nombre de derecho del trabajo: la organización de la clase trabajadora en formas colectivas de contrapoder; el movimiento crítico de la mercantilización del trabajo realizada por parte del liberalismo burgués encabezado por el socialismo jurídico y la intervención normativa del Estado.

La organización colectiva del los trabajadores fue sin duda la respuesta más contundente a la brutal explotación de la clase trabajadora

A través de la organización en formas colectivas de contrapoder, los primeros sindicatos intentaban compensar aquella desigualdad y falta de libertad que se experimentaba en el lado individual de la relación de trabajo. La organización representativa de los intereses de los trabajadores por medio de las primeras manifestaciones de sindicalismo, además de evidenciar la profunda diversificación en la colocación social de los sujetos de la producción en relación con la posición ocupada por cada uno en el proceso productivo y en la sociedad, ponía de manifiesto el carácter eminentemente social de las relaciones de producción, subrayando todos los límites no solo de una consideración de la libertad e igualdad desde un punto de vista meramente formal, sino también de la estructuración individualista de la sociedad burguesa. Socialidad y contrapoder realizados en el plan colectivo, desmentían así el individualismo y la igualdad implícitos en la relación contractual.

Además, la explosión de estas contradicciones promovió una demanda de regulación que provenía de la sociedad, demanda que fue recogida, interpretada y fomentada por parte de un movimiento que con cierta dosis de aproximación tomó el nombre de “socialismo jurídico”. Ese movimiento, aún en formas muy diferenciadas, elaboró posiciones fuertemente críticas del individualismo propietario del derecho privado burgués y del formalismo positivista sobre el que esto se había ido formando, en aras a la promoción de una transformación en sentido social (cuando no también socialista) de la sociedad, del Estado y, con ello, del derecho.

Sin embargo, la crítica aún áspera de las consecuencias sociales derivadas de la reconstrucción en términos contractuales de la relación de trabajo no llegó hasta los extremos de poner en cuestión el fundamento contractual de la misma, que al contrario fue básicamente confirmado. El trabajador, por muy débil, en fin de cuentas se consideraba todavía contrayente, aún si necesitado de una protección frente a la invasión del poder del otro sujeto de la relación. La de los socialistas jurídicos era una “intolerancia” hacia los efectos que derivaban de la reconstrucción en clave locativa de la relación laboral y no, también una crítica de al esquema en cuanto tal.

Por otra parte la asunción de esta función tuitiva, según el movimiento de los socialistas, no hubiera podido ser desarrollada por parte de un derecho - el romano - o de un Código - el civil -, que desconocían por completo la realidad del trabajo industrial. Por eso, el socialismo jurídico apela a la autoridad del Estado, al que se empieza a otorgar el papel de supremo pacificador de los conflictos que se iban generando en la sociedad.

Más allá de las deficiencias en la elaboración teórica de sus posiciones, más allá de las muchas diferencias, cuando no también las antinomias, de sus impostaciones, más allá de su escasa capacidad de concreción, este movimiento reformista contribuyó a poner de manifiesto la insuficiencia jurídico-funcional (y por lo tanto política) del esquema contractual y, aún si a menudo en una lógica meramente paternalista, a promover la intervención del Estado en la protección de una masa de individuos por los que el trabajo se había convertido única forma de garantía de supervivencia. Reconoció e evidenció con fuerza la contradicción implícita en el contrato laboral en el que el trabajador es, al mismo tiempo, objeto y sujeto de la relación que se origina y puso de manifiesto la insuficiencia y la no autosuficiencia de las categorías civilistas para representar el conjunto de intereses que se agitan en el plan de la relación de trabajo.

En España, la influencia de este movimiento se expresó fundamentalmente en la constitución, por parte del entonces Ministro de la Gobernación Segismundo Moret, de la Comisión de Reformas Sociales (1883) - sucesivamente transformada en el Instituto de Reformas Sociales con el RD 23 de abril de 1903. Gracias a la compleja y difícil labor de investigación sobre el campo de las reales condiciones de vida y de trabajo de la clase trabajadora, en las primeras décadas del siglo XX, este órgano elaboró una cantidad importante de proyectos de leyes sobre el trabajo, que fueron después recogidos y aprovechados para la elaboración y promulgación de la Ley de Contrato de Trabajo republicana del 1931⁹³⁰.

⁹³⁰ Se habló así de una “elaboración científica” del derecho del trabajo español. Cfr. DE LA VILLA GIL L. E., *La elaboración científica en el Derecho del Trabajo*, ACJ, 1971, pp. 154 y ss.

En Italia, al contrario, el contraste entre las propuestas reformistas de los socialistas e la posición de la cultura jurídica dominante, orgullosamente empeñada en la defensa de la pureza de la constitución privatista y absolutamente contraria a cualquier tipo de contaminación sociológica y/o publicista del conocimiento jurídico, determinó la marginalización y las derrota de las propuestas reformistas. El fracaso de los intentos de codificación impulsó a que el debate sobre la construcción jurídica del contrato de trabajo se desarrollase únicamente en el plan doctrinal.

Sin embargo, había sustancial acuerdo entre todos acerca de la necesidad de fomentar una cierta intervención pública en el mercado, para aliviar al menos las consecuencias más nefastas de la brutal explotación a la que se estaba sometiendo el trabajo y asegurar así la supervivencia del sistema. Insertada en este contexto, la “legislación social” se colora de todo su potencial de restauración. Ella representó sin duda también la respuesta – a menudo improvisada y desorganizada – de auto-conservación del capitalismo emergente, constituyó la contestación económico-utilitarista a las necesidades de pacificación social de un sistema de producción que necesitaba consolidarse y expandirse.

A pesar de ello, la legislación social introdujo contradicciones añadidas al sistema liberal de regulación del trabajo y al abstencionismo por este predicado, sin todavía llegar poner en cuestión el fundamento contractual de la relación de trabajo. Todo al contrario.

La intervención pública en el mercado laboral operada a través de la introducción de normas inderogables – o sea a través de técnicas que iban a comprometer la absoluta primacía otorgada a la autonomía de la voluntad en la determinación de partes cada vez más importantes de las relaciones laborales - en la medida en que prescindía de la consideración del contrato, terminaba paradójicamente justo por re-legitimarlo. La desviación de los principios liberales se justificaba sobre la necesidad, considerada excepcional y contingente, de corregir las alteraciones del principio liberalista y competencial; no de llegar a su superación. En otras palabras, la intervención estatal llevada a cabo a través de la introducción de formas de compensación mínima del desequilibrio generado en el mercado por la presencia de un sujeto fuerte, no intervenía sobre este desequilibrio, ni sobre sus causas intrínsecas. Se limitaba a realizar una especie de racionalización del exceso de poder empresarial que de esta forma re-legitimaba.

Con el desarrollo del sistema y la difusión del trabajo industrial, el esquema civilista de la locación de obras se somete a una profunda transformación que le llevará a la configuración de un contrato típico para la reconducción de la prestación laboral: el contrato de trabajo subordinado (dependiente y por cuenta ajena). La operación en Italia fue llevada cabo por un joven jurista liberal: Lodovico Barassi que consiguió

llegar a un compromiso con las exigencias sociales de protección de la clase trabajadora.

Más allá de las diferencias específicas en la elaboración y en la configuración jurídica del contrato de trabajo en los distintos sistemas jurídicos, la inserción de la dependencia (entendida en términos estrictamente técnico-jurídicos, y no personales) en la estructura del contrato típico para la adquisición del factor trabajo genera una serie de consecuencias muy importantes en el plan jurídico, pero también en el social y económico.

En primer lugar, se introduce, como elemento típico del contrato de trabajo, el de la (aceptación voluntaria de la) sumisión del trabajador a los poderes empresariales (así re-legitimados también desde el punto de vista jurídico), aun si a costas de considerar (fingir) libre el consentimiento de éste. Además, se consigue el efecto de re-personalizar la relación laboral sin poner en cuestión el principio civilista de la igualdad formal y sin arriesgarse a reproponer antiguos vínculos de estatus.

En segundo lugar, la unificación bajo el elemento de la subordinación o dependencia - entendida no como asimetría de poder en el plan económico y social, sino como elemento de calificación de la prestación libremente prometida por el trabajador -, consentía la recomposición dentro del esquema contractual de una diferenciada serie de tipologías de trabajadores y de trabajos más allá de aquél prestado en la industria, alejando así los riesgos relacionados a la emersión de una nueva clase social construida en torno al obrero de fabrica. El carácter por así decirlo "neutro" de la dependencia técnico-jurídica y el uso de las tradicionales y consolidadas categorías de derecho civil aseguraba la atenuación del potencial subversivo del orden individualista burgués insita en la contraposición estructural entre capital y trabajo.

Finalmente, la conexión entre el contrato de trabajo y la aplicación de la legislación social permite la consecución de otro fundamental objetivo: la recomposición de las contradicciones libradas al sistema jurídico liberal por parte de la legislación social. Esta podía ahora ser tolerada en la medida en que, aglutinando en su interior toda consideración de desigualdad entre las partes de la relación y, pues, toda excepción a la soberanía - por otra parte - absoluta del principio de la autonomía de la voluntad, aseguraba la conservación de la pureza civilista del todo saber. Relegada toda intromisión en el libre juego de las voluntades individuales dentro de un derecho "excepcional y transeúnte", de matriz pública, justificado por la exigencia de mantener el orden y la paz pública y finalmente la conservación del sistema, la pureza del sector privatista consentía mantenerse al margen de toda contaminación de tipo sociológico y/o económico.

Por lo dicho hasta ahora, es evidente que históricamente al contrato, entendido como esquema jurídico abstracto, ha sido atribuida

una función casi catártica; de liberación de las amenazas libradas al orden constituido de la conversión del trabajo en el único medio de subsistencia de una masa creciente de individuos. El uso de las categorías civilistas sirvió a la conservación de sistema (liberal) en la medida en que permitió la reconducción de fenómenos nuevos y potencialmente subversivos (el trabajo industrial) dentro de las estructuras dogmáticas y conceptuales tradicionales. La construcción de un contrato típico para la reconducción del fenómeno del trabajo industrial que sanciona jurídicamente la subordinación del trabajador a la autoridad del empresario dentro de un esquema que presupone y se funda sobre la igual libertad de los contrayentes permitía contener la valencia desequilibrante de la revolución experimentada en el plan social y económico como consecuencia de la revolución industrial.

Se trataba sin embargo de una solución no solo de compromiso entre el nuevo que avanza y la tradición, sino también de una solución necesariamente precaria y móvil; solución – la contractual – que pronto vendrá puesta en discusión por partes del desarrollo de nuevas corrientes de pensamiento político y jurídico que intentarán, cuando no directamente afirmar la naturaleza no contractual de la relación de trabajo – considerada más bien como una relación de carácter personal, fiel e de protección recíproca -, por lo menos, reducir el papel del contrato a mera fuentes de las obligaciones básicas de las partes: la de poner a disposición la propia fuerza de trabajo por parte del trabajador y la de remunerar esta puesta a disposición por parte del empresario.

Cuestionando la reducción patrimonialista y el carácter marcadamente individualista del derecho burgués, estas corrientes corporativistas vendrán asumidas por el nuevo Orden autoritario que se iba instaurando en buena parte de Europa.

Negando radicalmente la que es una estructural contraposición de intereses entre trabajo y capital, los regimenes autoritarios de las primeras décadas del siglo XX intentaron negar también la posibilidad de reconstruir las relaciones laborales en términos conflictivos. Así se explica también la represión de cualquier forma de huelgas así como la imposición de un sindicato único de Estado, la exaltación del valor social, político además que económico de la empresa autorizada a constituirse autoritativamente e jerárquicamente de igual modo que el Estado mismo.

Se entiende también de esta forma porque, una vez desmoronados los regimenes autoritarios y antidemocráticos, la vuelta a la tradición liberal representaba una necesidad de emancipación y liberación. La recuperación de las categorías de derecho civil y, más en general, de la impostación liberal, representaba la respuesta de rechazo incondicionado de todo lo que había representado el periodo anterior. Y así, si en la época liberal, el contrato había representado jurídicamente la profunda y general renovación política y social librada por el liberalismo con

respecto a la estructuración feudal del sistema pre-revolucionario, ahora el contrato volvía a representar una exigencia de liberación y emancipación de parecido calado, esta vez hacia el régimen despótico y antidemocrático fascista. Las exigencias de marcar las distancias de un modelo de Estado que tanta barbarie había conseguido producir, imponía pues la vuelta al sistema anterior.

Es también en esta óptica que se puede explicar la reacción propiamente civilista que se generó sobretodo en Italia en el periodo post-constitucional. En el nuevo modelo de Estado y de sociedad delineado y promovido por la Constitución el sistema corporativo ya no tiene cabida alguna. La nueva centralidad que esta asigna al trabajo se explica ahora en una perspectiva completamente diversa con respecto al periodo corporativo.

El trabajo deviene el elemento fundador del nuevo orden democrático no solo y no tanto porque considerado vector de desarrollo económico, sino porque es vehículo de expresión de la personalidad humana. La Constitución, al mismo tiempo que le eleva a fulcro del sistema, reconoce la existencia de condiciones materiales que obstaculizan la realización en la práctica del derecho al trabajo reconocido a todos los ciudadanos y más en general la participación en igualdad de condiciones y con igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos. El contextual reconocimiento de la economía de mercado implica, en el modelo delineado por la Constitución, la necesidad de una intervención de los poderes públicos en función de la compensación de los desequilibrios provocados por el mercado.

Frente a esta exigencia, explicitada en la Constitución fue solo bastante más tarde que se puso mano en la regulación laboral. Restablecido el sistema de libertad sindical, fue solo a partir de los años '60 que se intervino para introducir formas de protección del trabajo más en línea con los imperativos constitucionales. Se desarrolló pues una regulación protectora centrada en el instrumento de la norma inderogable y, en fin de cuentas, en la fuerte limitación de la autonomía privada de las partes individuales.

Este modelo de regulación entró en crisis a finales de los años '70 como consecuencia de la grave crisis económica que sacudió Europa en aquel momento. Con la crisis se empezó a poner en discusión el modelo del Derecho del Trabajo que se había ido desarrollando en las décadas anteriores. La crítica se centró en especial en lo que se empezó a percibir como un exceso de rigidez del sistema de las tutelas que impedía a las empresas hacer frente a los nuevos reto de una economía en rápida transformación. Las operaciones de reestructuración/reorganización del sistema de producción importaron una significativa diversificación de las formas de organización y adquisición del trabajo por parte de las empresas. La multiplicación de las formas de trabajar y de los contenidos del trabajo contratado requerían una paralela diversificación de la

disciplina. El nuevo paradigma de la modernización del Derecho del Trabajo es ahora la flexibilidad, entendida como una especie de fórmula mágica para solucionar los problemas que afligían la normativa laboral. Instrumento de racionalización y de ahorro de costes para las empresas la flexibilidad se ha traducido en una importante contracción del sistema de las tutelas.

Se optó pues por diversificar las puestas de acceso al trabajo a través de una re-articulación del contrato de trabajo ahora diferenciado en modalidades distintas y flexibles de empleo. Este proceso de diversificación de los modelos contractuales fue llevado a cabo en Italia y en España según patrones de desarrollo diferentes.

En Italia, ello se consiguió a través de una importante implicación de los sindicatos mayoritarios. Las medidas de flexibilización fueron en gran medida previamente pactadas con las organizaciones de representación de los trabajadores y su implantación condicionada legalmente a la aplicación del convenio colectivo. Se atribuía a este instrumento la función de determinar tanto el quantum de flexibilidad tolerable por el sistema, como el como de esta flexibilidad. Constituye un buen ejemplo de ello la disciplina relativa a la contratación temporal. Frente a un sistema legal de causas típicas de legítima oposición del término final a la relación, la ley habilitaba a la negociación colectiva a la introducción de nuevas y distintas causas de temporalidad, al margen de cualquier tipo de vínculo impuesto por el ordenamiento.

En España, al contrario, el proceso fue llevado a cabo directamente por la intervención pública, sin que en ello las organizaciones sindicales desarrollasen un papel de primer plano. La legislación de la flexibilidad en este País se caracterizó por una fuerte impronta pública y por más amplios márgenes de flexibilización. Representa un buen ejemplo de ello, la introducción en el sistema de una forma de contratación temporal no estructural, o sea no ligada a objetivas exigencias empresariales de carácter temporal. El contrato temporal de fomento de empleo, era pues un contrato temporal no causal cuya utilización se legitimaba de pos sí como consecuencia de la difícil situación ocupacional que sufría España en aquel momento.

En ambos Países, sin embargo, la ampliación de los modelos de contrato implicó una importante ampliación de las posibilidades de elección por parte de la autonomía individual ahora habilitada a elegir aquel que mejor respondía a los intereses productivos y organizativos de las empresas. Al mismo tiempo, la diversificación de los modelos y de la disciplina asociada a cada uno de ellos, reforzó la función genética de contrato.

La revalorización de la autonomía privada se produjo también como consecuencia de la conjunción de otros factores. En particular, se hace referencia a lo que se ha venido llamando la contracción de la tradicional tendencia expansiva del campo de aplicación del Derecho del

Trabajo. Frente a una tendencia a la extensión de las fronteras del derecho del trabajo también a formas trabajos o a tipo de trabajadores no siempre rigurosamente entrantes en la categoría de la ajenidad y de la dependencia, a partir de los años '80 se registra una tendencia de signo contrario.

Se ha hablado a este fenómeno de “deslaboralización” para entender la operación de negación del carácter de la subordinación a determinados grupos de trabajadores o formas de trabajo llevada adelante tanto por parte de la jurisprudencia, como parte del mismo Legislador.

A nivel jurisprudencial, la contracción de las fronteras del derecho del trabajo se produce como consecuencia de un impostación orientada a hacer más rígidos los criterios de clasificación y de calificación de la relación como autónoma o como subordinada.

En Italia en particular, estos son años de un intenso debate sobre el método de calificación. Mientras que el uso del método c.d. “tipológico” permitía una cierta adaptación del caso concreto al tipo legal, basándose en una mera aproximación de las características del tipo abstracto al tipo concreto, la recuperación del método “subjuntivo” que requiere la perfecta coincidencia entre el uno y el otro, implicaba una notable restricción del campo de aplicación del Derecho del Trabajo. Además, empieza en este periodo a afirmarse una tendencia a la revalorización del principio del consentimiento y con ello a la interpretación de la voluntad de las partes expresada en el conjunto de las declaraciones contractuales. Es lo que se ha venido llamando, revalorización del *nomen iuris* en le proceso de calificación. Frente a una consolidada impostación que distinguía entre calificación del contrato de trabajo que básicamente prescinde de la interpretación de la voluntad de las partes porque considerada irrelevante, y calificación de cualquier otro contrato en el que la voluntad de las partes es el primer elemento a examinar, la jurisprudencia empieza a respaldar aquellas opciones doctrinales favorable a la atribución de un peso más relevante a la autonomía de la voluntad.

En España, esta transformación esta bien expresada la evolución sufrida por la presunción de laboralidad, ahora recogida en el artículo 8 ET. La contracción de las fronteras del derecho del trabajo se manifiesta a propósito de la presunción de laboralidad tanto en su formulación en el ET como en la interpretación que de ella hacen jurisprudencia y doctrina. Mientras antes del ET funcionaba como mecanismo de laboralización de todas aquellas relaciones de difícil colocación, ahora su operatividad está supeditada al previo acreditación de los rasgos típicos de la subordinación (amenidad y dependencia).

De todo lo dicho anteriormente se desprende que la crisis económica y las trasformaciones que derivaron tanto en el plan económico como en lo jurídico empujaron el derecho del trabajo tanto de origen legal, como judicial, hacia una fundamental recuperación del

papel del contrato y de la autonomía individual. Esta recuperación se manifestó en distintos ámbitos y con distinta intensidad según los ordenamientos y los sectores específicos, y se justificó básicamente como una necesidad ocasionada por la crisis económica y los efectos negativos derivados en términos de desempleo.

Fue además una recuperación coincidente básicamente con una distinta distribución del poder normativo entre las distintas fuentes de regulación y en definitiva con una sustancial atenuación del carácter tuitivo del derecho del trabajo. Las nuevas formas de empleo flexible se caracterizan todas por una importante atenuación del nivel de garantías acordada al trabajo (sobre todo en términos de precarización del empleo).

Las nefastas consecuencias generadas por políticas económicas sociales de esta envergadura, empezaron pronto a poner en discusión la legitimidad y la utilidad de estas. Por esto, se cree, pronto el debate sobre la revalorización del contrato individual como instrumento de flexibilidad tuvo la necesidad de legitimarse no solo desde el punto de vista económico, sino también desde lo social.

La “vuelta al contrato” empezó a presentarse como una necesidad casi ética, de recuperación de la persona del trabajador; de “redescubrimiento del individuo”, anulado y negado por un derecho del trabajo anónimo y masificado, fundamentado sobre un prototipo de trabajador y de trabajo ya ampliamente minoritario. La recuperación del contrato empezó a presentarse como una necesidad que se iba agitando también en el mundo del trabajo, entre los trabajadores, que ahora más que antes quieren que se le reconozca su individualidad, su especificidad, su diferencia.

Aun si por razones aparentemente muy distintas y con propuestas también diferenciada, tanto la justificación economicista, como la social se fundamentan sobre algún presupuesto común y contribuyen a alimentarse recíprocamente. Ambas parten de una distinta consideración del trabajador, entendido ahora como sujeto de nuevo libre y responsable, capaz de perseguir sus aspiraciones y proteger sus intereses a través del ejercicio de su autonomía. Un trabajador que se ha en parte emancipado de aquella condición pasiva y negativa de debilidad ontológica en la que habría contribuido a relegarle un derecho del trabajo paternalista, cuando no autoritario también.

Además parece que ambas perspectivas se apoyan en presupuestos casi pre-jurídicos: la economía que vuelva a considerarse como algo independiente de la política, que funciona según “leyes naturales” que el derecho no crea sino que debe simplemente seguir; el individuo, sujeto aislado y abstracto capaz de auto-determinarse y de auto-realizarse.

Es en este momento, que se entiende que el debate sobre el papel del contrato y de la autonomía privada abandona definitivamente el discurso sobre el fundamento de la relación laboral, para dirigirse hacia

nuevas perspectivas. Es en este momento que empieza a emerger la perspectiva de la vuelta al contrato como retorno a la autodeterminación.

Con el objetivo de verificar la penetración de esta distinta perspectiva se ha analizado la regulación del acceso al trabajo. Es este el momento en el que la revalorización del contrato se manifiesta con más intensidad y mayor claridad.

Analizando otras manifestaciones de nueva centralidad asignada al contrato se ha visto por ejemplo que se va estabilizando la regla de la forma escrita para el acceso al trabajo flexible; al trabajo que por las más distintas razones se desvía del trabajo aun considerado típico: el trabajo a tiempo completo y duración indefinida.

Se ha visto también que por lo menos en el sistema italiano la forma vinculada de manifestación del consentimiento cumple funciones distintas y ulteriores con respecto a las funciones tradicionales de responsabilización del consentimiento y de seguridad jurídica.

Lo que se ha intentado demostrar es en efecto que la combinación entre prescripciones de formas y prescripciones de contenido mínimo que el documento escrito debe representar parece a tribuir a la forma una función de tipo más específicamente individual-informativo. La forma, en otras palabras, sirve para asegurar al trabajador un conocimiento cuanto más preciso y completo de las características esenciales de la operación económica que se aproxima a realizar. El efecto de certidumbre que se genera, parece ahora funcionarizado a garantizar al trabajador la posibilidad de saber y por eso de actuar activamente para la promoción de sus intereses. Adecuadamente informado, el trabajador viene así puesto (al menos abstractamente) en condiciones de poder obrar para una contratación mas equilibrada, porque más informada.

La información se persigue porque se considera condición fundamental para un refuerzo de la posición del trabajador en el contrato. Pudiendo disponer de un documento escrito que reproduce las características del contrato el trabajador podrá valorar mejor y con mas eficacia la propuesta contractual del empresario, podrá actuar para que se le reconozcan mejores condiciones económicas y normativas, podrá, tras la conclusión del contrato, apreciar eventuales desconocimientos de sus derechos en la actuación empresarial y reaccionar contra ellos.

La información parece adquirir una importancia creciente también bajo otro punto de vista. Se esta desarrollando una especial sensibilidad en ámbito comunitario hacía la importancia estratégica de la información como presupuesto para un mayor nivel de autodeterminación por parte de los trabajadores. Como consecuencia de ello, desde la Unión Europea no ha llegado una regulación específica de la información ahora entendida como verdadero derecho reconocido al trabajador en cuanto individuo.

Se le reconoce así un derecho individual de información sobre las condiciones de su contrato/relación laboral; información que le debe el

empresario en calidad de parte contractual como consecuencia de la conclusión del contrato.

Tanto en Italia, como en España la normativa europea (directiva 1991/533/CEE) ha sido transpuesta con normativas nacionales que han reconocido al trabajador amplios derechos de información; información que se añade a aquella debida a los órganos públicos de control del mercado de trabajo.

Mientras que el efecto informativo de la forma vinculada de manifestación del consentimiento actúa sobre todo en el momento de la celebración del contrato, la información que le deriva al trabajador como consecuencia del reconocimiento del derecho de información tiende a actuar en un momento lógico y temporal sucesivo a la conclusión del contrato. Ello es el efecto del hecho que el deber de información nace para el empresario como consecuencia de la conclusión del contrato.

Si es así, ello quiere decir que la información en este caso no está orientada a estimular en el trabajador un más conciente consentimiento a la propuesta contractual del empresario, sino más bien, una mayor capacidad de acción y reacción en la defensa de sus propios derechos. El más preciso conocimiento de las características del contrato celebrado permite en otras palabras al trabajador una mayor y más conciente capacidad de identificación de comportamientos abusivos o ilegales por parte del empresario. Permite un más conciente control acerca de la regularidad y la conformidad a la ley de la actuación empresarial.

Una vez identificados los ámbitos en los que la revalorización del papel del contrato como instrumento de autodeterminación se ha producido, ha sido necesario intentar averiguar el grado de efectividad de los derechos de información y de la función informativa de la forma.

Se ha visto así que mientras que la efectividad del derecho de información individual viene garantizada, tanto en Italia, como en España, por medio de la imposición de una mera sanción pecuniaria las consecuencias que derivan de la falta de respecto del requisito del forma contractual varían notablemente.

Con respecto a la tendencia típica del sistema italiano a la imposición de requisito formal como condición de validez del contrato – con la consecuencia que en el caso de falta de forma el contrato se transforma en un normal contrato a tiempo indefinido sin la necesidad de verificar la correspondencia a la voluntad de las partes – se ha notado una cierta revalorización de la forma prescripta únicamente como requisito de la prueba del carácter atípico del contrato. La consecuencia es que el contrato sigue plenamente válido y eficaz aun en falta de forma, pero en caso de juicio tocará al empresario demostrar la naturaleza temporal del contrato con los escasos medios de prueba admitidos por el ordenamiento en todo caso de forma ad probationem. Se ha dicho también que la prescripción de la forma ad probationem implica una intromisión mucho menos intensa en el mecanismo de la autonomía privada y presupone un

interés atenuado del ordenamiento a su respecto. Eso nos ha permitido afirmar que este tipo de forma parece exaltar la función privatístico-individual del requisito formal y, en definitiva, la función informativa del mismo.

Es cierto también que si por un lado el sistema parece otorgar importancia creciente a la información individual como presupuesto de una mayor capacidad de autodeterminación del trabajador, muchos otros elementos parecen contradecir esta finalidad. Típico el ejemplo de la normativa en materia de contrato a tiempo parcial. La forma está impuesto como requisito de la prueba del contrato. Este tiene que indicar expresamente la duración del contrato y la distribución al día, a la semana, al mes y al año. La escritura sirve sin duda a evitar la excesiva indeterminación del objeto contractual que afectaría especialmente al trabajador. La consecuencia es que en todo caso de defecto de forma escrita o de falta de indicación de la duración del contrato este se considerará a tiempo completo a partir de la fecha del accertamiento judicial, salvo prueba en contrario del empresario. Sin embargo, la disciplina que regula el contrato a tiempo parcial parece contradecir la intensificación del efecto informativo que deriva de la prescripción del requisito de forma contractual. En efecto, se reconoce al empresario la posibilidad de

En el sistema español, la forma nunca adquiere en el derecho del trabajo el valor de requisito de validez del contrato. La consecuencia que el ET prevé por el caso de falta de forma en los contratos formales es la activación de un mecanismo presuntivo que hace sí que el contrato se presuma a tiempo completo y de duración indefinida en todo caso de estipulación verbal. Al empresario siempre viene reconocida la posibilidad de prestar prueba en contrario acerca de la naturaleza a tiempo parcial o temporal del contrato.

Del examen de la disciplina relativa al acceso al trabajo resulta por un lado, una exaltación del valor otorgado a la información individual como precondition para un mayor conciencia y responsabilidad del trabajador acerca la promoción y la defensa de sus intereses, y por el otro una intensificación del formalismo, de la tutela prestada en el plan meramente formal y abstracto. El formalismo exalta la función del contrato y la información intenta exaltar la autodeterminación.

El presupuesto implícito es una distinta consideración de la posición del trabajador en el contrato y en la relación laboral. Este deja de ser considerado sujeto antológicamente incapaz de defender sus intereses y sus derechos. Si de debilidad se puede todavía hablar esta viene interpretada como la consecuencia de la existencia de asimetrías informativas que el derecho intenta colmar a través tanto de la prescripción de obligaciones de forma vinculada, como a través de la imposición de deberes generales de información individual.

Se trata de intentos de compensación de tipo meramente formales que operan en el plan del contrato sin llegar a influir en lo que pasa en el desarrollo de la relación.

La consideración crítica se refuerza en consideración del hecho que esta evolución que parece afectar al derecho del trabajo implica el riesgo de poner en contraposición el valor de la libertad con el de la igualdad. Para realizar un mayor nivel de libertad se opera en el sentido de reducir las garantías de la realización de una igualdad que no sea meramente formal.

La información de por sí no parece condición suficiente para garantizar la libertad en una situación como la laboral que se caracteriza por una estructural desigualdad de posiciones que se aprecia mucho más allá del plan formal.

Sin querer negar la importancia que la información adquiere en un mundo social, económico y jurídico siempre más complejo no parece que el establecimiento de una paridad de tipo informativo pueda de por sí resolver el problema de la falta de igualdad sustancial de las partes de la relación. A lo mejor, un trabajador más informado podrá mejor comprender la importancia de su organización en el plan colectivo.

La conciencia de la dificultad de una real recuperación de la desigualdad con respecto al empresario podría empujar hacia una nueva re-colectivización del derecho del trabajo.