

Silvia Ciucciiovino

La crisi della fattispecie e l'approccio rimediale nella discussione giuslavoristica

Sommario: **1.** Di cosa parliamo quando parliamo di prospettiva rimediale nel diritto del lavoro. **2.** L'inarrestabile ascesa dell'interpretazione "valorialmente" orientata delle norme lavoristiche: dall'inderogabilità della norma alla tutela diffusa per via giudiziale. **3.** Ri-definizione della fattispecie e ri-definizione delle tutele lavoristiche: il ruolo del legislatore.

1. *Di cosa parliamo quando parliamo di prospettiva rimediale nel diritto del lavoro*

La monografia di Antonello Zoppoli, "*Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro*"¹, da cui prendono le mosse i saggi pubblicati nel presente fascicolo², tra i molti meriti, ha quello di entrare nel vivo del dibattito scientifico giuslavoristico attorno ad un tema dogmatico ancora poco discusso, eppure centrale, cioè quello della crisi della fattispecie e della sua perdurante idoneità ad imputare e distribuire le tutele lavoristiche.

Una crisi, quella della fattispecie (specialmente nella macro dicotomia autonomia/subordinazione), che starebbe ad indicare la difficoltà della norma posta dal legislatore, *ex ante*, a descrivere ed individuare in modo soddisfacente i presupposti e i requisiti dei trattamenti spettanti ai prestatori di lavoro meritevoli di tutela, ma anche a garantirne l'efficace ed effettiva applicazione.

¹ Editoriale scientifica, 2022. Il volume sviluppa la relazione tenuta dall'A. alle Giornate di Studio A.i.d.l.a.s.s. 2022 di Torino dedicate a "Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro".

² Si tratta della pubblicazione della rielaborazione delle relazioni tenute dagli A. in occasione del Seminario *La "fattispecie" come concetto e strumento: quale attualità? Discutendo del libro di Antonello Zoppoli "Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema nel diritto del lavoro"*, Napoli, 17 novembre 2023.

Da ciò deriverebbe una rottura del binomio fattispecie/disciplina inderogabile come disegnata dal legislatore, non considerato più idoneo a rispondere adeguatamente agli interessi giuridicamente rilevanti, quali si manifestano nella realtà concreta.

In questo modo la tecnica della fattispecie viene posta in antitesi a quella basata sul rimedio, anche se il significato del termine *rimedio* è certamente fumoso e non univoco³, prestandosi a molteplici e diversi usi, alcuni dei quali – come si dirà a breve e come ben messo in evidenza dagli scritti del presente fascicolo – per nulla contrari al modello della fattispecie, ma anzi mirati proprio a garantirne l'effettività.

L'accezione di rimedio che più accende il dibattito giuslavoristico è quella che in ultima analisi riguarda i confini dell'interpretazione della norma giuridica positivamente posta dal legislatore nazionale, sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza. Ma soprattutto è sul ruolo del giudice che si concentra l'attenzione del dibattito sulla crisi della fattispecie, per la sua connaturale funzione interpretativa responsabile di far parlare la norma e tradurne la prescrittività nelle relazioni intersoggettive. È un dato di fatto, peraltro, che l'interpretazione richiede sforzi di adattamento della norma positiva al caso concreto sempre più intensi, in un momento storico in cui l'aderenza delle fattispecie incorporate nella norma giuridica astratta ai nuovi modelli produttivi e lavorativi si fa sempre più incerta o opaca.

Su questi presupposti emerge l'approccio, praticato da una parte della giurisprudenza, teso a ristabilire *ex post*, nel momento dell'interpretazione e applicazione delle norme, l'effettività di una tutela che *oltrepassa i confini della fattispecie* e si inverte, per via interpretativa ad opera dei giudici nell'applicazione giurisprudenziale delle norme al caso concreto, anche quando l'osservanza stretta della regola legale sembrerebbe ostare a ciò.

È proprio in questo oltrepassamento⁴ della fattispecie che si può cogliere l'essenza dell'approccio rimediale, nella sua alternatività rispetto al metodo fondato sulla fattispecie. Un approccio cioè che consegna all'interprete, in particolare al giudice, il potere di selezionare gli interessi giuridicamente rilevanti meritevoli di tutela e i connessi trattamenti, in base ai (o, meglio, alla

³ NOGLER, *Sulle distorsioni giuslavoristiche della prospettiva rimediale*, in questo numero della rivista.

⁴ L'espressione "oltrepassamento" della fattispecie è utilizzata segnatamente da D'AMICO, *Prospettiva rimediale, fattispecie e sistema*, in questo numero della rivista.

propria rappresentazione dei) valori del sistema giuslavoristico e dei principi ordinamentali cui dare attuazione (v. *infra* § 2).

Nell'approccio rimediale, almeno così inteso, la funzione giurisprudenziale si fa quindi *creatrice* della norma, oltre *l'applicazione* della stessa. Una creazione che esorbita il tradizionale giudizio valutativo discrezionale e argomentato che spetta a titolo originario al giudice, per orientarsi piuttosto a porre rimedio al presunto deficit della fattispecie legale. In tal modo l'intervento giudiziale si approssima a quello di *rule making* tipicamente svolto dal giudice negli ordinamenti di *common law*⁵.

La tecnica si dice allora "rimediale", in quanto mirata nella fase applicativa, *ex post*, a colmare una (supposta) lacuna della norma, con una tecnica che non è più quella della riconduzione (o sussunzione) della fattispecie concreta in quella astratta disegnata dal legislatore, bensì di riconfigurazione della stessa fattispecie astratta a partire dalla attribuzione di normatività al caso concreto⁶.

È così che la distribuzione dei trattamenti e delle tutele, in ottica espansiva, *supera* il limite fissato dal legislatore proprio sulla base della presunta inadeguatezza dello stesso. Si tratta di un intervento ben diverso da quello *interpretativo* in senso classico, che contraddistingue la normale funzione spettante ai giudici fondata sul giudizio valutativo, pure discrezionale e soggettivo, ma comunque ancorato alla norma positivamente posta dal legislatore e orientato a riconoscerne l'inderogabilità e a garantirne l'effettività. Un giudizio valutativo che necessariamente deve poter comprendere in sé il potere di raccogliere e interpretare gli interessi materiali, per adattare la regola alla multiforme realtà dei fatti quali si manifestano nel caso concreto, ma pur sempre attraverso la *riconduzione* degli stessi alla fattispecie disegnata dal legislatore, dove rinvenire gli interessi protetti, i relativi requisiti e le forme di tutela predisposte dall'ordinamento.

È così che la tecnica rimediale finisce in realtà per sostituire gli interessi selezionati dal giudice (o più in generale dall'interprete) a quelli selezionati dal legislatore. Nel metodo rimediale, almeno in questa accezione che fa scaturire tutele dall'interpretazione concreta dei bisogni sul presupposto che la norma giuridica non sia sufficiente, si annidano quindi molti pericoli, soprattutto se gli esiti interpretativi hanno immediate ricadute applicative per

⁵ D'AMICO, *op. cit.*, nonché ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 17 ss., mettono ben in luce l'influenza del *common law* sulla prospettiva rimediale.

⁶ ROMEI, *Tecnica rimediale e diritto del lavoro*, in questo numero della rivista.

mezzo delle decisioni giudiziali, anziché limitarsi a fornire, come rientra nel compito proprio della dottrina, suggerimenti al legislatore in vista di eventuali aggiustamenti e riasseti degli schemi tipici di tutela.

I pericoli sottostanti all'approccio rimediale sono evidenziati dai diversi A. dei saggi presenti in questo fascicolo, sulla scia peraltro delle tesi ben argomentate da A. Zoppoli nel suo volume. Con sfumature diverse, gli scritti qui pubblicati non mancano di mettere in risalto la fallacia e l'ambiguità della tecnica rimediale quando essa si pone in ottica integrativa o creativa delle regole di trattamento primario.

Da qui l'invito a mantenere il discorso dei rimedi sul terreno che gli è più congeniale, ovverosia quello del ripristino, in via secondaria e indiretta sul piano sostanziale e giurisdizionale, della soddisfazione degli interessi giuridicamente rilevanti avuti di mira dal legislatore, quando la tutela primaria è frustrata e non può trovare per qualche motivo soddisfazione⁷. Così si ritorna ai *rimedi* in accezione più classica o civilistica, i quali, senza sminuire il fondamentale apporto interpretativo dei giudici, si pongono – (con i loro molteplici strumenti: risarcitori, sanzionatori, restitutori, ripristinatori, stragiudiziali) – nella più rassicurante prospettiva di garanzia della effettività della norma giuridica, il cui sottostante apprezzamento valoriale in realtà non negano, ma anzi necessariamente presuppongono e contribuiscono a rinsaldare.

Nel tentativo di superare l'ambiguità delle diverse accezioni del rimedio cui si è fatto cenno, si può allora per mera semplicità espositiva distinguere il rimedialismo "creativo" dal rimedialismo "riparativo". Nell'ambito del rimedialismo creativo, poi, è bene tenere distinto il ruolo della dottrina e quello della giurisprudenza con le rispettive prerogative.

Alle importanti analisi e proposte della dottrina che viene solitamente ascritta al filone dell'approccio rimediale⁸, va riconosciuto il merito di aver segnalato in modo argomentato – e questo invero è un compito proprio della dottrina – le critiche e i margini di aggiornamento della normativa di fonte legale e contrattuale collettiva al cospetto dei profondi mutamenti dei modi di lavorare, nonché il merito di aver messo in evidenza le aporie del sistema regolatorio frutto di una normazione sviluppatasi in modo non sempre lineare e organico.

⁷ RAZZOLINI, *Diritto del lavoro, logica rimediale e crisi della fattispecie. Brevi note*, in questo numero della rivista.

⁸ Tra questi Autori si segnalano, tra gli altri, soprattutto gli studi di Treu, Perulli, Caruso, Zappalà, Del Punta, Speziale. Tra i primi ad avviare questo dibattito è stato TREU, *Rimedi, tutele*

D'altro canto è importante, e inevitabile, che questi studi, nella enunciazione di proposte e nuovi criteri informativi di selezione degli interessi da assumere come giuridicamente rilevanti e nella individuazione delle più opportune tecniche di tutela, adottino una prospettiva argomentativa fondata sugli assetti storici e valoriali della materia e sui principi fondamentali di tutela sottostanti di portata costituzionale, euro unitaria e sovranazionale. Vero è che alcuni di questi studi richiamano la tecnica rimediale come mezzo per supplire direttamente in via interpretativa all'incompletezza delle norme e alla difficoltà di ricondurre a schemi tipici le nuove forme di manifestazione del lavoro⁹, ma è anche vero che questo approccio in molti studi dottrinali appare temperato dalla volontà di evidenziare mancanze e lacune del quadro normativo vigente nell'ottica di proporre nuovi criteri ordinatori della distribuzione delle tutele¹⁰.

Sul piano tecnico, a mio avviso, anche le proposte cosiddette rimediali, per lo più ispirate dal proposito di dotare di trasversalità (alcune) tutele di base e di conferire maggiore uniformità alla distribuzione delle tutele lavoristiche, in realtà non sfuggono, a dispetto del rimedialismo nominalistico, alla tecnica della fattispecie – benché allargata o fondata su nuovi o diversi indici identificativi della situazione da proteggere, come ad esempio il criterio della dipendenza economica¹¹. È comunque la fattispecie, sia pur ridotta allo schema elementare del lavoro personale non meglio connotato, a rappresentare lo schema tipico di riferimento e il nuovo criterio di imputazione

e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy, in *LD*, 2017, p. 367 ss., e più recentemente PERULLI, TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni. Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022.

⁹ Specialmente in tal senso TREU, *op. cit.*, 2017, spec. p. 394 ss. Molto critico il giudizio di NOGLER, *op. cit.*, che imputa a questi autori di essere “fermi all'epoca precedente al riconoscimento teorico della distinzione, interna all'involucro formale, tra *principles* e *rules*”. Per un'ampia ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto e dei rischi insiti nel rimedialismo della dottrina lavoristica si rinvia a ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 39 ss.

¹⁰ Si veda in proposito il più recente studio di PERULLI, TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, cit., che, nel ridisegno complessivo dei criteri di imputazione delle tutele, oltre la dicotomia classica subordinazione/autonomia, parlano di nuova disciplina e nuova regolazione e caldeggiano un intervento regolativo a livello europeo da affidare all'iniziativa del dialogo sociale per un “intervento comunitario con norme soft, che lascino gli Stati membri liberi di adattarle ai contesti nazionali” (p. 51) e richiamano la necessità di “rilanciare con maggiore sistematicità un progetto di “statuto europeo del lavoro” da declinare in specifiche discipline enunciative dei diritti (pp. 52-53).

¹¹ PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

e distribuzione delle tutele di fonte legale, in un rinnovato quadro di riassetto della disciplina e di ancoraggio dei trattamenti. Da questo punto di vista personalmente ritengo che non sussista un vero e proprio antagonismo metodologico tra la tecnica della fattispecie e quella rimediale nel dibattito della dottrina giuslavoristica.

Ben diversamente si pone la questione quando l'approccio rimediale creativo si trascina dal piano delle proposte dottrinali a quello delle decisioni giudiziali.

2. *L'inarrestabile ascesa dell'interpretazione giudiziale "valorialmente" orientata delle norme lavoristiche: dall'inderogabilità della norma alla tutela diffusa per via giudiziale*

La tecnica rimediale adottata in sede di interpretazione giudiziale, fa sì che l'argomentazione o, a volte, la decisione anche poco argomentata¹² per *valori* supplisca alla carenze delle regole immediatamente applicabili al caso di specie e assurga a strumento del giudice per ridefinire la fattispecie, o dare normatività agli interessi manifestati dal caso concreto, sovrapponendo alla selezione degli interessi giuridicamente rilevanti e delle connesse tutele, operata dal legislatore che al giudice spetta soltanto rintracciare nella realtà, la soggettiva visione dell'organo giurisdizionale circa la *meritevolezza* delle tutele, a prescindere dalla fattispecie legale. Così facendo le tutele finiscono per promanare direttamente dai *valori* per mezzo dei quali l'intervento interpretativo del giudice allarga o restringe l'ombrello protettivo della fattispecie legale, oltre lo *ius conditum*, beninteso soltanto nell'ambito del chiesto e pronunciato.

È su questo sdruciolevole crinale dell'interpretazione costituzionalmente orientata o *valorialmente* orientata che si inverte la tecnica rimediale di fonte giurisprudenziale che, chiaramente, ha un effetto diretto e un'incidenza di portata ben più pervasiva di quella che scaturisce dagli studi dottrinali ispirati al rimedialismo delle tutele.

Il tessuto dei *valori* che orienta l'interpretazione giudiziale è peraltro ad ampio spettro in quanto guarda ormai sempre più alla dimensione europea

¹² In tal senso v. le critiche di NOGLER, *op. cit.*, e RAZZOLINI, *op. cit.*, alla sbrigatività dell'iter argomentativo giudiziale, individuata come uno dei principali punti deboli della tecnica decisionale orientata dai valori.

e sovranazionale. I valori di rango superiore assurgono a regole di giudizio del caso concreto, portando spesso alla disapplicazione della norma precettiva considerata non adeguata o in contrasto con i valori presi a riferimento dal giudice. Questa forma di giustizia si compie in modo diffuso, senza esperire le preventive strade del giudizio incidentale di costituzionalità o dell'accertamento preventivo della conformità della norma interna all'ordinamento euro unitario.

Proprio attraverso la tecnica dell'*interpretazione conforme*, le norme e i principi europei vengono provvisti, surrettiziamente, di efficacia diretta orizzontale, con un sostanziale svilimento delle fonti legislative nazionali al cospetto di regole multilivello agganciate a fonti o principi sovranazionali anche prive del connotato della diretta applicabilità. L'*effetto utile* delle direttive e il criterio dell'interpretazione, tra le possibili, della norma interna nel senso *più conforme* alla regola europea hanno favorito questo processo di pervasività diffusa e diretta delle fonti unionali a livello periferico (anche di quelle derivate, tecnicamente non dotate, salvo eccezioni, di efficacia diretta negli ordinamenti interni). Questa tendenza si è estesa tanto da lasciare intravedere una sorta di giurisdizione costituzionale diffusa che mette in forte sollecitazione il nostro sistema accentrato di costituzionalità.

L'accentuazione del ruolo interpretativo del giudice ispirato alle fonti sovranazionali ha attinto ulteriore linfa dall'ascesa del sistema dei diritti fondamentali in sede europea e internazionale, cui hanno contribuito le costituzioni nazionali, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché i "principi generali" risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, riconosciuti come parte integrante del diritto dell'Unione dall'art. 6 del Trattato di Lisbona¹³.

Proprio con il Trattato di Lisbona si è avuta una sorta di "positivizzazione dei diritti fondamentali classici"¹⁴ a livello europeo, come effetto della elevazione a rango di principi generali dell'Unione delle previsioni della CDFUE, della stessa CEDU e delle garanzie fondamentali dei Trattati e con una sostanziale concorrenza tra norme costituzionali interne e norme costituzionali sovranazionali di contenuto simile.

¹³ PERRONE, *L'effetto conformativo del diritto dell'Unione europea sul diritto del lavoro tra tendenza espansiva e superamento della "grande dicotomia"*, in *LDE*, n. 3/2021.

¹⁴ GAMBINO, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *RDSS*, 2019, p. 69.

Su questo ricco substrato valoriale si è innescato un fitto *dialogo*, a tratti aspro, tra le alte Corti, anch'esso incentrato sul significato dei principi fondamentali posti a base dei rispettivi ordinamenti di cui sono custodi la Corte Costituzionale, la Corte di giustizia e la Corte Europea dei diritti dell'uomo. In proposito si è parlato di tendenza al “traboccamento” dei diritti fondamentali della CDFUE rispetto agli analoghi diritti già affermati dalla nostra Costituzione¹⁵.

Gli stessi giudici comuni, in alcuni casi, hanno istaurato un dialogo diretto con le alte Corti e dato ingresso immediato ai diritti fondamentali della CDFUE con conseguente disapplicazione della norma nazionale contrastante con tale Carta, esimendosi dal sollevare preventivamente questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale¹⁶.

È stato avvertito come anche questo potere diffuso di disapplicazione sia stato interpretato in modo via via espansivo nei casi in cui “i giudici comuni non si limitano a disapplicare norme interne antinomiche rispetto a puntuali norme europee ... ma si spingono fino alla disapplicazione di puntuali norme nazionali ritenute in contrasto con principi, obbiettivi, clausole generali, variamente presenti nelle normative europee. Clausole, principi ed obbiettivi necessariamente aperti, suscettibili di diverse applicazioni e quindi non sempre direttamente (o almeno univocamente) applicabili”¹⁷. Un argine al fenomeno del sindacato diffuso di legittimità indotto dalla concorrenza di più fonti costituzionali è stato tentato con la famosa teoria della “doppia pregiudizialità” di cui all'*obiter dictum* di C. Cost. n. 269 del 2017. La Corte

¹⁵ BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *QC*, n. 1/2018.

¹⁶ In tale contesto si nota anche una forte valorizzazione della CEDU. Sulla vincolatività per i giudici nazionali di questa fonte rispetto ad altre fonti del diritto unionale si rinvia a ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 457 ss.

¹⁷ BARBERA, *op. cit.*, p. 156, che ben puntualizza come il potere di disapplicazione non può che competere al giudice del caso concreto ma che dovrebbe riguardare soltanto il caso del “contrasto fra regole, interne ed europee, aventi le medesime peculiarità precettive” per verificare quale delle due è applicabile; mentre, di fronte ad un contrasto di una norma interna con principi o clausole generali di derivazione europea può rendersi necessario il bilanciamento con una pluralità di altri principi, nazionali ed europei, ordinari e costituzionali che non può essere risolto dal giudice comune e richiederebbe che venisse sollevato un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale (il primo comma dell' art. 117 Cost.) ovvero una questione di pregiudizialità di fronte alla Corte di Giustizia.

ha tentato di riaffermare il proprio ruolo “in quanto le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito”. Il tutto in un quadro “di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia... , affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)”. In tal modo la Corte ha inteso contenere appunto il rischio di un sindacato diffuso di costituzionalità che si concreta anche tramite un dialogo diretto dei giudici nazionali con la Corte di Giustizia Europea, e che rischia di svalutare il sindacato accentrato di costituzionalità spettante alla Consulta.

In questa orditura di contrappunti valoriali al sistema di regole poste dal legislatore interno, ha trovato terreno fertile appunto la prospettiva rimediale lavoristica in sede giudiziale che non ha lasciato esente neppure la nostra Corte Costituzionale. Invocando valori costituzionali sovranazionali, si è avuto un vero e proprio rimaneggiamento di norme positive nazionali frutto del bilanciamento dei valori costituzionali nazionali effettuato dal nostro legislatore, dando ingresso diretto ai valori europei in virtù del riconosciuto primato del diritto dell'Unione.

Un terreno emblematico dell'inarrestabile ascesa dell'interpretazione *valorialmente* orientata è quello che ha interessato la spettanza di diverse prestazioni di sicurezza sociale che la legge italiana sottopone a limiti e condizioni variamente legate alla residenza, al lungo soggiorno, alla nazionalità. La Corte costituzionale è stata chiamata a valutare, a più riprese, la costituzionalità di diverse norme interne di questo tipo, alcune adottate sulla base del diritto europeo derivato, alla luce del parametro interposto dell'art. 14 CEDU (“Divieto di discriminazione”), dell'art. 34 CDFUE (“Sicurezza sociale e assistenza sociale”) e dell'art. 18 TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato¹⁸. Rientrano in questo

¹⁸ L'art. 34 recita che l'Unione europea “riconosce e rispetta il diritto di accesso alle pre-

filone, seppure con percorsi argomentativi e approdi opposti, ad esempio le controverse sentenze C. Cost. n. 19/2022 sul reddito di cittadinanza¹⁹ e C. Cost. n. 54/2022 sull'assegno di natalità e di maternità²⁰.

stazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali”.

¹⁹ Nella sentenza 25 gennaio 2022 n. 19 (red. De Petris) avente ad oggetto la spettanza del reddito di cittadinanza per gli stranieri non in possesso della carta di soggiorno di lungo periodo, la Corte, pur concludendo per l'inammissibilità della questione di costituzionalità, ha ritenuto che il parametro interposto dell'art. 14 CEDU fosse invocato in modo pertinente, salvo poi ritenere non fondata la questione di costituzionalità sollevata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. rispetto all'art. 14 CEDU. La Corte ammette che l'art. 14 CEDU “costituisce completamente di altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli e può essere invocato solo in collegamento con una di esse”, tuttavia ritiene che il rimettente, pur non avendo indicato espressamente la disposizione della CEDU cui l'art. 14 si collega nel caso di specie, “implicitamente” abbia invocato “l'art. 1 del Protocollo addizionale, riguardante la protezione della proprietà. E, poiché il d.l. n. 4 del 2019, come convertito, prevede un diritto al reddito di cittadinanza ..., non impropriamente il giudice a quo ha invocato il parametro convenzionale”. Nella sentenza la Corte ha dichiarato altresì manifestamente inammissibili, per insufficiente motivazione del giudice remittente, le questioni di costituzionalità sollevate in relazione al parametro interposto degli artt. 20 e 21 CDFUE.

²⁰ Nella sentenza 4 marzo 2022 n. 54 (red. Sciarra), che dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme interne che pongono limiti alla spettanza dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità, si legge un passaggio chiave in cui la Corte fa leva sull'art. 34 CDFUE per rafforzare la precettività del diritto europeo derivato. Afferma che: “in un quadro che vede interagire molteplici fonti, è affidato a questa Corte il compito di assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie”. La Corte dichiara fondate le eccezioni sollevate dalla Corte di Cassazione remittente, in riferimento agli artt. 3, 31 e 117, primo comma, Cost., “quest'ultimo in relazione all'art. 34 CDFUE, così come concretizzato dal diritto europeo secondario”. In particolare il richiamo all'art. 34 consente alla Corte di rafforzare la coerenza diretta del principio di parità di trattamento di cui all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE del 13 dicembre 2011 relativa al rilascio di un permesso unico di soggiorno e al riconoscimento di diritti ai cittadini dei paesi terzi. In particolare il richiamo all'art. 34 CDFUE permette alla Corte di fornire una interpretazione molto restrittiva delle eccezioni che (ex art. 12, comma 2, lett. b della Direttiva) gli Stati membri possono prevedere alla parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale definiti nel Regolamento (CE) n. 883/2004, del 29 aprile 2004. In ultima analisi nella sentenza 54/2022 la Corte fornisce una interpretazione delle norme interne attuative del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale contenuto nel diritto derivato (Direttiva 2011/98) scrutinandone la costituzionalità non soltanto in relazione ai principi consacrati dagli artt. 3 e 31 Cost., ma anche ai valori della CDFUE che sono richiamati proprio per avvalorare il “contenuto assiologico” delle previsioni della Direttiva (cfr. in particolare il punto 13 della motivazione).

La giurisprudenza costituzionale ha adottato decisioni, per certi versi sorprendenti, in relazione alle condizioni di accesso a diverse prestazioni di sicurezza sociale stabilite dal legislatore italiano, con motivazioni fortemente improntate all'approccio pluriordinamentale²¹, ma non scevre da una evidente sensibilità per le potenziali conseguenze che le pronunzie di incostituzionalità avrebbero riverberato sul bilancio dello Stato. Ciò ha portato a evoluzioni argomentative non sempre lineari, dove parametri interni e sovranazionali vengono richiamati e utilizzati con una certa disinvoltura.

Senza entrare nel merito e limitandosi ad accenni generali può dirsi che le tecniche per dare ingresso al primato del diritto unionale nel campo della sicurezza sociale sono diverse. La prima consiste nella disapplicazione della norma interna ritenuta in contrasto con il divieto di discriminazione e parità di trattamento tra cittadini europei e il divieto di discriminazione per nazionalità²² sanciti dalle fonti sovranazionali attraverso il parametro interposto della Carta dei diritti fondamentali, anche in ambiti regolati da fonti derivate fondative di diritti già chiari precisi e incondizionati che avrebbero consentito alla Corte ugualmente di riscontrare il contrasto della normativa interna rispetto alla disposizione della direttiva o del regolamento senza necessità di attingere in via diretta ai principi della CDFUE²³. In altri casi la Corte è pervenuta (indirettamente) al risultato estensivo del diritto europeo autolimitando il proprio ruolo ed esaltando il dialogo diretto dei giudici comuni con la Corte di Giustizia avvalorando il sindacato diffuso di costituzionalità su norme nazionali che si pongano in contrasto con disposizioni già "ritenute dalla Corte di Giustizia incompatibili con il diritto europeo". In tal modo si mira al temperamento della via del sindacato accentrato di costituzionalità configurato dall'art. 134 Cost. proposto dalla teoria della doppia pregiudizialità, considerato non alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo da parte dei giudici comuni. Rientra in questo filone ad esempio C. Cost. 67/2022 sull'assegno per il nucleo familiare²⁴ dove la Corte

²¹ Per un'analisi approfondita si rinvia a GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati: alla ricerca della solidarietà perduta*, in *RDSS*, 2022, p. 247 ss.

²² GARILLI, *Immigrati e discriminazioni nel settore della sicurezza sociale. Sulle provvidenze a sostegno di, famiglia e genitorialità la Corte costituzionale sollecita il dialogo con la Corte di giustizia*, in *RDSS*, 2020, p. 561 ss.

²³ È il caso di C. Cost. n. 54/2022 (su cui vedi retro nt. 20). Per un commento molto critico in tale senso GIUBBONI, *La Corte situazionista*, in *RDSS*, 2022, p. 299 ss.

²⁴ Nella sentenza 11 marzo 2022 n. 67 (red. Sciarra) la Corte dichiara l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità della normativa interna limitativa del riconoscimento del-

dichiara inammissibile il rinvio e allo stesso tempo invita i giudici “nei giudizi a *quibus* a ricorrere direttamente alla disapplicazione della norma interna il cui contrasto con la Direttiva europea sia stato già conclamato dalla Corte di Giustizia”.

A fronte di una tale complessità degli schemi di dialogo tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale in sede giurisdizionale, ancora alla ricerca di un adeguato assestamento²⁵, comunque si è assistito ad un utilizzo pervasivo delle norme e dei principi sovranazionali nella ridelimitazione del campo applicativo e titolarità delle prestazioni di welfare e sicurezza sociale, in una materia oltretutto tradizionalmente sottratta alla competenza della UE e rientrante dal punto di vista sostanziale nel terreno elettivo delle prerogative degli Stati nazionali²⁶.

Appare evidente come questo approccio rischia di mettere in crisi la fattispecie, cioè la normatività della regola posta dal legislatore come sintesi del bilanciamento tra diversi valori costituzionali interni, e di spostare sempre

l'assegno per il nucleo familiare in riferimento agli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione alla Direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, concernente lo status dei cittadini di paesi terzi lungo soggiornanti, e alla Direttiva 2011/98/UE. In questo caso il remittente non aveva invocato l'art. 34 CDFUE ma si era limitato ad evidenziare il contrasto tra norma interna e diritto derivato dell'UE già conclamato dalla Corte di Giustizia. Al di là dell'esito della sentenza, la Corte in motivazione valorizza al massimo il primato del diritto europeo e il meccanismo diffuso di attuazione del diritto unionale da parte dei giudici comuni sul presupposto che le disposizioni delle Direttive siano provviste dell'effetto diretto e afferma che: “il principio del primato del diritto dell'Unione e l'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l'architettura su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. Questa Corte, ha costantemente affermato tale principio, valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell'ordinamento interno. In tale sistema il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall'art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato), ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate”. Conseguentemente la Corte rileva che “nei giudizi a *quibus* ricorrono le condizioni per fare luogo alla disapplicazione dell'art. 2, comma 6-bis, del d.l. n. 69 del 1988, come convertito. Pertanto, le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto tale disposizione devono essere dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza”.

²⁵ RUGGERI, *Alla Cassazione resta a far luogo all'applicazione diretta del diritto europolitano la Consulta replica alimentando il secondo “dialogo” tra le Corti (a prima lettura della sent. n. 67/2022)*, in CO, 14 marzo 2022; TEGA, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Eurojus*, n. 2/2022.

²⁶ ALES, *Il “diritto” dei lavoratori ai mezzi adeguati nella doppia “discrezionalità” del legislatore e della Corte costituzionale: due terzi di razionalità e un terzo di ragionevolezza?*, in *RDSS*, 2019, p. 521 ss.

di più il perno del disegno delle tutele sociali dalla sede politico/legislativa a quella giurisprudenziale puriordinamentale.

Ma le soluzioni rimedialiste, oltre a mettere in tensione i criteri e le sedi opportune del bilanciamento dei valori costituzionali²⁷, sono necessariamente ispirate al particolarismo delle tutele, che inevitabilmente scaturisce da un sistema che, soprattutto se basato sulla tecnica della disapplicazione della norma, finisce per affidare al giudizio di legittimità diffuso la distribuzione e l'imputazione delle tutele sociali.

C'è allora da domandarsi se il rimedialismo creativo e valorialmente orientato, proprio mettendo in crisi la fattispecie, non mini dalle fondamenta la funzione stessa della norma legale, presidio essenziale della certezza delle regole, della calcolabilità *ex ante* delle discipline²⁸ e della uniformità delle tutele²⁹.

Così che, portata alle estreme conseguenze, la tecnica rimediale, mentre ambisce a restaurare la giustizia del caso concreto *ex post*, finisce per frustrare i suoi stessi obiettivi protettivi, poiché indebolendo l'autorità della norma giuridica posta *ex ante* e la sua valenza *erga omnes*, apre ampi spazi valutativi all'interprete nel caso concreto, dando ingresso a una giustizia sostanziale di tipo particolare che mette a repentaglio la stessa funzione protettiva della norma lavoristica inderogabile, di cui diventano in realtà incerti i confini e la precettività.

In questa prospettiva il rimedialismo giudiziale forse contribuisce a quella lenta erosione del dogma dell'inderogabilità della norma lavoristica che si sta manifestando per diverse vie, aprendo varchi a valle della regola posta dal legislatore, anche attraverso il processo di sostanziale allargamento della disponibilità dei diritti promananti dalla norma inderogabile, di cui l'introduzione della negoziazione assistita rappresenta il picco di espressione³⁰.

²⁷ ROMEI, *op. cit.*

²⁸ ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 68 ss. tratta la questione del grado tollerabile di incertezza della norma.

²⁹ Si consenta il rinvio a CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, 2023, p. 89 ss.

³⁰ Per una disamina approfondita di questa tendenza si v. LAMBERTI F., *Nuovi perimetri regolativi degli atti dispositivi del lavoratore: una metamorfosi dell'art. 2113 c.c.?*, in *RIDL*, 2024, I, p. 97 ss.

3. *Ri-definizione della fattispecie e ri-definizione delle tutele lavoristiche: il ruolo del legislatore*

La discussione giuslavoristica intorno al rimedialismo è strettamente connessa a quella della tenuta delle categorie tradizionali dell'autonomia e della subordinazione come criteri di segmentazione delle regole di protezione lavoristiche in una logica selettiva, ma anche distributiva.

Come già in precedenza accennato, personalmente ritengo che neppure le tesi dottrinali ispirate al rimedialismo più avanzato, mettano seriamente in discussione la tenuta del paradigma fattispecie/effetti. Nell'alternativa tra autonomia e subordinazione ciò implica che la qualificazione del tipo contrattuale sulla base dei presupposti identificativi della fattispecie precede logicamente la successiva applicazione, quale effetto legale inderogabile, delle connesse discipline di tutela.

In realtà anche le teorie dottrinali rimedialiste in fondo non sfuggono alla logica binaria incentrata sul doppio livello: qualificazione del tipo/applicazione delle discipline. Soltanto che la riconfigurazione del tipo giuridicamente rilevante è ispirata a un maggiore universalismo e quindi orientata nel senso di una minore selettività dei criteri che mettono capo al processo distributivo delle discipline di protezione.

Ciò avviene con una duplice passaggio concettuale. Da un lato, come effetto dell'ampliamento del tipo legale giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, non più identificato dalla subordinazione, bensì dalla personalità del lavoro e/o dalla situazione di dipendenza economica. Dall'altro lato, come effetto della ri-articolazione complessiva e graduale delle discipline di tutela per nuclei omogenei e meno sfrangiati del passato. Una ri-articolazione guidata non più dalla dicotomia autonomia/subordinazione, ma dalla necessità di individuare un nucleo di base, a valenza fondamentale e costituzionale, legato alla persona umana che lavora e perciò insensibile alle condizioni modali della prestazione. Quindi a me sembra che non sia tanto messo in crisi il modello in sé fattispecie/effetti, quanto le tecniche che portano alla configurazione sia della fattispecie quanto degli effetti.

La questione da porsi è allora in quale modo, e se, possano essere ridefinite ad opera del legislatore ordinario le fattispecie lavoristiche, da un lato, e riarticolate le connesse discipline dall'altro lato. La risposta a questo interrogativo non può che essere positiva, nei limiti posti dalle norme di rango superiore. Inoltre la ri-definizione delle fattispecie e ri-definizione delle

norme di protezione possono seguire strade indipendenti sul piano della regolazione. Fermo rimanendo che le fattispecie non preesistono ontologicamente alle discipline, ma vengono a configurarsi proprio attraverso di esse.

La teoria della c.d. indisponibilità del tipo contrattuale, a mio modo di vedere, non evoca un'intangibilità ad opera del legislatore del tipo legale in sé, altrimenti dovrebbe ammettersi la preesistenza ontologica e la immodificabilità del tipo a prescindere dal suo formale riconoscimento giuridico in una logica *gius-naturalistica* estranea al nostro ordinamento di diritto positivo. Piuttosto tale teoria impone un criterio di ragionevolezza³¹ e razionalità cui devono rispondere le innovazioni legislative che pongano discipline differenziate per situazioni giuridiche sostanzialmente identiche.

Detto diversamente, al legislatore non è impedito certamente di ridisegnare i contorni della subordinazione, anche sottraendovi rapporti che ne presentano tutti i caratteri distintivi in base alle norme vigenti ad un determinato momento storico, per tener conto dell'evoluzione dei bisogni sociali e delle forme concrete di integrazione della prestazione umana nelle attività produttive, così come non è impedito predisporre un ventaglio diverso di discipline applicabili a rapporti compresi nella medesima categoria concettuale della subordinazione. Soltanto che siffatte modifiche incontrano, come è ovvio, il limite posto dall'art. 3 Cost. alla discrezionalità valutativa del legislatore storico. Il che significa che un'eventuale diversità di trattamento, sia che riguardi i criteri identificativi della fattispecie sia che riguardi gli effetti di disciplina, deve trovare una giustificazione razionale e proporzionata e coerente con il sistema dei principi costituzionali.

Allo stesso modo non può essere impedito al legislatore, nei limiti della ragionevolezza, estendere porzioni di disciplina tipica di altri schemi contrattuali oltre l'ambito originario, come effettivamente è avvenuto con l'art. 2, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha equiparato, quanto alla disciplina di tutela applicabile, i rapporti di lavoro autonomo coordinato e continuativo caratterizzati dalla etero organizzazione ai rapporti di lavoro subordinato. In questo caso la graduazione delle tutele è stata effettuata senza un apparente intervento sul tipo lavoro autonomo coordinato e continuativo di cui all'art. 409 cod. proc. civ., ma agendo appunto – in senso estensivo – sulle tutele applicabili.

³¹ Riflette sulla *ragionevolezza* delle scelte legislative compiute con l'art. 2, co. 1, e l'art. 47-bis d.lgs. n. 81/2015, ZOPPOLI A., *op. cit.*, pp. 131 e 137.

La graduazione, ma anche l'uniformazione delle discipline, rientra a pieno titolo nella discrezionalità legislativa, se rispettosa del canone della ragionevolezza e dei principi costituzionali. Né questa graduazione deve necessariamente avvenire attraverso una ridefinizione della fattispecie.

Da questo punto di vista la re-definizione delle tutele, o meglio dei criteri di distribuzione delle tutele e di allocazione equilibrata delle norme di protezione, può e deve aggiornarsi all'evoluzione dei tempi. Può ben essere informata all'esigenza di individuare tutele trans-tipiche per rispondere ad una situazione di debolezza contrattuale e socioeconomica che giustifica (criterio di giustificazione) il riconoscimento di nuove tutele, così come può essere informata all'aggiornamento dello statuto protettivo in senso di concessione di maggiori margini di modulazione e personalizzazione oltre la standardizzazione dei trattamenti.

Si può pervenire a questi risultati lasciando immutate le fattispecie (autonomia/subordinazione e loro sotto articolazioni) e agendo piuttosto sullo spettro applicativo delle norme di disciplina, cioè sui criteri di distribuzione delle tutele lavoristiche per un loro allargamento (come è avvenuto con l'estensione alle collaborazioni autonome etero organizzate di porzioni di discipline del lavoro subordinato: art. 2 d.lgs. n. 81/2015) ovvero per un loro restringimento (come è avvenuto per il patto di lavoro agile, sottraendo le collaborazioni subordinate all'ambito applicativo della disciplina limitativa dell'orario di lavoro: l. 22 maggio 2017 n. 81).

Si tratta di maltrattamento della fattispecie?³² In realtà è una strada percorribile che si colloca pur sempre nell'ambito dei poteri discrezionali del legislatore. Si tratta forse anche della strada legislativamente e politicamente meno *costosa* per fornire una risposta ordinamentale possibile all'esigenza pressante di aggiornamento dello statuto protettivo del lavoro personale.

Dopo di che, in realtà, la fattispecie è descritta anche attraverso le tutele che ad essa si ricollegano e, quindi, gli effetti di disciplina contribuiscono inevitabilmente a ri-definire dinamicamente nel diritto del lavoro la fattispecie, la quale non può rimanere insensibile a queste modifiche e le rispettiva, imprimendo una evoluzione nel tempo al binomio fattispecie/effetti.

³² Lo esclude, riportando il tema sul terreno della valutazione di razionalità delle scelte legislative e mettendo comunque in evidenza la complessità del quadro normativo e la forte pressione a cui è sottoposta la fattispecie dalla via legislativa imboccata con l'art. 2 e l'art. 47-bis d.lgs. n. 81/2015, ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 126.

Così in realtà la fattispecie di cui all'art. 409 cod. proc. civ. non è rimasta insensibile alla norma posta dall'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 che ha modificato lo statuto protettivo ad essa applicabile, in quanto all'interno della categoria delle collaborazioni coordinate e continuative ha contribuito ad enucleare un sottotipo rappresentato dalle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate.

Del resto siamo in un'epoca dove appare ormai ineludibile ripensare i confini delle fattispecie come canoni /criteri di imputazione delle discipline, così come l'ambito di applicazione delle tutele. La vera questione è quella che la monografia di A. Zoppoli e gli scritti del presente fascicolo, affrontano e cioè chi ha il compito di effettuare questo ammodernamento dello statuto protettivo del lavoro personale? Il legislatore, il giudice o la contrattazione collettiva? Chi ha il compito di garantirne l'effettività? Chi ha il compito di garantirne la flessibilità e l'adattabilità alle istanze particolari e soggettivamente situate?