

Il contratto di lavoro come istituzione europea*

Bruno Caruso

1. La globalizzazione tra conflitto industriale e disintegrazione del lavoro: in Italia è ripartita la lotta di classe?	148
2. Il contratto di lavoro subordinato nell'era della globalizzazione ha funzione ri-regolativa o de-regolativa?	150
3. Il contratto di lavoro subordinato ha un futuro europeo?	153
4. Employment contract or personal work contract? Le soluzioni in campo.	155
5. Costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro?	158
Bibliografia.	159

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 84/2010

«In questi giorni c'è una contrapposizione fra due modelli: uno difende il passato e l'altro che vuole andare avanti. Se non lasciamo alle spalle vecchi schemi non ci sarà spazio per vedere nuovi orizzonti (...) Non siamo più negli anni Sessanta non c'è una lotta fra capitale e lavoro, fra padroni e operai. Se l'Italia non riesce ad abbandonare questo modello di pensiero non raggiungeremo mai niente. Ora c'è bisogno di uno sforzo collettivo, un patto sociale per condividere impegni, sacrifici e consentire al Paese di andare avanti. Una occasione per costruire il paese che lasceremo alle nuove generazioni».

Sergio Marchionne
Amministratore Delegato Fiat e Chrysler



1. La globalizzazione tra conflitto industriale e disintegrazione del lavoro: in Italia è ripartita la lotta di classe?

Che la globalizzazione sia un *puzzle* difficilmente dominabile, perché costituita da tasselli e materiali diversi e contraddittori, che sembrano non volersi mai incastrare, è constatazione che sfiora il banale. Alcuni di questi materiali sembrano appartenere al passato, altri al futuro. Di tutto ciò, in qualche modo, si è avuta la riprova alla fine del mese di agosto in Italia.

È sembrato, infatti, leggendo le prime pagine dei grandi quotidiani non solo nazionali che, per un

momento almeno, la storia si fosse fermata e fosse tornata indietro, come accade nel riavvolgimento della pellicola di un film; che Cipputi⁴⁵⁸ fosse riapparso sulla ribalta della storia, tornando direttamente dal secolo breve, dove lo avevamo lasciato.

Molti avranno pensato, alla fine di un caldissimo mese di agosto, che l'immagine della talpa che scava un lungo tunnel dove può scorrere indisturbato il fiume carsico della "lotta di classe", sia sempre attuale, malgrado le novità della disintegrazione verticale della produzione e del lavoro, della sua disseminazione oltre i confini della fabbrica, e della fine del conflitto industriale classico dicotomico.

È avvenuto che le prime pagine dei giornali sono state "bucate" da un (solo apparente) tradizionalissimo e aspro conflitto di lavoro tra la multinazionale Fiat e la Fiom-CGIL, conflitto che è troppo noto al lettore italiano per essere ricostruito nei dettagli.

Nell'era della globalizzazione nulla sarebbe, dunque, cambiato in Italia, per quanto riguarda sia il conflitto industriale, sia la regolazione del lavoro? Il lavoro e il conflitto industriale e il contratto di lavoro subordinato standard (con gli apparati di protezione eteronoma che lo conformano) sono ancora al centro delle narrazioni dei giuslavoristi oltre che della cronaca giornalistica?

Voglio subito richiamare un'altra notizia, apparsa contemporaneamente sui quotidiani nazionali, che non ha "bucato" l'opinione pubblica come la precedente, ma che disvela l'altra faccia della medaglia del regolamento del lavoro in Italia, e che sembra contraddire quanto prima osservato.

L'Istituto nazionale di statistica, proprio negli stessi giorni del conflitto alla Fiat, ha pubblicato alcuni dati che si riferiscono all'utilizzo di alcuni nuovi contratti di lavoro, inseriti nella "legge Biagi" del 2003 ma diventati operativi solo da alcuni anni: essi ci parlano di un *boom* nel ricorso, da parte delle imprese, al *job on call*, con un aumento di tale contratto atipico del 75% tra il 2007 e il 2009. Non basta: l'Istat ci dice che di dieci nuovi contratti di lavoro conclusi, in Italia, nel 2009/2010, sei ormai sono non standard. Nel settore agricolo, ma non solo, infine, si registra un rilevantisimo incremento dell'utilizzo dei *voucher* lavoro, che è una particolare tipologia di contratto occasionale.

La continuità con il secolo breve è, dunque, più apparente che reale. L'Italia è nel pieno del trend ri-regolativo (non de-regolativo) innescato dalla globalizzazione e il conflitto alla Fiat dimostra, non smentisce, questo assunto.

E proprio per rimarcare questa piena integrazione dell'Italia nel *trend* della globalizzazione e dei suoi effetti, descritti nel *paper* di Kathy Stone, ho inserito nel frontespizio una citazione non di un eroe del passato, come ha, invece, fatto Mark Freedland richiamando Cesare commemorato da Marco Antonio; ma di colui che viene considerato un eroe del presente (almeno in Italia): Sergio Marchionne, l'attuale CEO della Fiat, colui che ha operato, in pieno accordo con il presidente Obama, l'acquisizione e il rilancio della Chrysler in *partnership* con la Fiat.

⁴⁵⁸ Cipputi è il personaggio delle vignette di Altan, un grande intellettuale, prima ancora che disegnatore italiano: Come è stato scritto "Cipputi è la sintesi fulminea di vecchio e nuovo. Alla fine del "secolo breve", è un fossile della storia, testimone di un ceto, la classe operaia, messa ai margini dal terziario avanzato e dalla globalizzazione. Al tempo stesso l'intellettuale che si nasconde in lui, infiltratovi dall'autor in fabula, Altan, è un anticipatore di tendenze, un sociologo istantaneo dell'evoluzione del costume italiano".

Ma ho pure inserito una vignetta di Altan, e del suo personaggio Cippiuti, che dimostra come il mondo nuovo che si vuole costruire ha bisogno dei vecchi materiali, soprattutto se questi sono fatti di storia, identità e intelligenza collettiva.

La mia analisi non avrà ad oggetto la prospettiva - a cui fa riferimento, invece, il CEO Marchionne nel richiamato intervento - delle relazioni collettive di lavoro e della loro regolazione, ma, più in linea con il tema della nostra conferenza, avrà ad oggetto l'istituzione contratto di lavoro.

Il contenuto del *paper* si limiterà alla posizione di quattro questioni teoriche su cui ritengo opportuno riflettere più distesamente nella elaborazione del capitolo che mi è stato affidato.

2. Il contratto di lavoro subordinato nell'era della globalizzazione ha funzione ri-regolativa o de-regolativa?

La prima questione su cui vale la pena interrogarsi riguarda la funzione attuale del "contratto di lavoro subordinato".

Quando si parla di contratto di lavoro subordinato l'indagine storico-comparata⁴⁵⁹ ci mette subito in guardia sul fatto che è difficile, se non impossibile, parlarne unitariamente in una prospettiva comparata. Dentro l'istituto del contratto di lavoro si riflettono le specificità storiche, economiche, sociali, istituzionali, costituzionali e pure antropologiche dei diversi modelli di capitalismo e dei diversi sistemi di diritto del lavoro⁴⁶⁰.

Le diversità sono sia strutturali, di regolazione, ma anche funzionali. Per rispondere alla domanda, ancorché in termini generali, occorre allora sempre tener presente le diversità strutturali dei diversi sistemi.

A tale proposito può essere senz'altro utile l'analisi comparata di M. Freedland⁴⁶¹ e il suo tentativo di sistemazione dei diversi modelli, lungo il doppio asse del livello di regolazione di tale contratto, ma anche di integrazione tra contratto di lavoro e fonti di regolazione: legge e contratto collettivo.

Soprattutto in Italia, ma anche in Spagna, Francia e Germania, è impossibile ripercorre la storia del contratto di lavoro senza considerare la originaria e stretta connessione con il sistema delle fonti esterne al contratto. Questa relazione consustanziale tra le diverse fonti che regolano il rapporto di lavoro, tra cui il contratto di lavoro, nei sistemi di *civil law* è incorporata nel concetto di inderogabilità che è, ad un tempo, un valore (di protezione e tutela) e un dispositivo tecnico che assiste le norme legali e contrattuali; sono tali disposizioni che disegnano, infatti, obbligatoriamente, dall'esterno della volontà dei contraenti, il contenuto del contratto di lavoro.

Il concetto di inderogabilità non è di diretta derivazione costituzionale, ma è un modo d'essere (una tecnica legislativa) attraverso cui i principi dello stato sociale di diritto e della giustizia sociale, incastonati in norme costituzionali rigide, si trasferiscono nelle relazioni di lavoro di natura collettiva, ma anche individuale.

⁴⁵⁹ Veneziani 2009.

⁴⁶⁰ Freedland Kountouris 2008.

⁴⁶¹ Freedland 2010.

Contratto di lavoro subordinato e norma legale e contrattuale collettiva inderogabile, nei sistemi europei continentali, sono stati storicamente considerati co-termini: la loro integrazione è massima, sia sul piano della tecnica e dei dispositivi di regolazione (in Italia attraverso dispositivi del codice civile, artt. 2113, 1419 secondo comma, 1339), sia sul piano culturale e concettuale.

Questo spiega perché per una lunga fase, anche dopo il crollo del corporativismo, in Italia, il sistema del diritto del lavoro ha abbandonato, sia come fonte primaria di regolazione, sia come oggetto privilegiato di studio, la stella polare del contratto di lavoro subordinato, a favore di due istituti diversi, ma che sussumono il primo: la norma inderogabile e l'autonomia privata collettiva e il suo principale prodotto, il contratto collettivo⁴⁶².

In Italia, si è trattato di una sorta di ritorno alla origine, al codice civile emanato nel 1942, alla vigilia del crollo del regime corporativo: il codice civile italiano non regola il contratto di lavoro, ma si limita ad una definizione molto ampia della categoria lavoratore subordinato, ricostruita, nella realtà e nei dettagli, dalla dottrina e dai giudici attraverso indici di tipicità sociale (metodo tipologico); alla categoria del lavoratore subordinato (non al contratto di lavoro) si collegano, poi, in automatico ed obbligatoriamente, effetti di protezione legale e contrattuale collettiva.

Il rapporto di lavoro, dunque, prevale sul contratto. Si definisce la fattispecie di lavoratore subordinato, non il contratto, e indirettamente si regola lo *status* giuridico di tale figura, attraverso quel che in termini intraducibili in inglese i giuristi italiani chiamano il meccanismo di imputazione automatica degli effetti giuridici (il contratto di lavoro individuale imperativamente regolato dalle norme inderogabili). Tale tipo contrattuale, come affermato dalla Corte Costituzionale, è peraltro indisponibile dai soggetti privati, e addirittura dal legislatore, nel senso che ad un rapporto di lavoro subordinato, che è tale "in natura", non si possono applicare regole giuridiche diverse da quelle che si riferiscono a tale tipo⁴⁶³.

È per questa ragione che, in tutti i sistemi in cui prevale la tipologia di contratto di lavoro subordinato standard - sistemi che riflettono i modelli di capitalismo basati su *co-ordinated market economies* -, si è guardato con apprensione alla riscoperta, alla fine del secolo scorso, del contratto in generale, e del contratto di lavoro in particolare, come istituzione autonoma, scissa e separata dai suoi co-termini, la norma di legge e di contratto collettivo⁴⁶⁴.

Tale riscoperta del contratto individuale di lavoro è stata filtrata dall'utilizzo, nel dibattito corrente, di un diverso meta-concetto, epistemologicamente oscuro e poco definibile, perché plurisenso, quale è quello di flessibilità⁴⁶⁵.

Concetto reso ancor più oscuro e ambiguo dall'ibridazione con il termine sicurezza: da cui la crisi flessicurezza. La flessicurezza implica, infatti, nei vari documenti della Commissione europea, più un orientamento di politica legislativa, piuttosto che una reale tecnica di regolazione che si confronta con il contratto di lavoro e con le altre fonti.

⁴⁶² Ichino 2008.

⁴⁶³ Freedland Kountouris 2010; D'Antona 1995 (oggi 2000); Corte Cost., sent. n. 115/94.

⁴⁶⁴ In Italia alfiere di questa riscoperta è Ichino 1996.

⁴⁶⁵ Caruso 2004.

Concetti come flessibilità, e ancor più flessicurezza, sono utili come suggestioni culturali; sono concetti riassuntivi di senso e di politiche, ma lo sono molto meno, quando ci si confronta con le tecniche e le fonti di regolazione, in quanto finiscono per oscurare la reale posta in gioco.

Il problema su cui occorre, allora, investigare è se la riscoperta del contratto di lavoro subordinato, come fonte di regolazione, non più in assoluta osmosi e integrazione con le altre fonti, possa svolgere un'autonoma e positiva funzione di regolazione del lavoro nel post fordismo; ovvero, se tale riscoperta riassuma la cultura e la tendenza alla de-regolazione, costituendone lo strumento o il viatico principale in tutti i sistemi.

Si pone, cioè, la prospettiva se il contratto individuale di lavoro possa costituire uno dei nodi, altrettanto fondamentale, di una composita rete sociale di protezione, insieme alla legge e al contratto collettivo ad inderogabilità attenuata. Occorre indagare se questa regolazione autonoma, attraverso il contratto individuale, possa essere svolta non solo rispettando la dignità della persona, contro il rischio sempre presente che la libertà contrattuale, applicata alle relazioni individuali di lavoro, produca la riduzione di uno dei contraenti a mera risorsa economica funzionale al mercato e alla libertà di impresa; ma addirittura, in positivo, svolgere anche la funzione di strumento di affermazione delle libertà fondamentali (*capability*)⁴⁶⁶.

Il contratto individuale, in questa rinnovata prospettiva, svolgerebbe, infatti, due funzioni fondamentali: la prima, tradizionalmente, negativa, di protezione della sfera personale (anche emotiva e psicologica: per esempio, la tutela contrattuale contro il *mobbing*) e professionale nei confronti di un potere di impresa straripante e ormai microfisico; una funzione di protezione e garanzia: "la libertà da".

La seconda più innovativa - e sicuramente difficile da immaginare nell'organizzazione fordista - di affermazione positiva di libertà e diritti, personalizzati ed individualizzati (la persona situata e contestualizzata): per es., come nell'esperienza francese, il diritto contrattuale individuale alla formazione continua e differenziata; alla conciliazione con i tempi di vita e familiari; alla sicurezza nel rapporto di lavoro in ragione delle proprie capacità; al tempo scelto e così via: il contratto, dunque, come strumento di affermazione della "libertà di" e quindi di emancipazione⁴⁶⁷.

In tal senso avrebbe una valenza costruttiva e non de-regolativa, l'allargamento della visione riduttivamente corrispettiva, prevalente nei sistemi di *civil law*, del contratto di lavoro⁴⁶⁸; ciò attraverso l'allargamento dell'oggetto del contratto anche a beni, prestazioni e reciproche obbligazioni (per esempio l'obbligazione formativa) che vanno oltre quelle "ridotte all'osso" della visione tradizionalmente riduttiva del contratto (la mera prestazione lavorativa, il mero corrispettivo retributivo), teorizzata proprio per impedire lo straripamento del potere di impresa oltre l'oggetto strettamente definito della mera prestazione di lavoro, unica prestazione legittimamente riven- dicabile dall'obbligazione del lavoratore⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Sen 2009; Deakin 2009; Hauser 2009; Supiot 2009; Sales & Villeneuve 2004.

⁴⁶⁷ Cherednychenko 2006; Collins 2007a.

⁴⁶⁸ Carabelli 2004.

⁴⁶⁹ Caruso 2007.

L'alternativa, da molti indicata, è, invece, che dietro un simile costruttivo recupero del contratto individuale di lavoro come fonte di regolazione autonoma e dinamica del rapporto di lavoro, dietro questo positivo recupero della volontà dei contraenti, si celi solo il volto della de-regolazione e del ripristino del controllo del datore non solo sul corpo del lavoratore, come nell'era fordista, ma anche, nel post-fordismo, sulla mente, sulla psiche, sulle emozioni⁴⁷⁰.

Quest'ultimo esito potrebbe essere suggerito dalla recente esperienza legislativa italiana. Qui recenti riforme legislative (la riforma Biagi del 2003 e quella attualmente in cantiere⁴⁷¹) vanno nel senso della riscoperta del contratto individuale di lavoro. Ma ciò ha significato non la riscoperta di una maggiore autonomia dei contraenti nella determinazione del regolamento contrattuale, al di là dei limiti di oggetto del contratto standard, attraverso un "arricchimento" del suo contenuto. Il contratto di lavoro subordinato, dopo la riforma Biagi, rimane, ancora, fondamentalmente eteroregolato.

Tale recupero della volontà individuale è avvenuto, invece, a monte del regolamento contrattuale e cioè nella fase della assunzione del lavoratore, attraverso l'ampiamiento della possibilità (potere) di scelta di modelli di contratti di lavoro contrattuali, pre-regolati dalla legge, ben oltre il contratto di lavoro standard (una proliferazione di modelli discreti e non solo relazionali)⁴⁷².

Si è così finito per esaltare la libertà di scelta (formalmente di entrambi i contraenti, sostanzialmente di uno solo) di un pluriverso di modelli contrattuali nel supermercato della flessibilità. Modelli sicuramente più appetibili per le imprese rispetto al modello standard nella fase della disintegrazione verticale della produzione; il contratto di lavoro standard, così, da "sole" del sistema galattico del lavoro, regredisce alla *status* di mero "satellite" accanto ad altri.

Quale dei due, dunque, il possibile esito del recupero della funzione regolativa del contratto individuale di lavoro: quello de-regolativo o quello ri-regolativo? La riflessione è aperta.

3. Il contratto di lavoro subordinato ha un futuro europeo?

Posto che siano questi, schematicamente, gli esiti possibili del recupero della funzione regolativa del contratto individuale di lavoro, la riflessione supera i confini dei sistemi continentali dove prevalgono i diversi modelli di contratto di lavoro subordinato.

Essa deve includere anche i sistemi dove prevale la tipologia "*regulated self designed contracts*", per riprendere la distinzione di Freedland e Kountouris. Sistemi dove tradizionalmente la volontà contrattuale e l'autonomia individuale giocano un ruolo più importante rispetto a quelli dove domina il modello del contratto standardizzato.

Se si scommette sul fatto che l'esito del recupero del contratto di lavoro possa essere quello ri-regolativo e non de-regolativo, si pone allora una ulteriore riflessione che organizzerei intorno a questa seconda questione: il contratto individuale di lavoro subordinato ha una prospettiva sovranazionale europea? Ovviamente il discorso andrebbe condotto sia sul piano teorico sia, in prospettiva, regolativo.

⁴⁷⁰ Supiot 2005.

⁴⁷¹ Collegato lavoro 2010, in sesta lettura al Senato, DDL 1167- B).

⁴⁷² Treu 2010.

Il problema teorico è stato posto correttamente, anche se su grandi linee, da Freedland e Kountouris e, prima ancora, più operativamente dal rapporto Supiot. Questi autori hanno individuato un possibile superamento del dualismo tra modelli europei continentali e anglosassoni nella prospettiva di una realistica tendenza regolativa uniforme del contratto di lavoro (*work contract*) oltre il contratto di lavoro subordinato (*employment contract*).

La questione di fondo è se i sistemi nazionali europei di diritto del lavoro, con riferimento all'istituto chiave (una sorta di DNA) del contratto di lavoro subordinato, possano reciprocamente ibridarsi attraverso un positivo processo di *cross fertilization* e interazione e adattamento reciproco⁴⁷³, senza però illudersi che l'istituto contratto di lavoro, o suoi elementi costitutivi, possano essere trapiantati da sistema ad un altro.

Che possa, cioè, prodursi, per l'istituto del contratto di lavoro, quell'esito *recombinant governance* di cui parlano Crouch⁴⁷⁴ e Teubner⁴⁷⁵ a proposito dei modelli di capitalismo.

In forma di domanda diretta: è possibile immaginare un esito di osmosi, che porti le diverse famiglie europee verso un punto mediano di regolazione ed integrazione tra fonti, lungo gli assi di regolazione integrata che ci indica Mark Freedland, immaginando il recupero di spazi regolativi autonomi al contratto di lavoro, ma accentuando, pure, proprio in ragione di tale recupero, la funzione di garanzia e protezione *default* del network sociale costituito dalla legge e dalla produzione regolativa degli attori sociali?

Questo discorso implica, a monte, un recupero di una struttura, ma anche di una funzione unitaria in senso forte, del contratto di lavoro subordinato, come contratto relazionale per eccellenza, che contrasti la tendenza crescente alla sua frammentazione interna e alla de-standardizzazione, con gli effetti di balcanizzazione del mercato del lavoro, interno ed esterno all'impresa, l che ne derivano.

La sfida teorica, ma anche regolativa, è quella del contratto di lavoro unico (*single labour contract*) di cui molto si parla sia in Francia sia in Italia, con esiti regolativi ancora limitati e contingenti.

Le diverse proposte regolative che si contendono il campo⁴⁷⁶ non potranno mai arrivare ad una sintesi se non si scioglie il nodo teorico fondamentale della ragione economica sociale del contratto di lavoro con riguardo alla diversificazione delle sue tre fondamentali funzioni, e della necessaria mediazione tra esse: a) di allocazione ottimale delle risorse per l'equilibrio del mercato; b) di protezione e garanzia della parte debole in termini economici e di potere negoziale; c) di realizzazione di capacità fondamentali della persona nel lavoro e fuori dal lavoro.

Questa prospettiva di costruzione di una teoria e di una regolazione europea del contratto di lavoro subordinato implica l'individuazione degli attori che dovrebbero essere promotori e protagonisti di tale costruzione.

⁴⁷³ van Gerven 2001; Caruso 2007; Teubner 1998.

⁴⁷⁴ Crouch 2005.

⁴⁷⁵ Teubner 2002.

⁴⁷⁶ Boeri Garibaldi 2008, P. Ichino <http://www.pietroichino.it/?p=1079>

Ognuno per la sua parte: i) la comunità globale degli studiosi, se sarà in grado di produrre, in Europa, come già avvenuto, nel medioevo, un *Juristenrecht* così autorevole da imporsi ai legislatori come base di un nuovo ordine giuridico sovranazionale⁴⁷⁷. ii) Le Corti nazionali ed europee in dialogo tra loro. iii) I partner sociali a livello nazionale, ma anche europeo. iv) I legislatori nazionali, magari coordinati ed indirizzati dalle istituzioni legislative europee.

L'attività di questi attori (i formanti, nella teoria della comparazione) va considerata non solo coordinata, ma anche reciprocamente interferente.

4. Employment contract o personal work contract? Le soluzioni in campo.

C'è un'altra dimensione del contratto di lavoro che sino a qualche decennio fa era considerata "altra" e "esterna" rispetto alla riflessione "interna" sul contratto di lavoro subordinato: vale dire quello del contratto di lavoro autonomo. È questo, in tutti i sistemi europei, lo storico dirimpettaio del contratto di lavoro subordinato, se non proprio il suo antagonista.

Ovunque, in ragione dei cambiamenti indotti dal post fordismo, la nettezza sociale della distinzione tra questi due contratti, ma anche delle rispettive aree sociali di riferimento, si è oscurata: i confini tra lavoro subordinato e lavoro autonomo sono presidiati da una area grigia che va sempre più estendendosi; dentro ci sono figure professionali e tipologie di lavori più disparati, a stento riconducibili a tipologie unitarie e aggregabili.

Sono i prodotti di risulta dei fenomeni ampiamente studiati dalle scienze economiche e sociali, oltre che dai giuristi, della disintegrazione verticale con l'esternalizzazione della produzione, ma anche dell'organizzazione, fuori dai confini dell'impresa⁴⁷⁸; dell'economia dei servizi, dell'impresa flessibile.

Per il diritto del lavoro le conseguenze sono evidenti: la riflessione sui nuovi lavoratori semi autonomi o, secondo la terminologia diffusa in Italia, parasubordinati, non è oggetto più di una bipartizione netta rispetto al lavoro subordinato, ma diventa un segmento di un *continuum* unitario del discorso giuridico sul contratto di lavoro e sulle tutele da esso apprestate.

Tale presa d'atto del nuovo *background* su cui innestare la riflessione "allargata" sul contratto di lavoro induce a focalizzare alcune astratte macro alternative teoriche, per così dire, meta regolative:

a) Prendere atto che la disintegrazione della produzione e l'economia dei servizi producono la disintegrazione del contratto di lavoro subordinato, non solo al suo interno (la de-standardizzazione) ma anche al suo esterno. Ciò in ragione della proliferazione, nel mercato del lavoro balcanizzato, di modalità contrattuali di utilizzo del lavoro regolate direttamente dai contraenti: modelli contrattuali che si affermano nella prassi e che solo successivamente vengono giuridicamente tipizzati dalla giurisprudenza teorica e dalla giurisprudenza pratica; si tratterebbe, in questo caso, del trionfo della *lex mercatoria* non solo nei rapporti di scambio commerciali, ma anche nei rapporti di lavoro. Un tale esito, tuttavia, non è immaginabile in sistemi come quello italiano, ove, anche a norma del codice civile, e in ragione dei principi costituzionali, all'autonomia privata

⁴⁷⁷ P. Grossi 2006.

⁴⁷⁸ Collins 1990.

non è lasciata la libertà di creare modelli contrattuali con riguardo all'utilizzazione del lavoro altrui, ma solo di scegliere tra i vari modelli regolati dalla legge.

b) All'opposto: confermare la prevalenza del contratto di lavoro subordinato sugli altri modelli contrattuali di utilizzo del lavoro altrui, postulando, sul piano degli effetti, una estensione della tutela del contratto di lavoro fortemente etero integrato oltre i confini della figura tradizionale di riferimento: il lavoratore subordinato. Si tratterebbe di una riproposizione - probabilmente fuori tempo massimo - della funzione "colonizzatrice" del diritto del lavoro⁴⁷⁹, il cui rischio evidente è quello dell'ineffettività⁴⁸⁰ (la fuga dal diritto del lavoro).

c) Prendere, invece, atto della disintegrazione del lavoro nell'impresa e fuori dall'impresa; considerare tale realtà un dato economico e sociale irreversibile e non più riunificabile dal diritto; utilizzare, di conseguenza, le risorse della razionalità giuridica per controllare, governare la differenziazione sociale e tipologica; questo con l'obiettivo di correggere gli esiti più vistosamente in contrasto con i principi comuni di giustizia sociale (la proliferazione di contratti non standard privi di ogni tutela) attraverso la ri-regolazione giuridica (non mirata soltanto alla correzione delle asimmetrie informative)

Sono queste, molto schematicamente, le ipotesi metaregolative che fanno da sfondo ad una serie di proposte di intervento regolativo concreto che si registrano un po' ovunque in Europa. Di tali proposte, di recente, si è avuto un eco anche nel libro verde della Commissione europea e nel dibattito che ne è seguito⁴⁸¹.

Le ipotesi in campo di concreta ri-regolazione del *work contract* sono almeno tre, senza considerare una serie di variabili interne e di sfumature diverse ad ognuna di esse. Alcuni sistemi (Germania, Gran Bretagna, in parte Italia) hanno dato risposte regolative in parte in linea con qualcuna, in parte a cavallo di queste tre ipotesi. Si tratta comunque di soluzioni ancora frammentarie e non sistematiche⁴⁸².

a) La prima ipotesi in campo è quella dell'allargamento della nozione di subordinazione sino a comprendervi tutte le ipotesi di dipendenza economica. La qualificazione di dipendenza economica può variare in ragione di indici qualitativi e quantitativi. Ma anche gli esiti regolativi della trasfigurazione della subordinazione in dipendenza economica possono essere diversi. Secondo una versione *pro labour* l'esito dovrebbe essere di mera estensione della tutele tradizionali dei "lavoratori subordinati doc" ai lavoratori economicamente dipendenti; secondo una versione *pro market*, l'esito dovrebbe essere una redistribuzione, con appiattimento verso il basso, delle tutele per tutti, soprattutto in materia di licenziamento. È inutile nascondere che la difficoltà di questa ipotesi sta proprio nel trovare una definizione adeguatamente selettiva e discreta di dipendenza

⁴⁷⁹ Simitis 1986; 1990.

⁴⁸⁰ Teubner 1986.

⁴⁸¹ Commissione europea, Libro Verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo, COM(2006) 708 def., Bruxelles, 22 novembre 2006, Massimiani C. (a cura di) Dossier *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* (<<http://www.lex.unict.it/eurolaborlenlresearch/dossier.htm>>).

⁴⁸² Perulli 2002.

economica. Va considerato, all'interno di questa ipotesi, che la diluizione della nozione di subordinazione - e del relativo contratto - in una nozione più lata (il *personal work contract*), appare in linea con le tendenze del diritto e con gli orientamenti della Corte di giustizia dell'UE; ciò in ragione della funzione accentuatamente teleologica e funzionalista della nozione di lavoratore e contratto di lavoro nell'ordinamento dell'Ue⁴⁸³. Va, pure, considerato che, secondo alcune proposte, circolanti per esempio in Italia, il tentativo di sostituire alla tradizionale nozione di subordinazione fondata sul potere di controllo, direttivo e disciplinare del lavoratore (una nozione tecnico funzionale), con una nozione socio economica più comprensiva come quella di dipendenza economica, è fortemente contrastato, in nome della riconsiderazione neo-marxiana del concetto di subordinazione: secondo questa ipotesi, il lavoratore o la lavoratrice subordinata è colui che, a prescindere dalla modalità di esercizio del potere datoriale, si trova in situazione di doppia alienazione: dall'organizzazione del lavoro (i mezzi) e del risultato della prestazione stessa⁴⁸⁴.

b) La seconda ipotesi di concreta regolazione parte dalla proposta della creazione di un *tertium genus* a metà strada tra il contratto di lavoro autonomo e il contratto di lavoro subordinato: il lavoro parasubordinato e semindipendente, di natura coordinata e continuativa. Rispetto alla prima ipotesi sono addirittura aggravati i problemi di qualificazione giuridica. Diventa ancor più arduo, rispetto alla nozione dipendenza economica, individuare criteri adeguatamente selettivi del lavoratore semi indipendente e del relativo contratto di lavoro parasubordinato: la personalità dell'opera, la mancanza di contatto diretto con il mercato, l'esclusività del rapporto con il mercato, l'integrazione funzionale nel ciclo dell'impresa, l'intensità del potere di coordinamento, la durata del rapporto ecc. Al contempo resta altrettanto irrisolto, come nell'ipotesi precedente, il problema di quale tutele (minime? massime?) estendere dal lavoro subordinato a un simile *tertium genus*.

c) La terza ipotesi è quella che trova maggiori consensi tra gli studiosi e che ha trovato applicazione in Gran Bretagna, nella legislazione a cavallo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di questo⁴⁸⁵. La proposta è *non* di regolare le diverse fattispecie di contratto, ma partire dal presupposto che tutti i contratti di lavoro, in cui è implicata la persona, richiedono protezioni adeguate al diverso *status* lavorativo. In ragione di ciò, modulare e graduare le tutele secondo uno schema a cerchi concentrici. La proposta più indicativa di questo orientamento è quella formulata nel famoso rapporto Supiot.

Non è chiaro quale potrà essere l'esito di queste diverse strategie di concreta regolazione nei diversi stati nazionali e in Europa. Appare, tuttavia, evidente che l'intensificazione della mobilità transfrontaliera tra i diversi stati europei, con riferimento soprattutto ai paesi *newcomers*, suggerisce una soluzione tendenzialmente convergente delle strategie di regolazione del contratto di lavoro.

Ciò non soltanto per garantire il principio di libera circolazione dei lavoratori, ma in funzione di una rinnovata esigenza di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini lavoratori europei nella di-

⁴⁸³ Giubboni 2009.

⁴⁸⁴ Roccella 2008.

⁴⁸⁵ Davidov 2005.

menzione europea dopo che l'Europa di è dotata, con l'inserimento della Carta di Nizza, nel Trattato di Lisbona, di una piattaforma *hard* e non solo *soft* di diritti fondamentali, ove quelli sociali sono posti sullo stesso livello di importanza di quelli civili e politici.

5. Costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro?

Quanto sopra mi consente di porre l'ultima questione a cui non posso dedicare, in questo *paper*, lo spazio che sarebbe dovuto: costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti in Europa hanno a che vedere qualcosa con il contratto di lavoro?

Questa prospettiva, come la *matrioska* russa, ne contiene molte altre: per esempio, si discute in Italia, forse in modo eccessivamente astratto, se i giuslavoristi dovrebbero coinvolgersi di più nella costruzione di un codice civile europeo ispirato ai principi di giustizia sociale, incastonati nelle tradizioni costituzionali comuni⁴⁸⁶; ciò sarebbe indispensabile non solo per evitare la "civilizzazione del contratto del lavoro", ma soprattutto per consentire la ulteriore penetrazione dei principi del contratto di lavoro subordinato in tutti i contratti in cui si confrontano parti economicamente forti e soggetti economicamente e informativamente deboli (i consumatori)⁴⁸⁷. C'è chi sostiene, al contrario, che, per questo scopo, non è necessario che i giuslavoristi partecipino alla costruzione del codice civile europeo, la cui elaborazione è per altro affidata a gruppi di esperti che hanno sicuramente più a cuore l'efficienza delle transazioni economiche, piuttosto che i principi della giustizia sociale⁴⁸⁸; i principi di giustizia sociale con cui si confronta il diritto del lavoro, nella maggior parte dei sistemi europei, si sarebbero emancipati dalla condizione in qualche modo "minore" di principi contrattuali "speciali", assurgendo essi stessi alla condizione di principi generali conformanti dall'esterno il diritto dei contratti⁴⁸⁹ (la tutela del contraente debole, il principio di *favor*, l'integrazione imperativa, l'integrazione giudiziale delle clausole generali attraverso la buona fede orientata dai principi costituzionali ecc.).

Proprio l'*impasse* sulla estensione delle tutele - oltre il contratto di lavoro subordinato - alle tipologie di lavoro in situazioni di dipendenza economica, rende necessario confrontarsi con il tema della costituzionalizzazione del diritto privato, che è un tema che va ben oltre il tema della codificazione europea dei principi di diritto civile.

Soprattutto se si considera che, per questo obiettivo, gli spazi di intervento dell'Unione europea sono limitati, rallentati e scarsamente efficaci, come la vicenda della direttiva europea sul lavoro tramite agenzia, e l'*impasse* delle proposte conseguente al libro verde sulla riforma dei sistemi di diritto del lavoro, dimostrano.

Porrei la prospettiva di analisi in questo modo:

La costituzionalizzazione del diritto privato, sia nella soluzione tedesca della applicazione diretta

⁴⁸⁶ Study Group on Social Justice in European Private 2004.

⁴⁸⁷ Nogler 2008.

⁴⁸⁸ Lo Faro 2008.

⁴⁸⁹ Vettori 2008; Castronovo 2006; Mengoni 1990.

dei diritti fondamentali ai rapporti contrattuali privati, intesa come prevalenza gerarchica e verticale della sfera del diritto pubblico sulla sfera del diritto privato; sia nella versione, metodologicamente più sofisticata, di integrazione e ibridazione tra le due sfere, dell'*inter-textuality* o dell'*interlegality*⁴⁹⁰, assume nuove prospettive e valenza ulteriore, con l'efficacia giuridica della Carta di Nizza richiamata dall'art. 6 del Trattato di Lisbona.

I diritti fondamentali ivi riconosciuti hanno efficacia orizzontale diretta: in quanto disposizioni del diritto primario europeo non vincolano soltanto gli stati nell'applicazione del diritto dell'Unione, ma si applicano direttamente nei rapporti interprivati in ragione dell'effetto indirettamente estensivo, anche al di là delle delimitazioni formali delle competenze, che tutte le disposizioni universali sui diritti fondamentali finiscono per produrre⁴⁹¹. Lo stesso vale anche per i diritti umani della CEDU in virtù dell'atto di adesione della UE alla Convenzione a norma dell'art. 6 comma 2.

Al di là del gioco delle competenze formali, si apre un capitolo a mio avviso nuovo, per la dimensione che l'efficacia giuridica della Carta di Nizza assume con riferimento alla valorizzazione della prospettiva della costituzionalizzazione del diritto privato e del diritto dei contratti⁴⁹².

Una prospettiva che può avere una ricaduta sia, *medio tempore*, in chiave di indirizzo della regolazione europea e nazionale sui *personal work contracts*; sia, nell'immediato, di valorizzazione dell'attivismo giudiziale, a livello europeo ma anche nazionale, per operazioni di interpretazione equitativa, mirate alla estensione, selettiva e adattiva, di tutele tipiche del lavoro subordinato ai lavoratori economicamente dipendenti.

Penso, per esempio, alla valorizzazione del principio della giusta causa di recesso e all'obbligo di motivazione che deriva dall'art. 30 della Carta di Nizza, da considerare come termine implicito ai contratti aventi ad oggetto l'utilizzazione della prestazione altrui; a quei contratti non discreti e occasionali, ma di durata, e quindi relazionali⁴⁹³; ma anche per operazioni mirate a garantire standard di remunerazione equi in applicazione dell'art. 31 della Carta (condizioni di lavoro giuste ed eque)⁴⁹⁴.

Come è stato scritto la costituzionalizzazione del diritto dei contratti "*from the viewpoint of legal practice (...) provides the judiciary with a powerful tool to adapt traditional contract law instruments to contemporary democratic and social values. In other words, horizontal effect is an important vehicle for social justice policies*"⁴⁹⁵.

Bibliografia.

Boeri T. - Garibaldi P. (2008), *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere.

Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in DLRI, 1, p. 1 ss.

⁴⁹⁰ Collins 2007b.

⁴⁹¹ Pernice 2009; Caruso, in corso di pubblicazione.

⁴⁹² Cherednychenko 2004; Kumm 2006; Colombi Ciacchi 2006; Ferrajoli 2004.

⁴⁹³ Cohen 2009; Perulli 2007.

⁴⁹⁴ Perulli 2003.

⁴⁹⁵ Colombi Ciacchi 2006, p. 180.

- Caruso B. in corso di pubblicazione, *Fundamental Social Rights after the Treaty of Lisbon (after thunder comes rain)*, in *European Journal of Social Law*.
- Caruso B. (2007), *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global vilage"*, *CLLPJ*, 28:3, pp. 501-546.
- Caruso B. (2006), *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, *DLRI*, 29, p. 1 ss.
- Caruso B. (2004), *Flexibility in Labour Law: The Italian Case*, in B. Caruso – M. Fuchs (editors), *Labour Law and Flexibility in Europe. The Cases of Germany and Italy* BADEN Nomos, Baden Baden.
- Castronovo C. (2006), *Diritto private generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *EDP*, 2, pp. 397-423.
- Cherednychenko O. (2006), *Fundamental Rights and Contract Law*, in *ERCL*, 4, pp. 489-504.
- Cherednychenko O. (2004), *The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org/>
- Cohen T. (2009), *Implying Fairness into the Employment Contract*, in *ILJ*, oct., pp. 2271-2295.
- Collins H. (2007a), *European Social Policy and Contract law*, in *ERCL*, 1, pp. 79-87
- Collins H. (2007b), *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 6*.
- Collins (1990), *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, in *OJLS*, v. 10, pp. 353-380
- Colombi Ciacchi A. (2006), *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, in *ERCL*, 2, pp. 167-180.
- Crouch C. (2005), *Capitalist diversity and change*, in *OUP*
- D'Antona M. (1995, oggi 2000), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Opere*, v. I, edited by B. Caruso & S. Sciarra. Giuffrè, Milano.
- Davidov G. (2005) *Who is a Worker?*, in *ILJ*, 34:1, pp. 57-61.
- Deakin S. (2009), *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in Deakin S.- Supiot A. (a cura di) *Capacitas*, Hart, Oxford.
- Ferrajoli L. (2004), *Per un costituzionalismo di diritto private*, in *RCDP*, 22:1, pp. 11-24
- Freedland M. (2010), *Burying Caesar: what was the standard employment contract?* Relazione al workshop internazionale "Employment Regulation After the Standard Contract of Employment: Innovations in Regulatory Design", Bellagio 20-24 Settembre 2010.
- Freedland M. - Kountouris N. (2008), *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, in *ILJ*, 37:1, pp. 49-74.
- Giubboni S. (2009), *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in Sciarra S. – Caruso B. (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Il lavoro subordinato*, Giappichelli editore, Torino.

- Grossi P. (2006), *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari.
- Hauser S. (2009), *Revisiter la notion Juridique de capacité?*, in Deakin S.- Supiot A. (a cura di) *Capacitas*, Hart, Oxford.
- Ichino P. (2008) a cura di, *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- Kumm M. (2006), *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7:4, p. 341ff
- Lo Faro A. (2008), *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, in *DLRI*, 118:2, pp. 225-236.
- Mengoni L. (1990), *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, 45:1, pp. 5-23.
- Nogler L. (2008), *Why Do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law?*, in *ELJ*, 14:4, pp 483-499
- Pernice I. (2009), *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, in *CJEL*, 15:3, pp. 349-208.
- Perulli A. (2007), *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, I, pp. 427-452.
- Perulli A. (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, I, p. 221-270.
- Perulli A. (2002), *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, Report for the European Commission.
- Rocella M. (2008), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quad. soc.*, pp. 71-112.
- Salais R. & Villeneuve R. (2004) (edited by), *Europe and the Politics of Capabilities*, Cambridge, CUP.
- Sen A. (2009). *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- Simitis S. (1990), *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *DLRI*, v. 12, p. 87 ss.
- Simitis S. (1986), *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, v. 8, p. 215 ss.
- Study Group on Social Justice in European Private (2004), *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *ELJ*, 10:6, pp. 653-674
- Supiot A. (2009), *En guise de conclusion: la capacité, une notion à haut potential*, in *Capacitas*, edited By S. Deakin & A. Supiot, Hart, Oxford.
- Supiot A. (2005), *Homo Juridicus*, Editions du Seuil, Paris.
- Teubner G. (2002), *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism*, in *Proceedings of the British Academy*, 112, pp 161-181, The British Academy.
- Teubner G. (1998), *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, *MLR*, 61:1, p. 11 ss.

Teubner G. (1986), *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, in Teubner G. (a cura di) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: de Gruyter.

Treu T. (2010), *Uno statuto per un lavoro autonomo*, in DRI, 3/XX, p. 602 ss.

van Gerven W. (2001), *Comparative Law in a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law*, in *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley* 435 (David O'Keefe ed.).

Vettori G. (2008), *Diritto contrattuale europeo, rimedi di «terza generazione» e diritto del lavoro*, in DLRI, 118:2, pp. 207-223.

Veneziani B. (2009), *The Employment Relationship*, in Hepple B.-Veneziani B. (a cura di) *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart, Oxford.