



La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018

© Adalberto Perulli 2018
Università di Venezia Ca' Foscari
adaper@unive.it

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



versione aggiornata il 01/06/2018

La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro^α

Adalberto Perulli
Università di Venezia Ca' Foscari

1. La società contrattuale e il lavoratore <i>coactus voluit</i>	2
2. La soggettivazione regolativa: mito o realtà?	5
3. Le implicazioni sistematiche della soggettivazione.....	9
4. La funzione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro. ..	12
4.1. Il regolamento d'azienda.....	14
4.2. La subordinazione	15
5. Dalla prospettiva costituzionale alla crisi della norma inderogabile.....	17
6. I percorsi della dottrina.	21
7. Soggettivazione e "capacitazione".....	25
8. Accordi individuali e disciplina delle mansioni.	27
9. Accordi individuali e poteri del datore di lavoro.....	36
10. Conclusioni.	43

^α Questo scritto è destinato al *Liber Amicorum* per Giuseppe Santoro-Passarelli.
In corso di pubblicazione su DRI.

1. La società contrattuale e il lavoratore *coactus voluit*.

Tra le tendenze attuali del diritto del lavoro si può senz'altro annoverare il ruolo regolativo attribuito alle parti del rapporto, anche a detrimento della tradizionale funzione svolta dalle fonti eteronome, nell'ambito di un più ampio processo di decentramento della produzione giuridica che porta sul terreno dell'autonomia negoziale individuale importanti istituti del rapporto di lavoro¹. L'autonomia individuale non è certo considerata il mezzo adeguato per realizzare uno degli obiettivi più rilevanti del diritto del lavoro, vale a dire il *parziale* riequilibrio di una situazione di disparità di potere contrattuale tra le parti, posto che un riequilibrio *integrale* non sarebbe compatibile con la strutturale e necessaria condizione di subordinazione in cui versa il prestatore di lavoro². Al contrario, la regolazione individuale è sempre stata considerata come un pericolo per la sfera giuridica della parte debole del rapporto, costretta a causa della disparità di potere negoziale ad accettare i termini contrattuali imposti dall'imprenditore, onde il diritto del lavoro non ha mai cessato di rivendicare la sua specialità "contro il poter sociale illimitato offerto dalla libertà di contratto individuale, contro l'originaria identificazione di quella sola libertà e tutta l'autonomia negoziale"³. Questa semplice constatazione contribuisce, a ben vedere, a dissolvere ogni possibile soggettività regolativa del lavoratore, le cui prerogative *individuali* di libertà non sono concepibili se non nella logica *correttiva* e *attributiva* eteronoma. E' la norma inderogabile di legge o di contratto collettivo che interviene per correggere il "fallimento del mercato" (la disparità contrattuale) attribuendo alla parte debole diritti posti a tutela di interessi e posizioni giuridiche soggettive che non sarebbero altrimenti riconosciute in una negoziazione strutturalmente asimmetrica⁴.

In questo saggio mi propongo di riflettere su questa tendenza prendendo a riferimento alcuni passaggi chiave dell'analisi relativa allo sviluppo delle relazioni ordinate giuridicamente verso la società

¹ Cfr. art. 2103, co. 6, c.c., in materia di mansioni; art. 18, l.n. 81/2017 in materia di lavoro agile; art. 15 l.n. 81/2017 in materia di coordinamento nelle collaborazioni coordinate e continuative; fr. G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona". it 327/2017.

² Cfr. G. Davidov, *A Purposive approach to labour law*, OUP, Oxford, 2016, p. 54.

³ G. Cazzetta, *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in Lav. dir., 2007, p. 144.

⁴ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 1358: "La determinazione del contenuto del contratto da parte delle fonti eteronome deriva ovviamente dalla disparità di forza contrattuale tra le parti del contratto di lavoro e serve per tutelare la parte debole".

contrattuale compiuta da Max Weber nella sua Sociologia del diritto⁵, integrando il discorso con taluni spunti offerti dalle tendenze della filosofica politica e morale contemporanea, in particolare da quell'approccio delle *capabilities* preso a riferimento anche nella dottrina giuslavoristica come paradigma valoriale per rilegittimare le funzioni di un diritto del lavoro in crisi di identità⁶.

L'affresco weberiano mette in luce la connessione logico-giuridica tra l'autonomia di autorizzazione regolamentata mediante schemi giuridici, la diminuzione di vincoli e l'aumento di libertà individualistica: secondo Weber "la possibilità di entrare con altri in rapporti contrattuali – il cui contenuto viene stipulato in via totalmente individuale – e anche la possibilità di scegliere tra un numero sempre più grande di schemi – che il diritto mette a disposizione per l'associazione, nel senso più ampio della parola – è nel diritto moderno enormemente accresciuta rispetto al passato, almeno nel campo dello scambio dei beni, del lavoro personale e della prestazione i servizi". Giusta questa analisi, tuttavia, il decentramento della produzione giuridica mediante l'autonomia negoziale non sempre accresce davvero, concretamente, la misura totale di libertà nell'ambito di una data comunità giuridica. Nello specifico caso del rapporto di lavoro, il libero arbitrio degli interessati al mercato del lavoro consente loro di assoggettarsi o meno alle "condizioni poste dal soggetto economicamente più forte in virtù del suo possesso garantito dal diritto"⁷: come dire che il principio del *coactus voluit* nell'ordinamento basato sulla proprietà privata dei mezzi di produzione determina di fatto una coercizione esercitata come "manifestazione di potenza nella lotta di mercato". La tendenza del diritto moderno verso la società contrattuale pone, quindi, al di là degli aspetti puramente formali, la questione se l'autonomia contrattuale "abbia avuto in pratica il risultato di accrescere la libertà da parte dell'individuo di determinare le condizioni della propria esistenza, o se invece, nonostante ciò – o forse in parte a causa di ciò – si sia accentuata la tendenza verso una schematizzazione coercitiva dell'esistenza". La risposta a tale fondamentale interrogativo non può essere decisa solo in base allo sviluppo delle forme giuridiche, giacché "la più grande varietà formale degli schemi contrattuali ammessi, e anche l'autorizzazione formale a determinare ad arbitrio il contenuto di un

⁵ M. Weber, *Economia e Società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, spec. p. 17 ss.

⁶ Nella dottrina italiana cfr. di recente R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, in *Int. Jour. Comp. Labour and Ind. Rel.*, 2016, 32, 4, p. 383 ss.; ma v. già, sia pure con un impiego delle categorie applicate soprattutto al mercato del lavoro, B. Caruso, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Gior. Dir. Lav. rel. Ind.*, 113, 2007, p.1 ss.

⁷ M. Weber, op. cit., p. 86

contratto non garantiscono di per sé in alcun modo che queste possibilità formali siano accessibili a tutti⁸.

A una simile possibilità di accrescimento di libertà fa ostacolo la *differenziazione dell'effettiva distribuzione del possesso*, assicurata dal sistema giuridico. E qui veniamo al punto che maggiormente interessa il diritto del lavoro: secondo Weber il diritto formale di un lavoratore di stipulare 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"; al contrario, la possibilità "per il più potente sul mercato – in questo caso, normalmente, l'imprenditore – di fissare a suo arbitrio quelle condizioni e di offrirle al lavoratore in cerca di lavoro perché questo le accetti o le rifiuti", si traduce, data la maggiore urgenza economica del bisogno per chi cerca lavoro, "in un'imposizione unilaterale". Il risultato della libertà contrattuale consiste quindi nel far acquisire ai possidenti un potere sugli altri, favorendo in ultima analisi la loro autonomia e la loro posizione di potenza.

Questa visione secolarizzata e disincantata del mito privatistico dell'autonomia privata giunge sino a noi, dopo aver attraversato come un vero e proprio dogma la rappresentazione del contratto di lavoro quale strumento di coercizione, e non di emancipazione, del lavoratore. A ben vedere, poi, questa concezione del lavoratore *coactus* trova il suo naturale contrappunto nell'ideale socialista che si pone l'obiettivo di realizzare la "libertà sociale" nella sfera economica, ossia un cambiamento dell'organizzazione istituzionale della società finalizzato a produrre l'emancipazione dalle limitazioni che ostacolano la partecipazione paritaria di tutti i soggetti al processo di auto-costituzione sociale⁹. L'ideologia del "libero" contratto di lavoro che favorisce in realtà una notevole accentuazione della coercizione mediante "pretese di autorità puramente personali", consentirà di trasformare i rapporti di subordinazione personali e autoritari tipici dell'impresa capitalistica in "oggetti di scambio sul mercato del lavoro"¹⁰. La riproduzione di questo modello, che conculca ogni effettiva soggettivazione nell'ambito del contratto, consuma una sorta di "oggettivazione" giuslavoristica del lavoratore quale soggetto sfornito di ogni reale possibilità di realizzare, attraverso il contratto, la propria libertà; e poiché gli individui o i gruppi sono oggettivamente definiti non soltanto da ciò che sono, "ma anche da ciò che sono considerati essere, da un essere *percepito* che, pur dipendendo strettamente dal loro essere, non è mai

⁸ M. Weber, op. cit., p. 85.

⁹ A. Honnet *L'idea di socialismo. Un sogno necessario*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 39

¹⁰ M. Weber, op. cit., p. 87

totalmente riducibile ad esso"¹¹, il diritto del lavoro ha perpetuato sul piano del dover essere questa percezione traducendola in una sorta di "proprietà distintiva" del lavoratore subordinato, collegata al suo "status"¹².

2. La soggettivazione regolativa: mito o realtà?

Benchè ancor oggi la visione weberiana possa dirsi dominante nella rappresentazione giuslavoristica della libertà contrattuale¹³, l'evoluzione delle società democratiche in senso personalistico, unitamente alla crisi di una prospettiva di un ordinamento socialista che ideologicamente rifiuta la coercizione, consentono di riguardare in filigrana, e con una luce parzialmente nuova, la questione dell'autonomia e della autorità garantite dall'ordinamento giuridico nella società contrattuale.

Un fascio di cambiamenti interessano, anzitutto, l'impresa industriale capitalistica, che nella sua evoluzione postfordista sembra poggiare sempre meno sulla "disciplina" e sulla coercizione autoritaria¹⁴, benchè i macro-modelli degli "imperi" e delle "piramidi" siano ampiamente presenti anche nell'attuale fase neocapitalistica¹⁵, peraltro caratterizzata da una pervasiva "programmazione" dei comportamenti anche al di fuori del lavoro propriamente subordinato¹⁶. Ma un mutamento fondamentale sembra riguardare il paradigma sociale nel suo complesso, che dopo l'eclissi del soggetto tipica della cultura postmoderna, si ri-fonda proprio sul soggetto: non più un soggetto astratto ma concreto, costituzionalizzato¹⁷ e "impregnato di un vissuto culturale e identitario che diviene canale mediante cui veicolare i valori fondanti dell'ordinamento giuridico"¹⁸.

In questa nuova dimensione della soggettività il tema weberiano della libertà contrattuale assume un'inedita valenza razionalizzatrice: da un lato

¹¹ P. Bourdieu, *Il senso pratico*, Armando Editore, Roma, 2005, p. 210.

¹² Cfr. B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (ed.), in *The Making of Labour Law in Europe*, Mansell Publishing Limited, London and New York, 1986, p. 33, che, proprio con riferimento all'ideologia della libertà contrattuale sottolinea come "the movement from status to contract was never completed".

¹³ Cfr. G. Davidov, *A purposive approach to labour law*, cit., p. 52 ss e p. 66 ss.

¹⁴ La letteratura è vastissima. Mi limito qui a rinviare a A. Grandori, *10 tesi sull'impresa*, Il Mulino, Bologna, 2015, la quale, da non giurista, si spinge a definire il contratto di lavoro nei termini di "contratto di associazione continuativa di risorse dedicate, e parla di una diversa distribuzione dei "diritti di decisione"; nella giuslavoristica italiana cfr. B. Caruso, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, in A. Perulli, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Kluwer-Cedam, Milano, 2016, p. 236 ss.

¹⁵ P. Perulli, *Dopo il capitalismo*, in A. Perulli, a cura di, *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Kluwer-Cedam, Milano, 2018

¹⁶ Cfr. A. Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

¹⁷ Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012

¹⁸ M. Ranieri, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Kluwer-Cedam, Milano, 2017, p.3.

perché si insinua, fra le maglie di una concezione dell'impresa e dei rapporti di produzione sicuramente irriducibile allo schema novecentesco della gabbia d'acciaio, quella che già Weber indicava come una possibile "differenziazione qualitativa" della coercizione e della sua distribuzione tra i soggetti di volta in volta partecipanti alla comunità giuridica¹⁹; dall'altro perché la soggettivazione, una volta incardinata entro coordinate giuridico-sistematiche che hanno ricondotto l'organizzazione capitalistica del lavoro a principi assai più democratici di quelli che aveva in mente l'Autore di *Economia e Società*, non necessariamente rispecchia lo schema del *coactus voluit*, e soprattutto diventa un possibile veicolo alternativo (rispetto alle forme di regolazione eteronoma) per la penetrazione, anche nel rapporto di lavoro, di valori e diritti al contempo individuali e universali²⁰.

La soggettivazione può rappresentare quindi un orizzonte regolativo in parte affrancato dai rischi di una dominazione attuata per il tramite dell'autonomia negoziale, tipica degli schemi di autorizzazione descritti da Weber; al contrario, essa, se correttamente veicolata e funzionalizzata da dispositivi normativi, dovrebbe costituire un vettore di appropriazione e rafforzamento delle capacità individuali, della difesa del sé identificata con la soddisfazione dei bisogni del soggetto e l'incremento delle sue "capacità" intese come una specie di libertà sostanziale di acquisire combinazioni alternative di funzionamenti²¹. Questa rinnovata attenzione verso la libertà del soggetto è del resto una costante della riflessione filosofico-giuridica critica di matrice post-positivista. Un giurista del calibro di Franz Neumann, mezzo secolo prima della teoria di Sen sulle *capabilities*, scriveva che i diritti civili sociali sono indispensabili per la realizzazione della libertà, ma che essi non esauriscono tutta la libertà, essendo semplicemente uno dei suoi elementi: "la libertà è qualcosa di più che la difesa dei diritti contro il potere, implica anche la *possibilità di sviluppare a pieno le potenzialità dell'uomo*"²². Questa visione della libertà come libertà individuale non solo dalla coercizione (libertà negativa) ma anche come facoltà di agire in conformità ai propri interessi (libertà positiva) consente di rileggere in termini più articolati il tema dell'intervento regolativo eteronomo e delle sue finalità, che riguardano più la *protezione* tutoria del lavoratore (la sua libertà negativa) e meno la *promozione della sua posizione di parte contraente capace di negoziare in termini di parità* (la sua libertà positiva).

¹⁹ M. Weber, op. cit., p. 87.

²⁰ A. Touraine, *Noi, soggetti umani*, Il Saggiatore, Milano, 2017

²¹ Le opere di Sen dedicate al tema sono molteplici, e riguardano differenti prospettive analitiche. Mi limito qui a richiamare l'opera più recente e conosciuta in Italia, A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010.

²² F. Neumann, *Il concetto di libertà politica*, in Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna, 1973, p. 52.

Tanto che, con conclusione anticipatrice dei temi qui trattati, un'acuta dottrina ha scritto che solo la democratizzazione del lavoro e la partecipazione cooperativa del soggetto nel controllo della propria attività potrà dissolvere i vicoli di status e far considerare il lavoratore "a contractually mature figure in the true sense of the term"²³.

A differenza dell'individualismo liberale classico, che elimina il contenuto sociale del sé e riflette una logica puramente *market oriented*, lo sviluppo della libertà soggettiva di acquisire alternative di funzionamenti non è il frutto della capacità giuridico-contrattuale dell'individuo isolato su un mercato *self-ordering*. L'acquisizione di *capabilities* è il frutto anche del necessario intervento di istituzioni giuridiche, orientate a promuovere lo sviluppo attivo di libertà individuali²⁴. Questa ricerca di una libertà giuridica che non è solo mancanza di coercizione, ma si fonda su diritti civili-sociali necessari come mezzi per preservare la libertà, consente di porre su un piano diverso la consueta dinamica tra fonti eteronome e autonomia privata individuale. Se le prime tendono a realizzare quella che i critici definiscono una "uniformità oppressiva" delle tutele²⁵, la seconda esce dallo schema del *coactus voluit*, espressione della libertà nel senso liberale del termine, per divenire mezzo di realizzazione di nuovi diritti sociali promossi dalla legge e negoziati dal lavoratore. Questa prospettiva di valorizzazione regolativa delle capacità individuali ben si attaglia all'idea di soggettivazione neomoderna, che si fonda su una base assiologica forte, e in particolare sull'idea di *dignità* dell'individuo e sull'universalismo dei diritti fondamentali. Infatti, pur rispettosa degli interessi individuali, la soggettivazione non designa tanto l'azione di un attore egoisticamente ripiegato su se stesso, ma riflette soprattutto l'azione penetrante dell'idea di soggetto negli individui, trasformandoli "in attori di cambiamenti liberatori, con l'aiuto di istituzioni a loro volta modificate da leggi ispirate ai diritti umani fondamentali"²⁶.

Propongo di definire come *soggettivazione regolativa* quella particolare manifestazione dell'autonomia individuale che si sviluppa entro schemi preordinati dal legislatore al fine di realizzare nel rapporto di lavoro subordinato quei "cambiamenti liberatori" che consistono in un maggior grado di libertà dei soggetti, segnatamente nell'attribuzione di nuove capacità individuali e di effettive alternative di funzionamenti in capo alla

²³ B. Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, cit., p. 72.

²⁴ Cfr. S. Deakin, *Capacitas: Contract law, capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in S. Deakin and A. Supiot, *Capacitas. Contract law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 1 ss.

²⁵ Cfr. A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in MGL, 2011, p. 982 ss.

²⁶ A. Touraine, op. cit., p. 104.

parte tradizionalmente "debole" del rapporto. Rispetto all'autonomia negoziale individuale "classica", del tutto libera da schemi precostituiti e finalizzata a realizzare, entro i limiti posti dalla legge (art. 1322, co.1, c.c.), il regolamento contrattuale, con la soggettivazione regolativa l'accordo è finalizzato ad uno scopo specifico, funzionale all'acquisizione di libertà sociali, espressione concreta dei diritti fondamentali in capo al prestatore: queste posizioni giuridiche soggettive non vengono riconosciute/imposte una volta per tutte attraverso norme generali e astratte, ma si realizzano attraverso patti autorizzati dalla legge in una prospettiva neo-hobbesiana che recupera al contratto di lavoro una dimensione tipicamente relazionale, basata sulla collaborazione e sulla fiducia, sull'investimento in risorse *firm-specific*, sulla valorizzazione del lavoratore in quanto *homo faber* e come non *animal laborans*.

L'approccio qui proposto non intende allinearsi alle (ingenerose) critiche del "paternalismo" con cui il diritto del lavoro ha storicamente tentato di riequilibrare l'asimmetria di potere sociale/contrattuale del rapporto di lavoro, ma a rafforzare la soggettività attraverso una peculiare "tecnologia del sé"²⁷ volta a realizzare capacità e acquisire concretamente alternative di funzionamenti, sia nel rapporto di lavoro sia nella vita extra-lavorativa. In altri termini, la soggettivazione regolativa non esclude le tradizionali forme giuridiche di riallineamento delle posizioni giuridiche soggettive nei contratti incompleti e asimmetrici (come il contratto di lavoro subordinato o il contratto del consumatore), ma si spinge oltre per garantire ai soggetti che partecipano al mercato libertà sostanziali e adattive, grazie alle quali realizzare una serie di obiettivi e di attività specifiche soggettivamente prescelte.

Questa tensione verso la creazione di capacità individuali necessita di *vettori istituzionali* in grado di trasformare principi astratti in regole efficaci: nell'approccio neocostituzionale si tratta di rendere effettiva la catena assiologica che lega ai valori i principi e questi alle regole, ossia di realizzare efficacemente la "concretizzazione" dei principi attraverso una norma ulteriore²⁸; nella teoria delle *capabilities* il problema consiste nella traduzione delle preferenze soggettive in libertà sostanziali – vale a dire in capacità individuali – mediante una serie di "fattori di conversione" che

²⁷ M. Foucault, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-1982)*, trad. it. Feltrinelli, Milano; il tema è stato ripreso di recente, in ambito giuslavoristico, da A. Olivieri, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, Giappichelli, 2017, p. 209, con riferimento alle tecniche regolative per mezzo delle quali "i disoccupati, oltre a rispettare delle regole di comportamento, cercano di modificare se stessi, il loro grado di occupabilità".

²⁸ Cfr. *ex multis* G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Einaudi, Torino, 2014; in una prospettiva giusprivatistica C. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017.

operano a differenti livelli²⁹. Tra questi fattori di conversione anche il contesto organizzativo e di vita delle persone, unitamente alle norme sociali e legali, gioca un ruolo essenziale, onde la soggettivazione regolativa promossa e autorizzata dalla legge dovrebbe fungere da *fattore di concretizzazione/conversione* per sostenere la creazione di capacità in capo al lavoratore nello specifico contesto contrattuale e, quindi, per negoziare forme concrete di democratizzazione del rapporto di lavoro.

Obbiettivi della soggettivazione regolativa possono essere, ad esempio: a) più flessibili (nell'interesse del lavoratore) e avanzati modelli di gestione del rapporto di lavoro al fine di accrescere le possibilità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, comprensive, ad esempio, di accordi individuali per adattare la durata e la distribuzione dell'orario di lavoro onde permettere una migliore conciliazione tra vita personale, familiare e lavorativa; b) modalità espressive dei poteri datoriali di direzione, controllo e disciplinare, rispettose non solo dei tradizionali limiti esterni ma anche funzionali ad una più ampia libertà del soggetto nell'esecuzione della prestazione, nell'organizzazione del proprio lavoro, nella realizzazione di un'autoregolazione spazio-temporale finalizzata alla gestione dei tempi sociali; c) scelte consapevoli di percorsi professionali, cui far corrispondere adeguati impegni formativi da parte dell'impresa, funzionali ad un miglioramento della qualità della vita e all'acquisizione di diverse professionalità, non necessariamente incrementali rispetto a quelle già acquisite ma comunque genuinamente volute dal soggetto in ragione di propri e singolari ordinamenti di preferenze. La soggettivazione regolativa dovrebbe, insomma, fare parte di un progetto sistemico consistente nel *promuovere la libertà sostanziale nel lavoro* e nel far sì che ciascun soggetto possa realizzarsi al meglio nello svolgimento di compiti utili a sé e agli altri³⁰. Nell'attuale contraddittoria fase di cambiamento del diritto del lavoro, dei suoi livelli di tutela, dei suoi stessi obiettivi (se non dei suoi "valori"), la soggettivazione regolativa può quindi rappresentare un utile strumento euristico per dotare di senso la disciplina giuslavoristica, in una direzione che possa far confluire gli sforzi di ridefinizione di una "cittadinanza sociale" sempre più minacciata dalla decostruzione dei diritti e delle solidarietà tipiche dell'era industriale³¹.

3. Le implicazioni sistematiche della soggettivazione.

²⁹ Cfr. ad es. A. Sen, *La disuguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1994.

³⁰ Cfr. A. Supiot, *Préface à la seconde édition (2016)*, in A. Supiot, sous la direction de, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2016, p. XXIX.

³¹ Cfr. A. Supiot, *En guise de conclusion: la capacité, une notion à haut potentiel*, in S. Deakin, A. Supiot, *Capacitas. Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 162.

Prima di domandarsi se questa nuova tendenza possa rappresentare l'indice di un effettivo incremento della libertà sostanziale del soggetto, ovvero se, indipendentemente dal significato che ad essa si voglia assegnare, la soggettivazione regolativa continui a costituire, *di fatto*, un'imposizione unilaterale della parte che detiene maggior potere sul mercato, è opportuno svolgere ancora alcune considerazioni preliminari, per cogliere appieno le implicazioni (ideologiche, valoriali, metodologiche) che questa tendenza sembra suggerire all'interprete.

Si deve anzitutto ricordare che la rilevanza della *lex contractus* nell'ambito dei rapporti di lavoro è parte di un lungo percorso storico, che risale addirittura agli albori del diritto del lavoro, benchè il tema della "riscoperta dell'individuo" (o meglio del soggetto) emerga nel nostro sistema in anni più recenti, sulla scorta, peraltro, di sollecitazioni provenienti dalla dottrina tedesca³², e venga oggi riproposta all'attenzione dell'interprete nel solco di una cultura neomoderna, che mira a rilanciare il soggetto come referente ineludibile delle scienze sociali, tanto per le questioni etico-politiche, quanto per gli aspetti socio-economici³³.

Molteplici sono le possibili valenze di una simile prospettiva regolativa: da un lato è pertinente richiamare la risalente dialettica tra il diritto del lavoro e il diritto privato, caratterizzata da una divergenza strutturale delle rispettive logiche normative per quanto concerne la rilevanza dell'autonomia negoziale nella programmazione negoziale che definisce un determinato assetto degli interessi³⁴. Da un altro lato il tema si collega direttamente alle esigenze di de-standardizzazione della regolazione afflitta da un sovraccarico regolativo eteronomo, e quindi inadatta a rispecchiare la complessità sociale, che invece l'autonomia soggettiva potrebbe, in ipotesi, riflettere. Ma non basta, perché la valorizzazione dell'autonomia individuale richiama sia gli argomenti a favore di una flessibilità organizzativa disciplinata direttamente dai soggetti del rapporto di lavoro, al di fuori della colonizzazione eteronoma di matrice collettiva, sia la ricorrente contesa, riaccesi nelle fasi a noi più recenti, che oppone alla visione del lavoratore-contrante debole, incapace di affermare singolarmente e di garantire contrattualmente i propri interessi, quella di un soggetto emancipato, maturo, in grado di autopromuovere negozialmente un assetto regolativo conforme alle sue personali e mutevoli

³² S. Simitis, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in Gior. Dir. Lav. Rel. ind., 1990, p. 87 ss.

³³ R. Mordacci, *La condizione neomoderna*, Einaudi, Torino, 2017; R. Clarke, *Omission. Agency, Metaphysics, and Responsibility*, OUP, Oxford, 2014; C. Korsgaard, *Self-Constitution. Agency, Identity, and Integrity*, OUP, Oxford, 2009.

³⁴ Sia consentito il rinvio a A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in Riv. It. Dir. Lav., 2007, I, p. 427 ss.

esigenze; tesi, quest'ultima, alla quale si risponde – con Weber, ma anche, e soprattutto, con Marx - che la valorizzazione dell'autonomia individuale, lungi dal rispecchiare una trasformazione antropologica del diritto del lavoro, risponde in realtà al disegno ideologico neoliberale che impiega il neo-contrattualismo nella sua "dimensione originaria di strumento di rappresentanza e garanzia della legge del più forte"³⁵. Il tema evoca poi questioni ancor più complesse, che trascendono il perimetro del diritto del lavoro per cogliere nel moderno neo-contrattualismo il riconoscimento dell'autonomia individuale quale forma privilegiata di regolazione dei rapporti sociali, nel quadro dei mutamenti epocali prodotti dalla globalizzazione e connotati da deterritorializzazione dell'economia e crisi della funzione regolativa dello Stato-nazione, fenomeni che, a loro volta, stanno alla base della crescita dei regimi privati e autonomi di regolazione³⁶.

E' tempo quindi che il diritto del lavoro torni ad interrogarsi sulla sua dimensione singolare-individuale, affrontando senza pregiudizi il tema della soggettivazione regolativa alla luce della considerazione che il soggetto sta acquisendo nel mondo contemporaneo; una considerazione per molti versi inedita, che orienta significativamente la ricerca filosofica e quella delle scienze sociali apertamente schierate nell'affermare la centralità del soggetto quale agente "attivo, critico, certamente immerso in reti sociali complesse e condizionanti ma dotato di un potere decisionale forse minimale ma irriducibile"³⁷.

L'emersione diretta del soggetto nella sfera regolativa del diritto del lavoro verrà dapprima riletta nella prospettiva delle origini, ove l'autonomia individuale è il principale *medium* per legittimare l'assoggettamento personale del lavoratore al datore di lavoro, e poi nell'ambito di due campi normativi recentemente posti all'attenzione dell'interprete: la nuova disciplina delle mansioni e la nozione di subordinazione nel lavoro agile, particolarmente sensibili alla valorizzazione di una diversa funzione dell'autonomia individuale, nella direzione di una soggettivazione regolativa che aumenta la libertà del prestatore per fargli acquisire nuove combinazioni di funzionamenti.

Sullo sfondo permane, comunque, la consapevolezza di quanto delicata sia la tematica del soggetto e della sua autonomia negoziale nel diritto del lavoro; onde non può certo eliminarsi l'interrogativo se la prospettiva di

³⁵ N. Castelli, *Il contrattualismo nel diritto del lavoro tra aspirazioni di emancipazione e riscatto e mercificazione del lavoro*, in A. Perulli, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Kluwer-Cedam, Milano, 2016, p. 321.

³⁶ Su questi temi cfr. in particolare G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando editore, Roma, 2005, p.61.

³⁷ Mordacci, op. cit., p. 89

soggettivazione riproduca il rischio di un'ideologia a sostegno del potere³⁸, ovvero se rispecchi l'anelito verso una ripresa di realtà del soggetto in funzione della realizzazione attiva e consapevole delle sue libertà/opportunità di scelta³⁹.

4. La funzione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro.

È noto che, secondo una consolidata opinione, il contratto individuale di lavoro rappresenta per il prestatore lo strumento più debole di realizzazione dei propri interessi. E' ancora utile leggere al riguardo, sia il quarto capitolo del libro primo del Capitale, in cui il libero contratto di lavoro viene rappresentato come lo strumento giuridico con cui le parti si incontrano sul mercato del lavoro, l'una – il capitalista – “sorridente con aria d'importanza e tutto affaccendato”, l'altra – il lavoratore – “timido, restio, come qualcuno che abbia portato al mercato la propria pelle e non abbia ormai da aspettarsi altro che la...*conciatura*”; sia il secondo capitolo della Sociologia del diritto richiamata in apertura di questo scritto, ove Weber, riferendosi allo sviluppo delle relazioni ordinate giuridicamente verso la società contrattuale, e segnatamente verso “un'autonomia di autorizzazione regolamentata mediante schemi giuridici”, afferma come essa venga solitamente caratterizzata come “una diminuzione di vincoli e un aumento di libertà individualistica”, senza, tuttavia, alcuna garanzia “che queste possibilità formali siano di fatto accessibili a tutti”.

La lettura weberiana della libertà contrattuale ben si attaglia alle concezioni giuridico-formali di cui si nutre il diritto del lavoro così come costruito dai suoi interpreti nella fase nascente, in conformità all'ideologia liberale: una dimensione riconducibile allo schema “privato-individuale”, laddove nel *privato* si condensano le “componenti basiche” riconducibili all'autonomia negoziale privata, mentre l'*individuale* connota la “fonte” dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro. In questo contesto “la presenza della componente pubblicistica è modesta e la dimensione collettiva affiora a stento”⁴⁰, onde l'assoluta prevalenza della coppia-privato individuale si basa su molteplici fattori.

Da un lato è la stessa filosofia giuridico-politica dell'epoca a privilegiare la libera iniziativa dei soggetti sul mercato, in conformità al principio del *laisser-faire* che incarna un'idea di libertà tipica della governamentalità

³⁸ A. Touraine, op. cit., p. 109

³⁹ M. Nussbaum, *Creare capacità*, Il Mulino, Bologna, 2012; sui nessi tra libertà e volontà nel diritto del lavoro, cfr. il breve ma denso saggio di A. Lyon-Caen, *Liberté et volonté*, in T. Sachs, sous la direction de, *La volonté du salarié*, Dalloz, Paris, 2012, p. 3 ss.

⁴⁰ G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 56

liberale. In tal prospettiva lo Stato, potenziale fonte di interferenze indesiderate per gli attori economici, evita di intervenire nella regolazione dei rapporti di lavoro, lasciando ampio spazio all'autonomia privata individuale. La "meccanica degli interessi" tipica del liberalismo si traduce in un peculiare rapporto tra autonomia dei privati e ordinamento giuridico, tale da valorizzare la rilevanza dell'autoregolamento degli interessi, onde l'intento tipicamente perseguito dalle parti si coniuga armoniosamente con la funzione giuridica del negozio, identificata nella sua causa⁴¹.

Dall'altro lato, il modello privato-individuale trova la sua primaria giustificazione nella necessità di ricondurre allo schema logico-giuridico del diritto dei contratti - e quindi all'autonomia privata delle parti - un rapporto che, alle sue origini, non poteva trovare altra collocazione se non ricorrendo allo scacchiere tipologico del codice civile ottocentesco, che dedicava al *facere* personale solo pochi articoli sotto la rubrica della "locazione delle opere", e i cui materiali normativi di risulta non erano altro che le norme civilistiche sulla *locatio*.

La c.d. legislazione sociale, di matrice protettiva-eteronoma, rappresentava in questa fase l'eccezione che conferma la regola: ponendosi quale limite all'autonomia negoziale privata, le norme sul lavoro delle donne e dei fanciulli, sull'orario di lavoro, sul riposo settimanale, sull'assicurazione per invalidità e vecchiaia, per la maternità⁴², sono forme di assistenzialismo autoritario volto a stabilizzare i rischi derivanti da un eccesso di libertà dei processi economici; un meccanismo di regolazione omeostatica del sistema, condizione stessa del liberalismo, affinché quella libertà non si traducesse in "un pericolo per le imprese, o per i lavoratori"⁴³. Come dire, insomma, che è la stessa legittimazione di un assetto di potere squilibrato all'interno dell'impresa a richiamare la soluzione, anche giuridica, dei problemi sociali derivanti dalle "esternalità negative" che l'organizzazione del lavoro capitalistico comportava, onde gli interventi correttivi dell'autorità statale non si ponevano in contraddizione ma, anzi, risultavano del tutto coerenti con i postulati del liberalismo, e funzionali alla riproduzione sociale dell'industrialismo e delle sue logiche di potere⁴⁴.

In questa prospettiva di governamentalità liberale, il sistema giuridico getta comunque i semi per una successiva emersione di più intense e

⁴¹ Su questi profili cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 54 ss.

⁴² Cfr. L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, ESI, Napoli, 1986

⁴³ Cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, 2005, p. 67; v. anche Cazzetta, op. cit., p. 160, il quale, sulla scorta della dottrina tedesca, mette bene in evidenza come l'intervento statale, e in particolare quello relativo alle assicurazioni sociali, fosse concepito come "parallelo" al diritto privato, estraneo alla sua logica e ai suoi principi.

⁴⁴ Cfr. M. G. Garofalo, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in D. Garofalo, M. Ricci, a cura di, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci editore, Bari, 2006, p. 129.

frequenti limitazioni dell'autonomia privata, in funzione di tutela della persona del lavoratore, che caratterizzeranno la fase corporativa e quella post-costituzionale del diritto del lavoro. Tuttavia, è proprio grazie all'originario impianto dogmatico privato-individuale che il diritto del lavoro fornisce la giustificazione delle due più rilevanti caratteristiche basiche della nascente disciplina: da una parte la regolamentazione unilaterale delle condizioni e dell'organizzazione del lavoro attraverso il regolamento d'azienda, dall'altra la nozione di subordinazione giuridica, concetto cardine dell'intera disciplina. Come dire che è proprio il contratto individuale, e non la legge, il principale veicolo regolativo per realizzare lo status di assoggettamento del lavoratore all'altrui potere, voluto e accettato dal prestatore nell'esercizio della propria libertà negoziale.

4.1. Il regolamento d'azienda.

Per quanto attiene il primo profilo, i principi civilistici in materia di autonomia individuale, debitamente interpretati e adattati al caso di specie, hanno rappresentato l'escamotage tecnico-giuridico per legittimare un modello sostanzialmente autoritario di regolamentazione del rapporto di lavoro tramite clausole unilateralmente predisposte che integrano il contratto e governano il relativo rapporto. Esempio di quelle "limpide geometrie ordinanti e semplificatrici" tipiche della dogmatica privatistica⁴⁵, la materia del regolamento aziendale, pur di fatto imposto ad un contraente che rimane "libero di accettare o rifiutare quei regolamenti, con l'accettare o no l'impiego"⁴⁶, mobilita in funzione legittimante il "consenso tacitamente espresso da parte della società con pubblicare e non revocare il regolamento e da parte dell'impiegato con l'accettare la nomina senza riserva alcuna". La mancata presa visione delle clausole regolamentari da parte del prestatore neppure rappresenta, secondo i giuristi dell'epoca, un ostacolo alla tesi del tacito consenso di quei patti, ch  "basta il sapere che esistano, e la volont  di aderirvi in massima", onde, dal momento che "la discussione di quei patti non   ammessa pu  anche bastare questa pura adesione generica"⁴⁷; e di tale dogmatica si avvalevano anche i collegi dei probiviri, i quali esigono che gli avvisi-regolamenti siano conosciuti dall'operaio ma ammettono che l'accettazione pu  ricavarsi da semplici presunzioni, se gravi, cos  come accade nel caso in cui il prestatore, pur essendo in grado di protestare, tacesse, ponendo in essere un

⁴⁵ Cfr. L. Gaeta, "La terza dimensione del diritto": legge e contratto collettivo nel novecento italiano, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 589.

⁴⁶ L. Barassi *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Societ  Editrice Libreria, Milano, 1901, p. 452

⁴⁷ L. Barassi *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 453

comportamento di vera acquiescenza⁴⁸. Come dire che in questa "incompletezza" *ante litteram* di un contratto di lavoro "quasi sempre verbale, molte volte monosillabico"⁴⁹, la *lex dicta* che governa il rapporto non è solo quella espressamente determinata dalle parti, ma anche quella determinabile (ex art. 1117 del c.c. previgente) in chiave espansiva del vincolo obbligatorio, rispetto alla quale – come scrive Barassi – l'indeterminatezza non nuoce ed è "inutile un nuovo accordo tra le parti, esistendo già attualmente un criterio oggettivo cui si ricollega dalle parti la ulteriore determinabilità del contenuto del complesso rapporto obbligatorio"⁵⁰.

4.2. La subordinazione

Quanto al secondo e ancor più rilevante profilo di rilevanza dell'autonomia privata individuale, è per mezzo del contratto di lavoro, e non tramite fonti eteronome conformative dell'assetto di interessi delle parti, che si attua l'imputazione al datore di lavoro del potere di direzione e controllo, il quale, scriminando il lavoro salariato da quello autonomo, giustifica la piena subalternità del lavoratore all'organizzazione del lavoro predisposta dall'imprenditore. Nella costruzione barassiana ciò che rileva, ai fini di identificare la scaturigine della subordinazione, è proprio il "volontario accordo di due parti che liberamente pattuiscono", mentre il diverso piano in cui si attua "l'ingerenza" e la "sovrapposizione per parte dello Stato" svolge una funzione "essenzialmente integratrice", che mira "a riparare alle ineguaglianze di fatto cui si addiène necessariamente con l'applicazione illimitata del principio astratto dell'uguaglianza giuridica"; con tale intervento eteronomo, infatti, "si temperano certe asprezze di un sistema talora troppo rigidamente individualista come è quello che dalla filosofia del secolo XVIII è passato nella rivoluzione francese e in qualche parte nel codice Napoleone"⁵¹. Ed è ancora il contratto, e non fonti eteronome, che definiscono "i limiti" del godimento diretto della prestazione da parte del datore di lavoro "a suo talento"⁵², in ciò gettandosi le basi concettuali di quelli che, in epoca successiva, si connoteranno come limiti contrattuali al potere direttivo dell'imprenditore mediante strumenti tipicamente inerenti alla logica privatistica, vale a dire le clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto (Zoli, Tullini).

⁴⁸ Cfr. E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, Bertero, 1906, par. 5 – Regolamento di fabbrica.

⁴⁹ U. Romagnoli, *Probiviri, brava gente*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1995, p. 26

⁵⁰ L. Barassi *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 455

⁵¹ L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 11

⁵² L. Barassi, op. cit., p. 29

È un soggetto "libero ed eguale" quello che *volontariamente* si assoggetta al potere direttivo del datore di lavoro: l'obbligarsi a svolgere la propria opera all'altrui servizio (art. 1627, co. 1, c.c.) è espressione di un "elemento volitivo" del programma negoziale volto ad escludere l'applicazione della disciplina tipica della *locatio operis*⁵³. In questa volontarietà della subordinazione risiede quella contraddizione fondativa del diritto del lavoro, individuata da Alain Supiot nella sua *Critique*, tra "l'idée de contrat, qui postule l'autonomie des parties, et l'idée de subordination, qui exclut cette autonomie", e da questa tensione originaria nascerà la tendenza a trasfigurare sul terreno dell'autonomia collettiva "l'autonomie qui ne pouvait être édiflée sur le terrain individuel, et à rendre ainsi juridiquement compatibles la subordination et la liberté"⁵⁴.

L'antinomia profonda del diritto del lavoro delle origini risiede dunque in ciò, che per formalizzare un rapporto di soggezione, in cui una parte acquisisce il controllo sull'altra, è necessaria la volontarietà dell'agire – "volere è volere agire", scrive Simone Weil⁵⁵ –, ma da tale volontarietà dell'assoggettamento non scaturisce per il lavoratore alcuna *facultas agendi* bensì, al contrario, una rigorosa limitazione della sua libertà di autodeterminazione, funzionale all'interesse dell'impresa; e da tale condizione di subordinazione della *persona* – come soggetto che "fa parte dell'organizzazione di lavoro" – deriva, di rimando, la necessità di tutela della *libertà* e della stessa personalità del lavoratore⁵⁶. Seppur in modo *paradossale*, ché la protezione della libertà del soggetto si attua attraverso la riduzione della sua autonomia negoziale, il circolo in tal modo si chiude, onde dalla volontarietà della subordinazione scaturisce non solo la posizione di soggezione al potere ma, al contempo, l'esigenza di limitare l'autonomia privata al momento della conclusione del contratto e l'apposizione di limiti alle prerogative datoriali. Si tratta, a ben vedere, della medesima logica che informa l'idea di eguaglianza come declinata nell'ambito del rapporto di lavoro: da un lato essa fonda l'autonomia negoziale nella misura in cui, essendo tutti i cittadini eguali, non sono ammissibili vincoli di status e il soggetto può essere vincolato solo da ciò che ha liberamente voluto nell'ambito della propria libertà negoziale, dall'altro, preso atto della diseguaglianza sostanziale delle parti, il sistema giuridico predisporre norme che limitano l'autonomia negoziale al fine di

⁵³ Cfr. L. Castelvetti, *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in Trattato di diritto del lavoro, I, *Le fonti del diritto del lavoro*, a cura di M. Persiani, Cedam, 2010, p. 52

⁵⁴ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, 2011, p. 109

⁵⁵ S. Weil, *Un'antinomia del diritto*, in Primi scritti filosofici, Marietti, 1999, p. 217

⁵⁶ M. Persiani, op. cit., p. 28 s.

promuovere una maggiore eguaglianza tra le parti⁵⁷. Come dire, insomma, che la dialettica tra eguaglianza formale e sostanziale si riproduce nella dialettica tra libertà formale (quella libertà che consente sul piano giuridico formale di decidere liberamente il proprio assoggettamento al potere altrui) e libertà sostanziale (quella libertà che nasce dalla negazione dell'autonomia privata individuale, a tutela dei diritti della persona del lavoratore).

5. Dalla prospettiva costituzionale alla crisi della norma inderogabile.

Sarà proprio questa dialettica a caratterizzare l'evoluzione storica del diritto del lavoro nel corso del novecento. Ormai acquisita la dimensione della libertà formale – di talchè si soddisfa, mediante la volontarietà della subordinazione, l'effetto di organizzazione funzionale all'esigenza dell'impresa – la legislazione tende a caratterizzarsi in senso protettivo, e quindi limitativo dell'autonomia privata individuale, con una netta prevalenza della coppia pubblico-collettivo nella fase della normazione corporativa, e di quella privato-individuale e pubblico-individuale nella fase post-costituzionale e, soprattutto, statutaria⁵⁸: ove l'individuale non indica un elemento di valorizzazione dell'autonomia negoziale del lavoratore, quanto un potenziamento dei suoi diritti soggettivi di cui il contratto è mero veicolo, trovando nella norma inderogabile di legge e di contratto collettivo la loro fonte.

La garanzia specifica del lavoratore quale "cifra" riassuntiva di una Costituzione che fonda la Repubblica sul valore del lavoro si traduce naturalmente in una *limitazione dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, come la più accorta dottrina degli anni '50 ha messo in evidenza, sottolineando la sempre più accentuata tendenza del rapporto di lavoro a "distaccarsi dalla sua tradizionale fonte contrattuale sia con riferimento al momento della sua genesi, sia – e questo è il punto che qui maggiormente interessa – con riferimento alle varie fasi del suo svolgimento"⁵⁹.

Il processo di progressiva svalutazione dell'autonomia privata individuale si attua in due principali direzioni.

La prima, relativa all'agire del datore del lavoro in quanto imprenditore, si realizza attraverso la previsione di condizionamenti legali all'iniziativa economica, la quale, pur se libera, implica dei limiti (art. 41,

⁵⁷ Cfr. M. G. Garofalo, *Le ambiguità dell'eguaglianza*, in *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 2004, p. 115.

⁵⁸ G. Ghezzi, U. Romagnoli, op. cit., p. 58

⁵⁹ U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Giuffrè, 1955, p. 9.

co. 1 Cost.) e delle funzionalizzazioni (art. 41, co. 2, Cost.) che incidono sul "come" di singoli atti, concorrendo a "determinare lo schema causale e, perciò, restringendo la sfera di efficacia della volontà dell'autore"⁶⁰. E' questa, in realtà, la parte meno attuata del progetto costituzionale: la prefigurazione di una nuova economia del domani si tradurrà in realtà – per usare le parole di un grande storico dell'economia – in una politica economica che "sente i nostalgici richiami di un liberismo incondizionato, ma ne comprende l'inattualità; che non esclude le socializzazioni, ma non è disposta a impegnarsi troppo; che vuole accontentare i lavoratori senza scoraggiare i capitalisti"⁶¹. Di talchè il progetto fondato sui limiti costituzionali all'autonomia privata finisce per rifluire in un più modesto e arretrato letto di Procuste costituito dai "detriti corporativi" di cui il diritto del lavoro era ancora intriso e cosperso, perdendo, quindi, quel ruolo propulsivo che la Costituzione gli assegnava; mancando quindi all'appuntamento "coi momenti di svolta possibili" e preferendo rimanere arroccato nella difesa del suo "querulo passato"⁶².

La seconda direzione, che rappresenta a ben vedere un effetto del fallimento della prima, riguarda il "garantismo statico", che valorizza al massimo l'inderogabilità della normativa di tutela, la loro imperatività e l'indisponibilità dei diritti che ne derivano. L'inderogabilità, in particolare, quale connotato specifico della legislazione giuslavoristica, rappresenterà la chiave di volta di un sistema che progressivamente tenderà a svalutare i margini di manovra della volontà individuale del prestatore in ragione dell'acclarata congenita e tipizzata posizione di debolezza (o assenza di potere contrattuale) del prestatore; una debolezza che lungi dal connotarsi in guisa differenziata e transeunte sulla base di mutevoli evoluzioni del mercato affonda le radici in "una diversa collocazione dei rispettivi soggetti nella stratificazione fondamentale dicotomica della società (quella che eleva a criterio discriminante il possesso dei mezzi di produzione)"⁶³.

E' evidente come questa prospettiva abbia condannato inesorabilmente il diritto del lavoro ad un'auto-narrazione come "diritto del contraente debole", fondato su una visione antropologica del lavoratore dimidiato e perciò impossibilitato ad esprimere, attraverso la propria volontà, un progetto esistenziale *singolare*, di effettiva realizzazione di sé nell'esperire vivente del lavoro⁶⁴. L'intervento dell'inderogabilità come categoria

⁶⁰ U. Natoli, op. cit., p. 107

⁶¹ F. Caffè, *Periodo di attesa*, in Ec. e comm., 1945, p. 86.

⁶² E' il lapidario giudizio di G. Ghezzi, U. Romagnoli, op. cit., p. 18

⁶³ R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976, p. 54

⁶⁴ Come ricorda M. N. Bettini, *Il consenso del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 4, "tutto quello che ruota intorno alla manifestazione di volontà del lavoratore è guardato

connotante la disciplina del diritto del lavoro si attua disponendo proprio la compressione dell'autonomia individuale, ossia mediante una "sottrazione della norma, sia essa di fonte legale che di fonte collettiva ... ad ogni possibile *soggettivizzazione tramite accordi individuali*"⁶⁵. Ciò che si vuole impedire con l'effetto di inderogabilità è proprio la "microderogazione", tramite un potere dispositivo del singolo lavoratore, su materie che disciplinate in modo oggettivo e uniforme⁶⁶, lasciando spazio all'autonomia individuale di determinarsi, nei suoi rapporti con le fonti eteronome, solo per stabilire deroghe *in melius*.

Se quindi il diritto del lavoro "maturo" ha privilegiato le fonti eteronome, sancendone la netta supremazia rispetto alla fonte individuale riferita ai destinatari della disciplina sul presupposto che solo attraverso la negazione della libertà formale di contrattazione individuale si potesse realizzare effettivamente lo schema di regolazione apprestato dalla legge e dalla contrattazione collettiva, il lungo periodo evolutivo che dalla crisi degli anni '70 conduce ai nostri giorni vede un lento, ma inesorabile ampliamento degli spazi concessi alla autonomia individuale, a discapito dei modelli sperimentati nella fase precedente, basata sul rigido paradigma della norma inderogabile. Ciò che si trasforma, inizialmente in modo quasi impercettibile e poi sempre più significativo, è il rapporto tra interessi individuali e interessi collettivi, in cui la preminenza dei secondi sui primi cede progressivamente il passo (o comunque convive con) nuove domande di auto-identificazione e di auto-affermazione degli interessi individuali "che si sentono ingiustamente sacrificati sull'altare di impalpabili interessi collettivi"⁶⁷. In questo contesto di riscoperta dell'individuo, non può che venire messo in discussione il monolitico orientamento dottrinale relativamente alla struttura intangibile, se non *in melius*, ad opera del singolo lavoratore, delle norme di legge e di contratto collettivo, sul presupposto – indefettibile nella teoria dell'inderogabilità – dell'indisponibilità dei relativi diritti in ragione dei limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di specifici poteri di autonomia privata⁶⁸. Non

attraverso il filtro del presupposto squilibrio dei contraenti e in particolare della debolezza del prestatore di lavoro in ragione del quale l'intento volitivo del medesimo non risulterebbe mai pienamente libero, essendo condizionato dall'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro e, in generale, dal timore di rappresaglie da parte di quest'ultimo".

⁶⁵ M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 469 (corsivo mio).

⁶⁶ Da cui il "mito" dell'uniformità della legge: cfr. A. Bouilloux, *La loi ou le mythe de l'uniformité*, in J.-M. Béraud, A. Jeammaud, sous la direction de, *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, 2006, p. 7 ss.

⁶⁷ Ghezzi, Romagnoli, op. loc. cit.

⁶⁸ Cfr. M. Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 319; sul risalente rapporto tra inderogabilità e indisponibilità cfr. P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei*

a caso la valorizzazione dell'interesse individuale dei lavoratori rispetto a schemi logico-giuridici di regolazione eteronoma coincide, grosso modo, con la crisi del paradigma dell'inderogabilità, onde può ben dirsi che la riscoperta dell'individuo *in termini regolativi* è giuridicamente possibile – a parte le concrete forme, più o meno "assistite", in cui si realizza la valorizzazione della volontà individuale – a patto che si sancisca il *declino* dell'inderogabilità⁶⁹. Un declino tanto inarrestabile quanto diffuso, che travalica i confini del nostro ordinamento per candidarsi a comune tendenza dei sistemi europei di diritto del lavoro, come dimostra, ad esempio, la più recente esperienza dell'ordinamento francese, alle prese con una vera e propria crisi della nozione di *ordre public* come criterio guida della legislazione giuslavoristica⁷⁰. Un declino che, come si è detto, non può che riguardare sia la fonte legale, sia quella collettiva, che si propone trasformata da disciplina inderogabile a "standard normativo", rispetto al quale le parti individuali possano valutare liberamente "se conformarsi alla regola dettata per la generalità o scegliere di concordare individualmente una diversa regolamentazione"⁷¹.

Come si vede, nella critica del vecchio paradigma è soprattutto la dimensione modulare/flessibile della regolazione il nuovo obiettivo da promuovere, rispetto ad una obsoleta disciplina massificante, utile e giustificabile ai tempi del fordismo, ma sempre più revocabile in dubbio a fronte dei percorsi di soggettivazione che interessano il mondo della vita ancor prima di quello giuridico. Tuttavia, questa esigenza di flessibilità, sulla quale la dottrina è sempre più polarizzata, spesso in termini ideologici, non è al centro della riflessione qui condotta. Ciò che rileva nel ragionamento sulla soggettivazione e sulle sue possibili proiezioni regolative non è tanto il consueto refrain sull'omologazione normativa che tanto contrasta con le esigenze di competitività delle imprese, quanto il nuovo focus sul soggetto e sul suo ruolo in una società "giusta", che garantisce una serie di capacità umane comprensive non solo dei beni

lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno, in Dir. lav. rel. ind. 2008, p. 423 ss., ove si propone di invertire la consueta logica e "anziché partire dalla norma inderogabile (che a priori è ritenuta tale) verso l'individuazione dei diritti del lavoratore – considerati indisponibili nei limiti relativi dell'art. 2103 c.c.", di procedere "nel senso contrario, cioè dal diritto indisponibile verso l'individuazione della norma inderogabile, meglio imperativa"; e più di recente P. Albi, *Indisponibilità dei diritti, inderogabilità delle norme, effettività dei diritti nel rapporto di lavoro*, in Labor, 2016, p. 179 ss.

⁶⁹ A. Zoppoli, *Il declino dell'inderogabilità*, in Dir. lav. merc., 2013, p. 53 ss.

⁷⁰ T. Sachs, *L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée*, in Revue de droit du travail, 2017, p. 585 ss.

⁷¹ A. Maresca, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo "l'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro")*, in Dir. lav. rel. ind., 2009, p. 109; si veda anche A. Viscomi, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in Dir. lav. merc., 2012, p. 441 ss.

economici ma anche dei diritti e libertà fondamentali, saldati assieme dal concetto valoriale e normativo di dignità umana. Riaperta l'indagine sul contesto sociale inteso come interazione fra individui e non come risultato di forze impersonali⁷², la *libertà*, come caratteristica del volere delle persone in chiave emancipatoria, torna al centro di visioni progressiste: come nel neo-repubblicanesimo in cui la libertà è intesa come conquista civica, funzionale all'esclusione della dominazione dai rapporti tra i cittadini e tra questi e il poter politico⁷³, o nella teoria delle *capabilities*, laddove le situazioni individuali non vengono giudicate sulla base delle risorse e dei beni primari che ciascuno possiede, ma in ragione della libertà effettivamente goduta di scegliere la vita che si ha motivo di apprezzare⁷⁴.

6. I percorsi della dottrina.

Ma come si traduce, nel contesto scientifico del diritto del lavoro, questa possibile riscoperta del soggetto, delle sue capacità, della sua progressiva emancipazione rispetto alle forze socio-economicamente sovraordinate? A fronte della ripresa di una soggettività "forte" ed emancipata dal retaggio di una condizione di subordinazione particolarmente pregnante e oppressiva, una parte della dottrina italiana inserisce nel progetto di modernizzazione del diritto del lavoro alla luce dei cambiamenti epocali del sistema economico e sociale nel frattempo intervenuti (globalizzazione economica *in primis*), l'idea di un sistema che consapevolmente accresce gli spazi dell'autonomia individuale. Volendo identificare un momento di rottura, nelle prospettazioni di politica del diritto, del tradizionale disvalore assegnato all'autonomia privata nell'ambito del diritto del lavoro, si può richiamare il Libro Bianco del 2001, vale a dire un progetto di radicale rivisitazione di alcuni "dogmi" del giuslavorismo statutario alla ricerca di una nuova e "moderna" concezione degli assetti della materia. Tra questi dogmi, quello dell'autonomia individuale sostanzialmente negata e ricondotta entro gli angusti schemi di una dinamica derogatoria *in melius* rappresenta sicuramente uno dei punti di attacco del Libro Bianco, nel quale si afferma la necessità di "rivalutare convenientemente il ruolo del contratto individuale ... quantomeno con riferimento a singoli istituti o laddove esistano condizioni di sostanziale parità contrattuale tra le parti ovvero anche in caso di specifici rinvii da parte della fonte collettiva". In tal prospettiva il Libro Bianco sottolinea l'esigenza di "modificare l'attuale contesto normativo che inibisce al datore

⁷² Sulla ripresa di realtà del soggetto individuale cfr. R. Mordacci, op. cit., p. 86 ss.

⁷³ Cfr. P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997; v. anche Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

⁷⁴ Cfr. A. Sen, *La disuguaglianza*, cit., p. 117.

e prestatore di lavoro di concordare condizioni in deroga non solo alla legge ma anche al contratto collettivo, se non entro il limite, sempre più ambiguo, delle condizioni di miglior favore”, anche mediante l’impiego di “strumenti regolatori di tipo innovativo” rispetto al paradigma classico di inderogabilità della norma legale e ipotizzando “una gamma di diritti inderogabili relativi, disponibili a livello collettivo o anche individuale”. Quanto poi alle tecniche da impiegare per realizzare il progetto in esame il Libro Bianco riprende tesi e proposte avanzate in sede dottrinale all’inizio degli anni ‘90, evocando “percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore per realizzare una sorta di “derogabilità assistita”, secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale”⁷⁵ già sviluppati dagli estensori del documento in altre sedi progettuali, come, in particolare, nel c.d. Statuto dei lavori⁷⁶.

Altra parte della dottrina non solo auspica la liberazione del soggetto dai vincoli di una normativa di tutela paternalistica e soffocante, ma ritiene che già lo *ius positum* sia meno fondato sul presupposto della limitazione dell’autonomia negoziale del lavoratore subordinato di quanto si creda, o di quanto si accrediti nella rappresentazione standard della materia. In sostanza ampi spazi di negoziazione individuale sarebbero già nelle mani delle parti con riferimento alla condizioni contrattuali sia nella fase genetica del rapporto, sia nel corso del suo svolgimento, sia per quanto attiene alle modalità attuative della prestazione: basti pensare, per fare degli esempi, alla determinazione del tempo di lavoro (nei limiti imperativi di durata massima), all’individuazione delle mansioni contrattuali, al luogo di svolgimento della prestazione, all’entità e la struttura della retribuzione (salvi i minimi collettivi), alla previsione di obblighi aggiuntivi a carico del datore di lavoro (come la formazione, o i *fringe benefits*), e a molte altre situazioni in cui le parti sono libere di autodeterminarsi discostandosi dal modello previsto dal contratto collettivo e comunque nel rispetto degli standard minimi di tutela.

Il quadro che ne emerge sembrerebbe “profondamente diverso rispetto all’immagine tradizionale – e, peraltro, inesatta fin dall’origine – di un lavoratore abilitato soltanto nella scelta binaria circa la costituzione o no del rapporto, inabilitato per il resto a rilevanti determinazioni ulteriori”⁷⁷. In un mercato del lavoro in evoluzione e sempre maggiormente caratterizzato da una marcata personalizzazione dell’offerta di lavoro, la tendenza a rileggere le libertà del lavoratore in chiave di autorealizzazione attraverso l’autonomia privata individuale diventa un principio direttivo per

⁷⁵ *Libro Bianco*, p. 35 ss.

⁷⁶ Vedilo nella prima versione in *Dir. Lav. rel. Ind.* 1999, p. 275

⁷⁷ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2003, p. 25.

lo stesso legislatore; senza escludere l'etero-correzione e l'etero-integrazione da parte di fonti esterne, il principio di autonomia dovrebbe costituire una sorta di garanzia per la tutela giuridica di interessi meritevoli di considerazione da parte del sistema ma non necessariamente valorizzati, o semplicemente ignorati, dalle fonti eteronome nella determinazione dei modelli standard di rapporto di lavoro⁷⁸.

In realtà il percorso in esame non è affatto lineare, e la stessa "genealogia" della riscoperta dell'individuo e della sua capacità regolativa nell'ambito dei rapporti di lavoro può condurre a diverse matrici, non necessariamente esclusive ed escludenti ma anzi ampiamente sovrapponibili. Infatti, la valorizzazione della volontà individuale non può essere letta solo – come vorrebbero i sostenitori più audaci di questa prospettiva liberalizzante – quale definitivo superamento di una visione del lavoratore *capite diminutus*, incapace o eterno minorenne da tutelare. Questa è certamente una componente importante del nuovo corso, da non sottostimare in chiave ortodossa, in quanto è acclarato che il sistema sociale contemporaneo si connota per la ricerca del proprio sé e della libertà della persona di essere dotata di *capacità* e di *alternative di funzionamenti*. Peraltro il diritto del lavoro in questa nuova fase è chiamato a prendere atto che non solo esiste il soggetto con le sue preferenze e le proprie aspettative, ma esiste l' "io", vale a dire un'entità mutevole e sempre frammentata, con il quale ci identifichiamo pur coscienti della sua instabilità nel tempo⁷⁹. A fronte di un "io" complesso e mutevole, come può il diritto del lavoro pretendere di ingabbiare la molteplicità degli interessi cangianti del soggetto in una struttura immutabile, governata da logiche astratte e consapevolmente limitanti la capacità dell'io di evolvere assieme alla regolazione, o meglio *attraverso* una nuova e *singolare* regolamentazione? In questa prospettiva, che come vedremo interessa addirittura le evoluzioni del concetto di subordinazione e delle sue forme (*infra*, lavoro agile), non è forse il diritto del lavoro nel suo complesso a svolgere, attraverso la soggettivazione regolativa, una funzione "civica", vale a dire di valorizzazione di logiche e razionalità altre rispetto a quella, tradizionale, legata alla produzione capitalistica e alla sua legittimazione giuridica?

Ma accanto a questa ragione "antropologica", legata alle evoluzioni della soggettività in uno scenario più complesso di quello del lavoro massificato e standardizzato di novecentesca memoria, è certamente presente un ordine di giustificazioni di matrice economico-organizzativa, che valorizza la logica "industriale" e/o "mercantile" applicata al lavoro e

⁷⁸ P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit. p. 26.

⁷⁹ Viene alla mente il noto passo di Pirandello: "il dramma per me è tutto qui, signore: nella coscienza che ho, che ciascuno di noi – veda – si crede "uno" ma non è vero: è "tanti", signore, "tanti", secondo tutte le possibilità d'essere che sono in noi".

alla produzione⁸⁰. Una logica che vede nell'autonomia individuale uno strumento funzionale non già all'incremento della capacità dell'individuo bensì ad una nuova e ancor più avanzata forma di assoggettamento del lavoro, ossia di un definitivo superamento, in chiave neoliberale e biopolitica, della regolamentazione eteronoma come fardello dell'economia e del mercato, come "eccesso di interventismo, eccesso di costrizioni e di coercizione"⁸¹, che viene semplicemente sostituita dal contratto quale *medium* di un potere ancor più invasivo. Non a caso l'autonomia individuale veniva già identificata come antidoto contro l'eccesso di regolamentazione legislativa da Ludovico Barassi, il quale richiamando i "limiti minimi e massimi" posti dalla norma statutale a tutela del lavoratore, paventava il rischio di "uccidere l'industria"⁸², giustificando in tal modo la necessità dell'autorità aziendale mediata, come si visto, dal contratto individuale di lavoro.

Come dire che la soggettivazione regolativa potrebbe costituire, contrariamente alla prospettiva antropologica e civica sopra richiamata, un mero *instrumentum* per la realizzazione del suo contrario, ossia una reificazione del lavoro, una sua neomoderna ri-mercificazione, di cui la libertà individuale di negoziare trattamenti differenziati rappresenta la foglia di fico o, se si preferisce, il cupo mascheramento. Di più: considerato che il diritto del lavoro contiene nel proprio DNA una dimensione sociale-collettiva-solidaristica, proprio l'"isterismo individualista e potentemente antisociale" veicolato dall'autonomia individuale rischia di rappresentare il "tarlo inarrestabile" capace di decostruire la grammatica giuslavoristica di base⁸³. In questa prospettiva la rinascita dell'autonomia individuale, lungi dal rappresentare un progresso di libertà come Weber ipotizzava quale effetto generale della società contrattuale (ma non per il lavoratore), si rivelerebbe, al contrario, forma di una nuova e più penetrante governamentalità neoliberale che punta alla dissoluzione delle categorie giuridiche tradizionali (a partire da quelle di matrice collettiva) nel pensiero "gestionale"⁸⁴, nella valorizzazione della concorrenza individuale tra lavoratori⁸⁵, nella creazione di un mercato del lavoro affrancato dall'idea di *labour consitution* e sempre più governato da un *diritto del mercato del lavoro personalizzato* ma *proprio per questo* - paradossalmente -

⁸⁰ Cfr. L. Boltanski, L. Thevenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991.

⁸¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica*, cit., p. 70

⁸² L. Barassi, op. cit., p. 452

⁸³ Cfr. L. Zoppoli, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 356/2018, p. 5

⁸⁴ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, Paris, 2009, p. 137

⁸⁵ M. Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence?*, Bruylant, Bruxelles, 2009

disancorato da quei valori di tutela della *persona*⁸⁶ che la soggettivazione dovrebbe al contrario non solo promuovere ma assicurare universalmente⁸⁷.

7. Soggettivazione e "capacitazione".

Al fondo di questo ambivalente percorso di rivalutazione dell'autonomia individuale permangono, a ben vedere, gli interrogativi già lumeggiati da Weber nel suo grande affresco, in cui si staglia la polarizzazione tra accrescimento della libertà da parte dell'individuo di determinare le condizioni della propria esistenza, ovvero l'accentuazione di una schematizzazione coercitiva dell'esistenza. La valorizzazione dell'autonomia individuale è la premessa per una soggettivazione regolativa consistente in un'effettiva decolonizzazione dell'individuo da forze esterne che limitano la realizzazione, in positivo, del proprio progetto esistenziale nel lavoro e attraverso il lavoro? O si tratta, al contrario, di una subdola e velleitaria attribuzione al soggetto di prerogative che, stante l'ineliminabile asimmetria di potere sociale ed economico tra le parti, mai si tradurranno in una effettiva liberazione del soggetto secondo genuine determinazioni individuali?

Ciò che è sicuro è che se l'attuale fase evolutiva rimette al centro della società l'individuo e le sue capacità, il diritto del lavoro non può arroccarsi nella difesa di modelli legati ad un paradigma del lavoro non più attuale, né, al contrario, può abdicare a riconoscere l'esigenza di tutela del soggetto che, liberato nella sua progettualità individuale, rischia comunque di essere deprivato di una effettiva libertà di scelta (e di capacitazione) a fronte delle dinamiche di dominazione che tutt'ora pervadono i rapporti di lavoro subordinato, e non solo⁸⁸.

Da un lato, quindi, non potrà proseguirsi lungo quella linea immaginaria che separa inesorabilmente il diritto del lavoro (ove impera la categoria dell'indisponibilità dei diritti etero-imposti) dal diritto privato, ossia il regno della sfera privato-individuale (quasi) sempre disponibile dalle parti; dall'altro dovrà riconoscersi che la riscoperta dell'individuo, per non essere una mera mistificazione che prolunga gli impieghi di categorie dogmatiche civilistiche per legittimare di fatto la supremazia

⁸⁶ R. Dukes, *The Labour Constitution*, OUP, Oxford, 2014

⁸⁷ Secondo la richiamata prospettiva di A. Touraine, secondo cui la soggettivazione designa il passaggio virtuoso dall'individuo al soggetto, che permette al primo di trasformarsi in "agente".

⁸⁸ A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015

imprenditoriale deve coesistere con una base collettiva⁸⁹, quella stessa base che, *mutatis mutandis*, Ludovico Barassi richiamava a proposito dei regolamenti aziendali e del rischio che costituissero un ostacolo al progressivo miglioramento della classe lavoratrice, ravvisando (nel) "la potenza organizzata de' lavoratori che esercitano un sindacato continuo" il "bilanciere che tiene in freno le grandi società e aziende commerciali"⁹⁰.

Per uscire dal dilemma è quindi necessario tracciare un percorso alternativo *sia* alla chiusura verso ogni possibile valorizzazione dell'autonomia individuale funzionale alla conservazione di un modello regolativo esclusivamente eteronomo/inderogabile in ragione dell'intrinseca debolezza del lavoratore, *sia* all'apertura indiscriminata verso una disciplina rimessa alla volontà delle parti sul presupposto (in parte ideologico) del necessario superamento del "paternalismo" giuslavoristico. La soggettivazione regolativa deve invece basarsi su una rinnovata concezione del rapporto di lavoro, in cui la crisi del sociale non equivale a una deriva individualistica, e la libertà del soggetto non si traduce in una finzione giuridica che legittima la legge del più forte. Al contrario, per usare i concetti-base della teoria delle capacità, la soggettivazione regolativa deve divenire strumento di accrescimento delle *capabilities* del lavoratore, della sua libertà di *agency* e di *well-being*, intendendosi con la prima la libertà di realizzare obiettivi e valori che la persona ha motivo di perseguire, con la seconda la libertà di acquisizione di cose che sono costitutive del benessere individuale, riflessa nell'insieme delle capacità di una persona⁹¹.

Per attendere a questi obiettivi di "capacitazione", la soggettivazione regolativa non può essere lasciata alla libertà del volere delle parti, ma deve essere inserita entro coordinate finalistiche, prefissate dal legislatore e garantite dal controllo giudiziale. E' in questa prospettiva che si possono leggere le disposizioni dell'art. 2103, co. 6, c.c., e l'art. 18 della legge n. 81/2017 sul lavoro agile, che introducono una nuova modalità di regolazione soggettiva nel cuore delle prerogative di supremazia dell'imprenditore.

Vale rilevare che la prospettiva analitica qui proposta non coincide esattamente con quella secondo cui la limitazione dei poteri imprenditoriali

⁸⁹ Cfr. In tal senso, con riferimento all'esperienza francese, P. Adam, *Faut-il avoir peur de l'individu(alisation)?*, in *13 paradoxes en droit du travail*, sous la direction de Philippe Waquet, Lamy, Paris, 2012, p. 128

⁹⁰ L. Barassi, op. cit., p. 451

⁹¹ Cfr. A. Sen, *La diseguaglianza*, cit., p. 85 ss.; per una critica della distinzione tra *agency* e benessere cfr. M. Nussbaum, *Creare capacità*, cit., p. 186, che mette in evidenza come la distinzione, piuttosto oscura, possa rappresentare un residuo di utilitarismo nell'ambito del pensiero non utilitarista di Sen.

realizzata dalle norme eteronome produce capacità individuali proporzionali alla parziale sottrazione dell'autorità aziendale che la norma dispone⁹². Le norme di tutela eteronoma, tra cui quelle che limitano le conseguenze di un utilizzo arbitrario del potere, possono essere intese come forme di sostegno della *capacità contrattuale* del lavoratore⁹³, ma non come forme di capacitazione individuale nell'ambito del rapporto di lavoro. La creazione di *capabilities* mediante soggettivazione regolativa non è il prodotto - in negativo - di una *limitazione eteronoma* delle forme di abuso del potere datoriale, quanto il frutto - in positivo - di una *decisione autonoma* degli individui, espressione della libertà dei soggetti nell'acquisire importanti funzionamenti⁹⁴. Questa precisazione è utile nella misura in cui considero la soggettivazione regolativa un modo di definire in autonomia la disciplina concreta di alcuni aspetti del rapporto di lavoro che coinvolgono l'esercizio dei poteri datoriali rispetto alla consueta tecnica di limitazione eteronoma di quei poteri. Più in generale, può dirsi che il modello tradizionale di limitazione eteronoma delle prerogative dell'impresa non sia *de plano* riconducibile all'idea di capacitazione nella misura in cui il limite posto dalla norma non garantisce alcuna libertà di scelta individuale di acquisire *well-being* ma, più riduttivamente, evita l'arbitrio datoriale o vincola l'esercizio del potere a determinati presupposti normativi (ragioni, causa, motivi) ricorrendo i quali il potere si esercita unilateralmente senza alcuna possibilità per il lavoratore di opporre a quel potere la propria libertà di *well-being*.

8. Accordi individuali e disciplina delle mansioni.

La materia delle mansioni, così come novellata dall'art. 13 St. lav., ha rappresentato uno dei più chiari esempi di limitazione "statutaria" dell'autonomia individuale in ragione della tutela della professionalità del lavoratore. Basato sul criterio dell'equivalenza, il limite alla mobilità orizzontale ha costituito, sin dalla prima elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, un ostacolo estremamente rigido ad ogni forma di flessibilità funzionale, in ragione non solo del mantenimento del bagaglio di competenze pregresso ma addirittura all'incremento dinamico della

⁹² R. Del Punta, op. cit.

⁹³ S. Deakin, op. cit., p. 13

⁹⁴ Un esempio può chiarire la distinzione: un conto è non subire un trasferimento geografico in base ad un atto di esercizio illegittimo del potere direttivo (perché non sussistono le esigenze tecnico-organizzative-produttive di cui parla l'art. 2103 c.c.); altro è negoziare con il datore di lavoro il mantenimento del medesimo orario in considerazione di particolari esigenze familiari. Nel primo caso non si realizza alcun incremento delle capacità del lavoratore, che semplicemente mantiene integra la sua posizione soggettiva, nel secondo il prestatore esercita una sua libertà di agency al fine di ottenere un beneficio attraverso la limitazione pazzia dell'esercizio (legittimo) dello *ius variandi* datoriale.

professionalità⁹⁵. Il limite dell'equivalenza veniva presidiato dalla nullità dei patti contrari, relativo non solo alla mobilità orizzontale ma, a fortiori, a quella verticale *in peius* – non più attuabile in ragione delle "esigenze dell'impresa" di cui all'originario art. 2103 c.c. - onde il datore non poteva stipulare accordi con il lavoratore al fine di realizzare forme di mobilità prestatoria in violazione del criterio dell'equivalenza⁹⁶. La limitazione dell'autonomia negoziale si spiegava, quindi, in ragione dell'assetto rigidamente garantistico-individuale della norma, il cui paradigma esplicativo riassume plasticamente l'idea, sottesa alla disciplina in esame, di un lavoratore che necessariamente doveva essere privato della disponibilità del diritto alle mansioni di assunzione, diritto altrimenti facilmente obliterabile, mediante l'esercizio dell'autonomia negoziale, tramite un accordo sostanzialmente "imposto" dal datore di lavoro: del resto il legislatore dell'art. 13 St. lav. aveva ben in mente quelle prassi, ampiamente praticate ante statuto, del c.d. recesso modificativo: in origine di un recesso immediatamente seguito da una riammissione in servizio a condizioni e mansioni mutate (*in peius*)⁹⁷, ovvero - dopo l'entrata in vigore della legge n. 604/66 - di un licenziamento sospensivamente condizionato all'accettazione da parte del prestatore di una diversa (e peggiorativa) mansione; e ciò spiega la diffidenza verso forme di *ius variandi* datoriale non assistite da una rigorosa delimitazione non solo del perimetro di azione del potere modificativo (equivalenza) ma anche da una sorta di norma di chiusura volta a sterilizzare la facoltà delle parti di derogarvi mediante patti contrari alla *voluntas legis*.

In questo scenario di assoluta sfiducia verso soluzioni derogatorie affidate all'autonomia individuale, la norma in esame poteva paradossalmente rappresentare un problema per la tutela dei diritti del lavoratore allorquando venisse in gioco non già un conflitto tra esigenze organizzative dell'impresa ed esigenze di tutela della professionalità del lavoratore (chè, in tal caso, il conflitto veniva risolto a favore del prestatore), bensì tra interessi entrambi riferibili al soggetto tutelato dalla norma: quando cioè venisse in evidenza la necessità di conciliare l'interesse alla professionalità e l'interesse alla conservazione del posto di lavoro. In tal caso, infatti, la tutela rigida della professionalità, *sub specie* di equivalenza, determinava il rischio che il datore di lavoro, non potendo

⁹⁵ Cfr. U. Romagnoli, *sub art. 13 St. lav.*, in Comm. Scialoja e Branca, p. 185; T. Treu, *Qualifiche, oggetto del rapporto di lavoro e mobilità professionale*, in Inquadramento unico e professionalità (problemi organizzativi e quadro legale), Milano, 1974, p. 1033; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 29 settembre 2008, n. 2493; S. U. 24 novembre 2006, n. 25033

⁹⁶ Cfr. C. Pisani, *Le modificazioni delle mansioni*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 70 ss.

⁹⁷ Recesso modificativo ammesso da L. Barassi, *op. cit.*, p. 298

negoziare con il dipendente una mutazione delle mansioni in deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c.c., fosse costretto ad attuare un licenziamento in ipotesi evitabile grazie ad una (impossibile) mobilità verso mansioni inferiori. In questi casi la tutela della professionalità rappresentava un ostacolo alla tutela del posto di lavoro. Come dire che, in termini di *capabilities*, la professionalità, quale "bene" posseduto dal lavoratore, si opponeva alla libertà di acquisire possibilità alternative di funzionamenti. Uno spiraglio per realizzare una parziale deroga alla regola dell'equivalenza è stata introdotta in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale, laddove, tra le misure alternative al recesso veniva contemplata l'adizione del lavoratore a mansioni diverse anche in deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c.c. in virtù di un contratto collettivo aziendale. Come dire che solo all'autonomia collettiva, e solo in caso di crisi aziendale con ricorso alla procedura di mobilità, veniva concessa *ope legis* una funzione derogatoria in capo alla contrattazione, risolvendo il conflitto tra diritto alla professionalità e interesse alla conservazione del posto di lavoro a favore del secondo (e più importante) dei due interessi. Tuttavia un ulteriore spiraglio, questa volta riferibile all'autonomia individuale, era stato aperto dalla giurisprudenza, la quale, con un orientamento divenuto consolidato, aveva ammesso la deroga *in peius* all'intangibilità della professionalità acquisita e alla modificazione unilaterale solo verso mansioni equivalenti qualora la mobilità del prestatore si presentasse come unica alternativa al licenziamento: in sostanza la giurisprudenza aveva introdotto una forma di "flessibilità" funzionale consensuale attuata a livello individuale, come *extrema ratio* e quale "male minore per il lavoratore a fine di salvaguardare un bene più prezioso della professionalità quale è quello della stessa occupazione"⁹⁸. Nonostante il tenore letterale assolutamente contrario ad ogni forma di flessibilità consensualmente stabilita dalle parti ("ogni patto contrario è nullo") la giurisprudenza si è vista costretta, quale attore di una interpretazione normativa "ragionevole" e funzionale alla massima tutela "olistica" degli interessi del prestatore, a forzare la *voluntas legis* così come espressa dal disposto statutario, mettendo in campo una capacità creativa che ha molto tratto dal principio di proporzionalità applicato alla situazione data: come dire che, in questa prospettiva, il patto individuale è nullo solo nella misura in cui non entri in gioco nella ponderazione degli interessi in gioco un altro interesse del lavoratore *maggiormente* meritevole di protezione e di tutela, onde la nullità, piuttosto che espandersi *ad libitum* come rimedio demolitore verso qualsiasi determinazione contraria dell'autonomia individuale, risultava recessiva e confinata a fronte della necessità di far prevalere, nel giudizio

⁹⁸ C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 33.

di proporzionalità che di fatto la giurisprudenza era stata chiamata ad attuare, la garanzia del bene-posto di lavoro sulla tutela legale contro il demansionamento dettata dall'art. 13 St. lav.

Ma la giurisprudenza è andata oltre questo ragionevole contemperamento fra interessi/beni del lavoratore, per abbracciare una visione derogatoria più ampia, laddove non solo la minaccia della perdita del posto di lavoro ma anche altre, indeterminate esigenze del prestatore, potessero emergere nella sfera del debitore di opere: onde, "a richiesta del lavoratore, per soddisfare un proprio interesse e quindi senza alcuna sollecitazione neppure indiretta del datore di lavoro"⁹⁹, si rendeva necessario consentire all'autonomia negoziale di realizzare un diverso assetto di interessi rispetto a quello previsto dalla norma di legge. E' difficile non identificare in questa fattispecie di modifica delle mansioni "a richiesta" del lavoratore, una ri-espansione, in chiave "liberatoria", di un'autonomia privata individuale eccessivamente compressa da una norma di tutela pensata in una logica unidirezionale, che nega ogni forma di regolazione consensuale dello *ius variandi* datoriale sul presupposto dei rischi per il prestatore, derivanti dallo stato di soggezione alla prevaricante *voluntas* aziendale, che l'esercizio di una tale autonomia privata avrebbe potuto comportare. Ma una volta compreso che il lavoratore può avere interessi-altri da far valere rispetto a quelli, pur rilevanti, relativi alla professionalità acquisita, e una volta ammesso che l'evoluzione degli stati del mondo può determinare circostanze tali da indurre il prestatore, in un bilanciamento di interessi che solo lui - e non una astratta e rigida disposizione di legge - può arbitrare nel proprio foro interno, l'interprete ha fatto prevalere il ragionevole motivo soggettivo del destinatario della tutela sull'oggettivo e asseritamente "superiore" interesse alla professionalità, che lo schema logico della norma, con una formulazione senza vie di fuga, sembrava escludere del tutto. Ciò che rileva, in questa che altri ha definito una sorta di "ribellione" della giurisprudenza nei confronti dell'eccessiva rigidità dell'art. 2103 c.c., è la verifica della reale e sincera volontà espressa dal lavoratore con la sua spontanea (nel senso di non da altri sollecitata) richiesta, onde la giurisprudenza richiedeva, quale *conditio sine qua* non per la deroga, l'esternazione di una motivazione posta alla base dell'atto negoziale, tale da certificare la genuinità della sua proposta e del relativo consenso¹⁰⁰ (dilungarsi su questa giurisprudenza e sui criteri del controllo circa la validità della deroga).

Si è trattato, comunque, di una "ribellione" improduttiva di effetti stabili. La stessa Cassazione, riallineandosi con un'interpretazione

⁹⁹ Cass. 8 agosto 2011, n. 17095 in Guida al lav. 2011, p. 41, e molte altre (fare ricerca).

¹⁰⁰ C. Pisani, op. ult. cit., p. 34

supinamente fedele al dettato letterale dell'art. 2103 c.c., ha operato un *revirement*, riaffermando la consueta negazione di ogni patto contrario e l'insuperabile inderogabilità della regola dell'equivalenza, pur a fronte di una diversa manifestazione di volontà del lavoratore. Il tema della capacitazione individuale del lavoratore, intesa come libertà complessiva di cui un individuo gode nel perseguimento del proprio *well-being*, veniva quindi nuovamente oscurato sino a quanto, con la novella dell'art. 2103, co.6, c.c., il legislatore ha di fatto riconsegnato all'autonomia individuale del lavoratore (da manifestarsi in sede protetta) la libertà di scegliere tra diverse alternative di funzionamenti, questi ultimi effettivamente acquisibili proprio in virtù di un "patto contrario" alla previsione generale.

La portata innovativa della riforma è stata subito individuata nel potenziale vulnus al diritto del lavoratore alla propria professionalità. In questa prospettiva la previsione legislativa in esame si presterebbe a possibili abusi nella misura in cui "il lavoratore non sia in grado di opporsi alla proposta di una modificazione peggiorativa delle proprie condizioni di lavoro, a maggior ragione in una situazione di decrescente tutela contro i licenziamenti"¹⁰¹. Con l'ipotesi di una sorta di riedizione del "patto modificativo" ampiamente praticato prima dell'entrata in vigore dell'art. 18 St. lav., riemerge il dubbio che il prestatore, pur liberato dalle catene dell'indisponibilità dei propri diritti in nome di un astratto interesse individuale alla professionalità, permanga nella condizione di ricatto datoriale il cui giogo si traduce nell'imposizione di modifiche peggiorative a prescindere dalla sussistenza di un effettivo interesse da parte sua ad acquisire una diversa combinazione di funzionamenti.

La preoccupazione, pur comprensibile, non esaurisce lo spettro delle valutazioni rispetto ad un disposto che presenta una peculiare funzione (garantire l'interesse del lavoratore di scegliere tra "vite alternative" sinora negato dal prioritario rilievo del valore attribuito alla professionalità statica). E' quindi possibile avanzare una diversa interpretazione della norma, che fa perno sulla prospettiva teorica delle capacità applicata al rapporto di lavoro, sostenendo che pur nell'ambito di un sistema di tutela della professionalità che impedisce al datore di modificare unilateralmente *in peius* le mansioni del prestatore, consente alle parti di raggiungere un accordo modificativo finalizzato ad assicurare una flessibilità funzionale nell'*interesse del lavoratore*, sulla base delle sue preferenze soggettive, pur

¹⁰¹ Così C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 348.

nell'ambito di un sistema regolato dalla legge e soggetto a controllo giudiziale¹⁰².

In effetti, proprio in questa prospettiva pare essersi mosso il legislatore *in subiecta materia*, con un disposto dalla chiara struttura teleologica (che è rivolta alla conservazione del posto, o all'acquisizione di una diversa professionalità, o al miglioramento delle condizioni di vita) che prevede rigorosi requisiti di forma e di contenuto degli accordi individuali, da realizzarsi in una sede necessariamente protetta, sia essa una di quelle indicate dall'art. 2113, co. 4, c.c., ovvero una Commissione di certificazione (in quest'ultimo caso deve ritenersi che la Commissione operi non una certificazione di una rinuncia o transazione di cui all'art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti, ex art. 82 del d.lgs. n. 276/2003, bensì una conciliazione, così come prevista dall'art.....). L'intervento del terzo (giudice, rappresentante sindacale, commissione di conciliazione o commissione di certificazione) è in generale da ritenersi idoneo a superare la presunzione di non genuinità del consenso prestato dal lavoratore, garantendo la sua libertà di scelta e la consapevolezza del diritto (in tal caso alla professionalità) che viene sacrificato in ragione di un diverso assetto di interessi regolamentato pro futuro. In sostanza, in queste sedi il lavoratore conclude atti di autonomia negoziale individuale assistita¹⁰³; e benchè, come altri precisa, nel caso di specie non si discute della stipula di un accordo transattivo/conciliativo, trattandosi piuttosto di "una nuova regolamentazione del rapporto di lavoro in chiave peggiorativa per il futuro"¹⁰⁴, non possono che valere, sul punto, le medesime considerazioni che presidiano alla volontà individuale nella composizione di una controversia in sede amministrativa. In tal caso, come è noto, la giurisprudenza riconosce che l'intervento dell'organo conciliativo "è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro che rende sospette di prevaricazione, da parte di quest'ultimo, le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, sia allorchè detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessi in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore"¹⁰⁵.

¹⁰² Parla espressamente di un dispositivo volto ad un ampliamento della libertà del soggetto B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in DLRI, 2018, p. 116

¹⁰³ Cfr. A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in Dir. lav., 1992, I, p. 479 ss.

¹⁰⁴ C. Zoli, op. cit., p. 349

¹⁰⁵ Cass. 12 dicembre 2002, n. 17785 in Riv. Giur. Lav., 2003, I, p. 607.

In sostanza, la soluzione qui prospettata poggia pur sempre sul riferimento alla nozione di norma inderogabile di cui all'art. 2103 c.c., e alla facoltà dispositiva attribuita alle parti, con la precisazione, tuttavia, che il legislatore del *Jobs Act* ha consapevolmente proiettato l'effetto derogatorio di cui al comma 6 ben oltre la tradizionale distinzione tra l'imposizione al titolare dei diritti attribuiti dalla legge, da un lato, e, dall'altro, la valida disposizione di quei diritti una volta divenutone titolare: quest'ultimo schema logico, valevole per le rinunce e le transazioni, viene in profondità mutato dalla norma in esame, che non dispone semplicemente la disposizione degli effetti inderogabilmente imposti dalla norma per il passato, ma fa entrare la facoltà derogatoria delle parti nella costruzione del regolamento negoziale. Mentre nello schema logico-giuridico della norma inderogabile il regolamento degli interessi *pro futuro* è assolutamente intangibile, trattandosi in sostanza di una "costruzione imperativa" del regolamento che impedisce al lavoratore di evitare di assumere la titolarità dei diritti *ex lege* attribuiti, nel caso del novellato art. 2103, co. 6, c.c., la volontà individuale (dismissiva-modificativa) si proietta nel futuro, divenendo libera - salvi i limiti e le funzioni poste dalla norma stessa - di derogare, nell'interesse del lavoratore, all'assetto di interessi cristallizzato dalla disciplina generale. Non che si tratti, in senso proprio, di rinuncia a diritti futuri, che, come è noto, trova nella nullità una radicale sanzione in ragione del fatto che l'atto abdicativo di un diritto non ancora entrato a far parte del patrimonio del rinunziante si risolve sostanzialmente in una diversa regolamentazione del rapporto: nel caso dell'art. 2103, co. 6, il diritto (alle mansioni) è già entrato a far parte del patrimonio del lavoratore e quest'ultimo effettivamente abdica a un diritto già sorto al momento del patto. Tuttavia, l'effetto prefigurato dal disposto appare simile alla rinuncia al diritto futuro se con essa si intende - con la migliore dottrina - una diversa regolamentazione, in contrarietà alla norma inderogabile, dello svolgimento per l'avvenire del rapporto¹⁰⁶, con la precisazione - di non poco momento - che in realtà la novella ha *strutturalmente* modificato l'art. 2103 c.c., il quale sotto questo profilo non può più dirsi (quantomeno in assoluto, e sotto questo specifico profilo) una norma "inderogabile".

Questa importante distinzione tra la facoltà concessa al lavoratore di rimodellare tramite l'autonomia individuale l'assetto di interessi in senso sostanzialmente novativo rispetto alla mera facoltà di rinuncia/transazione a diritti pregressi, trova nel presidio della volontà manifestata dal prestatore nelle due fattispecie considerate (rinuncia/transazione e patto modificativo) il punto di contatto unificante. Non può, di conseguenza,

¹⁰⁶ Cfr. G. Pera, *Le rinunce*, p. 34

prospettarsi una diversa valenza, nei due casi, della manifestazione di volontà in sede protetta: in entrambe le situazioni ciò che rileva, ai fini della validità del patto, è la formazione di una volontà scevra da condizionamenti impropri, o viziata dal prevaricante dominio morale o psicologico del datore, e quindi, in sostanza, "genuina" e idonea a rispecchiare in senso proprio l'interesse reale del soggetto.

Non solo l'opzione per la procedura e la sede protetta muovono nella direzione di considerare la volontà del lavoratore come effettiva e genuina, in quanto formatasi consapevolmente con l'assistenza di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, o da un avvocato, o da un consulente del lavoro, ma sussistono anche garanzie di ordine giudiziario relativamente all'accertamento di un tale *reale* interesse qualificato del prestatore di lavoro, al cui soddisfacimento il patto in deroga è finalizzato. La norma in esame presenta infatti una struttura finalistica, prefigurandosi nello schema legale tre tipizzazioni "causali" accomunate dal fatto di rispondere ad un preciso interesse del lavoratore: la conservazione del posto, l'acquisizione di una diversa professionalità, il miglioramento delle condizioni di vita¹⁰⁷. La mancanza dell'interesse dedotto nell'accordo comporta la nullità del patto, anche ai sensi del comma 9: qui la nullità scatta non solo (e non tanto) perché manca il consapevole consenso del lavoratore, o perché è stata violata una norma inderogabile; quanto perché è carente il presupposto finalistico che *in parte qua* rende derogabile il nuovo art. 2103 c.c., vale a dire l'interesse del lavoratore alla modifica delle proprie mansioni.

Si potrebbe sostenere, invero, che al giudice è preclusa l'indagine (di merito) circa la sussistenza di tale effettivo interesse, sul presupposto che la procedura in sede protetta renderebbe inattaccabile l'accordo concluso (fatti salvi i vizi del consenso o la palese pretestuosità dell'interesse addotto tale da comportare la nullità per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge)¹⁰⁸; ciò in quanto, così come accade per le rinunce e transazioni la sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto sono rimessi alla valutazione svolta dalla commissione di conciliazione o di certificazione. Questa soluzione, tuttavia, non tiene conto della struttura finalistica della norma, oltre che del peculiare contenuto dell'accordo, che, come si è visto, non riguarda semplicemente la dismissione di un diritto pregresso ma una diversa regolazione dell'assetto di interessi *pro futuro*, con un effetto, quindi, assai più pregnante rispetto ad un mero atto dispositivo. Del resto, chi ammette l'ipotesi di nullità del patto per

¹⁰⁷ Cfr. R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, WP CSDLE Massimo D'Antona.IT -262/2015, p. 10 ss.

¹⁰⁸ C. Zoli, op. ult. cit., p. 350

pretestuosità dell'interesse dedotto¹⁰⁹ sembra proprio riferirsi ad un controllo di congruità causale, similmente a quanto accade quando la giurisprudenza, pur negando il sindacato *nel merito* del giustificato motivo di licenziamento, opera nondimeno un controllo *di merito* per verificare l'insussistenza di motivazioni pretestuose addotte dal datore di lavoro. Come dire che a fronte di un'impugnazione dell'accordo da parte del lavoratore "pentito" per una scelta che non corrisponde in realtà ad alcuno degli interessi qualificati previsti dalla legge (e quindi, verosimilmente, espressione di una volontà non del tutto "genuina", consapevole e/o scevra da condizionamenti, nonostante i previsti presidi della sede protetta), il giudice potrebbe sindacare la coerenza tra l'accordo siglato tra le parti ed i presupposti legali tipici di cui all'art. 2103 co. 6 cc., onde, in caso di verifica negativa circa la corrispondenza tra accordo e schema legale, sancire l'invalidità (nullità) del patto¹¹⁰. In questo senso si dovrebbe, prudenzialmente, ritenere necessario che nell'indicazione dei motivi che hanno determinato la formazione del consenso alla modifica delle mansioni il lavoratore non si limiti a rappresentare, con clausola di stile, ragioni generiche, o difficilmente riscontrabili in fatto, ma esponga chiaramente e specificamente il tipo di interesse concreto che lo ha spinto a stipulare l'accordo in vista di una delle finalità contemplate, in tal modo consentendo al giudice, tramite un controllo di congruità e di veridicità di quanto affermato nel negozio, il rispetto del profilo causale che la legge imprime al negozio (e quindi alle stesse parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale individuale).

Questa soluzione potrebbe essere criticata per l'incertezza che comporta in ordine all'aspettativa dell'impresa ad ottenere il consenso del prestatore in vista di una sua diversa collocazione in azienda. In sostanza, ammettere un controllo giudiziale significherebbe vulnerare l'affidamento che il datore di lavoro ha riposto nel patto modificativo. A questa obiezione può agevolmente risponderci che questa norma, nella sua struttura testuale e nella sua dimensione teleologica, è formulata come un disposto a presidio della capacitazione del lavoratore: è il lavoratore che dichiara la sussistenza di un determinato interesse alla modifica delle proprie mansioni, in vista di acquisire effettivamente un diverso funzionamento in ragione delle proprie esigenze di vita, onde la messa in discussione di una dichiarazione di volontà il cui contenuto viene denunciato come non conforme allo schema legale tipico da parte del dichiarante, in quanto non coerente con i presupposti di legge, prevale sull'interesse dell'impresa (che

¹⁰⁹ Zoli, op. cit.

¹¹⁰ Ammette il controllo limitatamente alla sussistenza dell'interesse del lavoratore L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WP C.D.S.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 263/2015, p. 9.

non è contemplato nella norma) alla stabilità (incontrovertibilità) del patto. In realtà, a ben vedere, neppure si tratterebbe, in tal caso, di reversibilità di una volontà genuinamente espressa e poi capricciosamente revocata, quanto dell'ammissione, da parte del lavoratore-dichiarante, di una volizione non collegata ad un suo reale e concreto interesse, così come richiesto dall'art. 2013, co. 6, c.c.

9. Accordi individuali e poteri del datore di lavoro.

La soggettivazione regolativa, come nuovo modello di disciplina del rapporto di lavoro in ragione dell'acquisizione di capacitazioni individuali e inedite combinazioni di funzionamenti nella dimensione del rapporto di lavoro, può riguardare non solo la sfera delle mansioni ma, più in generale, molti aspetti collegati all'esercizio dei poteri datoriali e alla sfera della subordinazione giuridica, sollecitata da una evoluzione ormai acclarata dei modelli organizzativi e della struttura dell'impresa in ragione di pervasive e diffuse rivoluzioni tecnologiche. Il tema dell'impresa 4.0 costituisce un fattore di discontinuità rispetto alla concezione tradizionale del rapporto di lavoro subordinato nella misura in cui la rivoluzione digitale, che consente di promuovere e concretamente praticare una diversa organizzazione del lavoro e della produzione, contempla le condizioni per una effettiva riappropriazione dei tempi e dei contenuti del lavoro non solo in termini di una maggiore libertà e autodeterminazione nella sua esecuzione¹¹¹, ma anche – e soprattutto – nella prospettiva di un diverso assetto degli interessi fra le parti in funzione di *capabilities* individuali del prestatore, utili per riprogettare i confini tra tempi e progetti di vita e tempi di lavoro. Si tratta di una prospettiva ancora in gran parte da esplorare, specie se riguardata alla luce delle teorie economiche dell'impresa, saldamente legate ad una visione individualistico-proprietaria e refrattarie ad ogni rilettura in chiave di capacitazione sociale dei lavoratori. In realtà proprio l'inveramento di una diversa concezione dell'impresa potrebbe aprire la strada ad una costruzione di nuovi legami di solidarietà nei luoghi di produzione, tali da rilanciare l'aspirazione, cui il diritto del lavoro ha senz'altro contribuito, di realizzare la *libertà sociale* nella sfera economica: una concezione in cui la libertà viene ripensata in senso solidaristico e meno individualistico, ove la realizzazione dei propri obiettivi di libertà non si incardina nella singola persona ma nella comunità solidale¹¹². Ma il cambiamento verso una forma di libertà sociale potrebbe cominciare proprio mediante l'ampliamento di spazi di soggettivazione regolativa, a

¹¹¹ M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in DRI, 2017, p. 964.

¹¹² Cfr. A. Honnet, *L'idea di socialismo. Un sogno necessario*, cit., p. 39.

partire dal cuore del rapporto di lavoro, vale a dire la dimensione di subordinazione.

Mai la subordinazione è stata rappresentata come luogo di una negoziazione individuale, in funzione di un accrescimento della libertà del prestatore. Neppure la lettura dei vincoli ai poteri datoriali come fattore di accrescimento delle capacitazioni del lavoratore convince del tutto, in quanto altro è - in negativo - la limitazione dell'arbitrio datoriale o delle forme più estreme di autorità aziendale, altro è - in positivo - la riconduzione (pattizia) di quei poteri ad una finalità di accrescimento della libertà del lavoratore. Nel primo caso, seppure sia inevitabile che la limitazione eteronoma del potere accresca come effetto di risulta la libertà contrattuale del lavoratore, nel secondo la finalità della norma cambia, perché il potere non viene limitato dall'autonomia negoziale ma reso funzionale al raggiungimento di un interesse qualificato del lavoratore, consistente nell'incremento delle sue capacità nell'ambito del rapporto di lavoro. Non si tratta quindi di un mero limite al potere, ma di una regolazione pattizia capacitante che modifica in profondità la dimensione *funzionale* del potere direttivo in vista di un'utilità del prestatore, secondo un modello relazionale di *long term transaction* che consente di adattare i termini del rapporto alle sopravvenienze degli stati del mondo. Peraltro, la consueta ricostruzione della dinamica limitativa dei poteri datoriali riguarda la dimensione collettiva e non quella individuale: "nella negoziazione sui poteri i lavoratori oppongono autonomia collettiva a quella dell'imprenditore"¹¹³. Le novità apportate dal legislatore con la disciplina del lavoro agile, definito come una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*", è che anche la subordinazione può essere regolata "*mediante accordo tra le parti*", senza riservare neppure un cenno *in subiecta materia* alle possibili funzioni dell'autonomia collettiva. Il riferimento alla facoltà di organizzare il lavoro agile anche "*per fasi, cicli ed obiettivi*" (formula che riecheggia quella dell'abrogato lavoro a progetto) non esclude la natura subordinata del rapporto, confermando la scelta di collocare lo *smart working* nell'alveo della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.. Si pone, piuttosto, la questione se, con la giuridificazione del patto di lavoro agile, il legislatore pur senza definire un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato abbia modellato una subordinazione dai tratti sensibilmente innovativi, al punto da renderli non agevolmente distinguibili dalla fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative ove, parimenti al lavoro agile, le modalità del coordinamento sono stabilite di

¹¹³ C. Assanti, *Il dibattito sulla subordinazione: lavoro ed impresa nel codice civile e nella Costituzione*, in *Scritti di diritto del lavoro*, a cura di L. Menghini, M. Miscione, A. Vallebona, Giuffrè, Milano, 2003, p. 93 s.

comune accordo fra le parti¹¹⁴; ovvero se si tratti, riduttivamente, di uno dei tanti percorsi di de-standardizzazione della disciplina che caratterizzano il diritto del lavoro contemporaneo¹¹⁵. Certamente il legislatore, proprio nel momento in cui si adopera per completare la dimensione regolativa del rapporto di lavoro autonomo con una disciplina di tutela, perverso scarsamente significativa, ha inteso ribadire la assoluta centralità della fattispecie di subordinazione, nell'ambito di un sistema dualistico, seppur temperato dalla fattispecie estensiva dell'art. 2, co. 1., d. lgs. n. 81/2015. Tuttavia, non può negarsi come la disciplina del lavoro agile accentui le tendenze al pluralismo regolativo e alla differenziazione funzionale non semplicemente attraverso una de-standardizzazione della disciplina applicabile¹¹⁶, bensì mediante la creazione di una forma "speciale" di subordinazione, caratterizzata da una regolazione legislativa assai scarna, di natura sostanzialmente autorizzatoria, che rinvia all'autonomia individuale la concreta e specifica regolazione del rapporto¹¹⁷.

Nonostante il legislatore definisca il lavoro agile come una semplice "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*", proprio il rinvio alla disciplina del patto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094 c.c., non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro, spesso richiamata come antesignana dell'attuale *smart working*. Infatti, mentre il telelavoro viene definito dall'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, che recepisce l'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, come una "*una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*", senza alcuna evidente deviazione dal tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., nel caso del lavoro agile uno scostamento è molto evidente sia nella previsione di assenza "*di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*", sia per i contenuti dell'accordo individuale, il quale, ai sensi dell'art. 19, comma 1, disciplina l' "*esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio*

¹¹⁴ In questi termini G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona". it 327/2017 p. 8.

¹¹⁵ Così G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Giappichelli editore, Torino, 2017

¹¹⁶ Cfr. G. Proia, op. cit.

¹¹⁷ Cfr. L. Fiorillo, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., p. 165 ss., il quale coglie la centralità dell'autonomia individuale e dell'accordo fra le parti per la "definizione del regolamento di interessi di cui le stesse sono portatrici".

del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore".

Si è subito affermato, con riferimento alla possibilità che l'accordo individuale disciplini anche le "forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro", che una siffatta previsione non rende *consensuale* l'esercizio del potere direttivo, ciò che sarebbe invero "cosa impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale"¹¹⁸. Piuttosto il senso della norma sarebbe quello di "attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle "forme", intesa nel senso delle modalità, con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore per quella parte della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, ovvero in circostanze logistiche in cui i normali strumenti di comunicazione utilizzati dal datore, quali le istruzioni verbali o gli ordini di servizio affissi nelle bacheche fisicamente presenti sul luogo di lavoro, non risultano praticabili¹¹⁹. In pratica, il portato dell'accordo sulle forme di esercizio del potere direttivo si risolverebbe nella semplice definizione del come il lavoratore possa ricevere le direttive (ad es. tramite SMS, e-mail, social-network), nelle forme più consone alla modalità agile della prestazione¹²⁰.

A questa interpretazione, che annulla la portata innovativa del disposto sino a renderlo sostanzialmente inutile, se ne deve preferire un'altra, che appare più coerente con la *ratio* del lavoro agile in quanto finalizzato non solo ad "incrementare la competitività" ma soprattutto ad "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro". La tesi in esame non considera che il datore di lavoro, in quanto soggetto attivo del rapporto, non avrebbe alcun bisogno di stabilire nell'accordo individuale le "forme" di esercizio del potere direttivo, in quanto, essendo egli il titolare di una prerogativa unilaterale, ha facoltà di decidere autonomamente sia il contenuto del potere direttivo (inteso come potere di conformazione della prestazione), sia, a maggior ragione, le modalità di esercizio dello stesso, semplicemente comunicando al prestatore gli strumenti di cui intenda avvalersi per esercitare il proprio potere qualora il lavoratore svolga la prestazione all'esterno dei locali aziendali. La tesi che limita il rinvio all'autonomia individuale alle sole modalità di esercizio del potere non spiega le ragioni per cui anche le forme di esercizio del potere di *controllo* e le modalità esecutive del potere *disciplinare* siano demandate all'accordo individuale, in netta dissonanza con quanto accade nella disciplina del rapporto di

¹¹⁸ G. Proia, op. cit.

¹¹⁹ G. Proia, op. cit.

¹²⁰ D. Mezzacapo, *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva e individuale*, a cura di M. Verzaro, Jovene editore, Napoli, 2018, p. 155.

lavoro subordinato standard, in cui tali "forme" di estrinsecazione dei poteri datoriali sono, tutt'al più, oggetto di contrattazione collettiva, ma non certo di contrattazione individuale. Definire in termini pattizi il potere di controllo significa - al netto delle inderogabili norme di legge che disciplinano la materia - porre in essere una "partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo" e, di conseguenza, prevedere consensualmente ulteriori vincoli contenutistici alle prerogative datoriali¹²¹, così come rimettere all'autonomia individuale, in forma integrativa e non esclusiva, le forme di esercizio del potere disciplinare significa identificare tramite accordo le condotte di rilevanza disciplinare, quale riflesso "sia della collaborazione richiesta allo *smart worker* nella gestione della flessibilità che gli è riconosciuta quanto ai luoghi e ai tempi della prestazione lavorativa, sia della responsabilizzazione del medesimo quanto al rispetto degli obblighi assunti, in assenza di un controllo diretto da parte datoriale sulla prestazione resa al di fuori dai locali aziendali"¹²². L'interpretazione teleologica e sistematica della formula impiegata dal legislatore indica che il legislatore, con il disposto in esame, ha inteso sottrarre il potere direttivo alla sua consueta dimensione gerarchica-unilaterale, coerentemente con il nuovo assetto *result based* dell'organizzazione del lavoro, e con la situazione di un lavoratore non più astretto da precisi vincoli di orario e di luogo ma libero, entro i limiti stabiliti dal patto, di organizzare la prestazione anche in funzione dei propri tempi di vita *come se* si trattasse di un prestatore autonomo. Come dire che il patto, lungi dal regolare unicamente le modalità estrinseche di comunicazione degli ordini e delle direttive, nel disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, limita "il potere del datore di interferire con l'attività lavorativa al fine di bilanciare la flessibilità concessa dalla legge in termini di limiti temporali e di luogo con il rispetto della sfera privata del dipendente". In questa limitazione pattizia il potere direttivo viene in realtà funzionalizzato agli obiettivi che lo schema legale-tipico assegna al lavoro agile, vale a dire, *in primis*, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, e, come conseguenza di tale innovativo assetto degli interessi che incrementa la motivazione e la soddisfazione del prestatore, l'incremento della competitività dell'impresa¹²³.

¹²¹ Cfr. A. Bellavista, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in Zilio Grandi, Biasi, a cura di, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2018, p. 627.

¹²² C. Ponterio, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in Zilio Grandi, Biasi, a cura di, op. cit., p. 635 ss.

¹²³ Nella filosofia del lavoro agile l'incremento della competitività dell'impresa deve essere inteso come il risultato dell'organizzazione dello *smart working*, unitamente alla riduzione dell'assenteismo e all'abbattimento dei costi per gli spazi fisici, e non come finalità cui conformare il potere direttivo. L'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano

Si può quindi fondatamente avanzare la tesi che il contratto di lavoro nella modalità agile realizzi una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una evidente deviazione causale dal tipo legale, arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c.¹²⁴, segnatamente sotto il profilo degli interessi del prestatore, ed in ispecie a) l'interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e quindi, in sostanza, di una inedita corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione nella definizione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto (l'esercizio dei poteri datoriali); b) l'interesse alla definizione contrattuale, e quindi concordata, delle modalità con cui le prerogative imprenditoriali si attuano nel momento in cui il prestatore realizza la prestazione "disintermediandosi" dall'ambiente lavorativo standard, *id est* in forma diversa rispetto al normale "inserimento" nell'organizzazione di impresa¹²⁵; c) l'interesse alla disconnessione, anch'essa finalizzata ad una migliore conciliazione fra i tempi di lavoro e i tempi di vita.

Tale subordinazione in parte "condivisa" attraverso il medium del contratto individuale non esprime affatto una contraddizione in termini. Essa rispecchia sia le tendenze evolutive più generali del lavoro subordinato, sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro, sia l'evoluzione della nozione di potere nell'ambito della teoria generale, laddove si registra una riduzione del

stima l'incremento di produttività per un lavoratore derivante dall'adozione di un modello maturo di *smart working* nell'ordine del 15%, come conseguenza dei vantaggi in termini di riduzione dei tempi e dei costi di trasferimento, miglioramento del *work-life balance* e aumento della motivazione e soddisfazione del lavoratore.

¹²⁴ A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in Zilio-Grandi, Biasi, op.cit., p. 56. Critica questa impostazione C. Timellini, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, p. 229 ss., secondo la quale parlare di fattispecie speciale di lavoro subordinato e di deviazione causale non sembrerebbe appropriato, in quanto il lavoro agile è una semplice modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato; inoltre la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro non potrebbe riguardare la causa del contratto costituendo all'opposto la ratio dell'intervento legislativo. Le obiezioni non convincono, anche alla luce della prospettazione della stessa A., la quale afferma che nel lavoro agile diviene speciale "la causa del lavoro subordinato": il che è esattamente ciò che ho sostenuto parlando di specialità e di deviazione causale dal tipo di subordinazione standard. Infatti il patto di lavoro agile incide sulla causa (come riconosce la stessa Timellini) arricchendola in funzione degli obiettivi di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, che sono esattamente il frutto di una prestazione "maggiormente autonoma e libera" (ciò che l'A. identifica come elemento di specialità).

¹²⁵ Di un "modello di lavoro profondamente diverso da quello contemplato nell'art. 2094 Cod. Civ." parla M. Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in Zilio-Grandi, Biasi, a cura di, op. cit., p. 463.

carattere discrezionale dei diritti potestativi¹²⁶; sia, infine, la visione "procedurale" della subordinazione nell'ambito di rapporti di lavoro, come quello agile, caratterizzati da una notevole capacità proattiva del prestatore in vista del risultato. In questa prospettiva il profilo causale del contratto, discostandosi dallo schema legale-tipico dell'art. 2094 c.c., appare funzionale ad un diverso assetto degli interessi implicati nel rapporto, in cui la primazia del potere direttivo lascia spazio ad un programma negoziale concordato fra le parti, finalizzato a "stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"¹²⁷.

La soggettivazione regolativa può dunque rappresentare effettivamente una nuova frontiera della subordinazione, nell'ottica di un contratto di lavoro che sviluppa l'idea di *contratto come cooperazione*¹²⁸. Il decentramento della produzione giuridica che si realizza attraverso il patto, sostituendosi all'unilateralità del potere direttivo, dovrebbe realizzare una sostanziale diminuzione della misura di coercizione, controllo e comando nell'ambito dei rapporti di lavoro. Al loro posto, in questa subordinazione negoziata dovrebbero trovare spazio gli aspetti di *agency* della persona, intesa come realizzazione di obiettivi e valori che essa ha motivo di perseguire, nonché la libertà di *well-being*, intesa come libertà di acquisire capacità¹²⁹. La subordinazione, infatti, perde i connotati della subalternità ad un potere unilaterale espressione dell'autorità nell'impresa (art. 2086 c.c.) per assumere le sembianze di una soggezione molto attenuata, addirittura concordata dalle parti, che non solo prescinde dal coordinamento spazio-temporale della prestazione esercitato dal datore di lavoro - ormai *ex lege* affidato all'autodeterminazione del prestatore nel rispetto dei limiti legali e contrattuali sulla durata massima della prestazione¹³⁰ - ma vede alterati sensibilmente i tratti del potere direttivo e della gerarchia nell'impresa propri dell'organizzazione fordista¹³¹.

Ora, riprendendo la critica alla funzione emancipatrice svolta dall'autonomia individuale nel rapporto di lavoro, si potrebbe sostenere che

¹²⁶ Cfr. Guarnieri, *Diritti soggettivi (categorie di)*, in Digesto it., disc. Priv., V, Torino, 1989, p. 452 ss.

¹²⁷ In tal senso, con riferimento alla P.A., si esprime la Direttiva n. 3 del 2017 in materia di lavoro agile.

¹²⁸ Per questo concetto, nella teoria dei contratti di matrice giuseconomica, v., ad esempio, E. Guerinoni, *Incompletezza e completezza del contratto*, Giuffrè, Milano, 20017, p.57; sulla valenza "cooperativa" del contratto di lavoro a scapito dell'assoggettamento, in contesti fortemente de-gerarchizzati, si sofferma da ultimo B. Caruso, *Strategie di flessibilità*, cit., p. 105.

¹²⁹ Cfr. A. Sen, *La diseguaglianza*, cit., p. 85 ss.

¹³⁰ M. Tiraboschi, op. cit., p. 971 s.

¹³¹ G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro*, cit., p. 9

lo schema legale del lavoro agile, a parte la sua parzialità/eccezionalità, ripropone null'altro che il consueto principio *coactus voluit*, in quanto è pur sempre nell'ambito di un (solo) formalmente "libero" contratto di lavoro che il prestatore si assoggetta alle condizioni concordate fra le parti, ma di fatto imposte dal soggetto economicamente più forte. Se così fosse, tuttavia, verrebbe da chiedersi perché il legislatore avrebbe dovuto inscenare una sorta di cinica commedia degli equivoci, senza alcun costruito positivo in ordine al perseguimento della *ratio legis*, ovvero, peggio, con l'occulto fine di estendere, piuttosto che mitigare, l'assoggettamento del lavoratore agile ai poteri di organizzazione del datore di lavoro "senza più chiari confini coi tempi di vita e in finzione della utilità finale attesa dal creditore della prestazione"¹³².

Sarà compito della ricerca sociologica e organizzativa, e non della semplice analisi del diritto formale, valutare se, e in quale misura, il nuovo schema legale del lavoro agile abbia modificato il concetto di subordinazione al punto da introdurre nel suo ambito obiettivi di *agency* del lavoratore. Allo stato attuale si può solo cogliere, e cercare di valorizzare in via ricostruttiva e interpretativa quella specifica *differenza qualitativa* introdotta da una norma che per la prima volta nella storia dell'ordinamento giuridico rimette ad un accordo fra le parti le forme espressive della coercizione organizzativa, la quale, nella tradizione giuridica, economica e sociologica che tanto deve all'analisi weberiana della società contrattuale, è posta saldamente in capo alla gerarchia dell'impresa.

10. Conclusioni.

"Un ordinamento giuridico – per quanto grande sia il numero dei "diritti di libertà" e delle "autorizzazioni" che esso garantisce, e per quanto piccolo sia invece quello delle norme di comando e di proibizione in esso contenute – può, nei suoi effetti pratici, favorire una notevole accentuazione non soltanto della coercizione in generale, ma anche del carattere autoritario di poteri coercitivi". Questo esito sarà tanto più evidente nelle formazioni basate sulla disciplina "come le imprese industriali capitalistiche", in cui il potere si concentra nelle mani di pochi e il sistema giuridico garantisce la coercizione autoritaria. La visione weberiana della società contrattuale ci consegna quindi l'immagine del rapporto di lavoro come relazione asimmetrica di potere, funzionale al sistema capitalistico di produzione e alla sua legittimazione mediante il diritto. In questa prospettiva l'autonomia negoziale del lavoratore non solo non accresce la libertà del soggetto, ma si rivela la vera gabbia d'acciaio entro cui si riproducono le

¹³² M. Tiraboschi, op. cit., p. 970

forme di dominio sociale ed economico dell'impresa, trasformando i rapporti di subordinazione sociale in oggetti di scambio sul mercato del lavoro. Per questa ragione, ciò che per Weber è la società contrattuale apparirà a Simmel espressione di quei rapporti tra Sovra-ordinazione e Subordinazione tali per cui il contratto di lavoro cessa addirittura "di essere un "contratto" nel senso consueto della parola, perché gli uni si trovano incondizionatamente nelle mani degli altri"¹³³.

A cent'anni da queste analisi fondative della società contemporanea il diritto del lavoro si trova ancora saldamente incardinato entro le coordinate teoriche di una relazione d'autorità, e l'opinione della dottrina si mantiene largamente attestata sull'idea che il lavoratore, a fronte dell'ampliamento degli spazi di autonomia contrattuale, sia maggiormente "in balia di un mercato sempre più articolato e complesso, di fronte a una molteplicità di scelte che solo di rado risultano, dal suo angolo prospettico, effettivamente tali"¹³⁴.

Eppure, la "fine del sociale"¹³⁵ che caratterizza la scomparsa delle grandi narrazioni collettive del novecento, pur collegandosi necessariamente all'affermazione di una logica di mercato che oggettivamente riveste la forma dell'adattamento alle leggi puramente economiche del capitalismo, apre nuovi spazi, magari solo interstiziali, per soggettività (parzialmente) sottratte alla logica del dominio, che guardano alle istituzioni giuridiche come strumenti per garantire libertà e dignità ad ogni essere umano. Questa evoluzione, che caratterizza la società contemporanea e che, nelle riflessioni di filosofia politica, si proietta nella realizzazione di una società giusta in cui alle persone viene garantito un insieme di opportunità o capacità umane centrali¹³⁶, non può non interessare anche il rapporto di lavoro. In ragione delle aree di soggettivazione regolativa rese possibili, in particolare, dai mutamenti indotti dalla rivoluzione digitale, l'autonomia individuale si trova proiettata in ambiti caratterizzati dal dominio coercitivo del datore di lavoro e quindi tradizionalmente consegnati all'operare di fonti eteronome riequilibranti. Non si tratta di un'autonomia lasciata in balia del "principio liberale" di barassiana memoria¹³⁷. La nuova idea di cittadinanza del lavoro richiede ancora la permanenza funzionale del diritto pubblico, caratterizzato da

¹³³ Cfr. G. Simmel, *Soziologie* (1908), trad. it. *Sociologia*, Meltemi, Milano, 2018, p. 208.

¹³⁴ L. Corazza, *Il contratto di lavoro e la costituzione del rapporto*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coord. da A. Perulli, Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, vol. XXIV, Giappichelli, Torino, 2007, p. 215.

¹³⁵ A. Touraine, *La globalizzazione e la fine del sociale*, Il Saggiatore, Milano, 2015

¹³⁶ Cfr. M. Nussbaum, *Creare capacità*, cit.; Id, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Il Mulino, 2017, p. 249 ss.

¹³⁷ Cfr. G. Cazzetta, op. cit., p. 152.

principi fondamentali di rilevanza costituzionale¹³⁸. Tuttavia il nuovo paradigma regolativo del diritto del lavoro non potrà basarsi solo su questo. Dovrà trovare anche il modo di valorizzare il *governo privato* nelle relazioni tra lavoratore e impresa, in una nuova dialettica tra diritto del lavoro e libertà¹³⁹.

Ciò che finora è stato etichettato, in negativo, come un processo di individualizzazione deregolativa, deve trasformarsi - anche grazie alle strutture dell'interpretazione "*purposive*"¹⁴⁰ - in un soggettivismo capacitante, che riconosce nel soggetto, benchè subordinato, la facoltà di giudizio per scelte consapevoli e un potere di *agency*; e anziché indurlo forzatamente a modalità di funzionamento omologanti e coercitive - quelle imposte dalla volontà unilaterale del soggetto forte, o prefissate inderogabilmente dalla legge -, consegna al lavoratore, nell'ambito di congegni normativi finalizzati, la possibilità di conquistarsi spazi di libertà che prosperino assieme ai (e non a dispetto dei) dai valori di socialità e solidarietà che rappresentano una matrice ineliminabile per qualsiasi paradigma di diritto del lavoro¹⁴¹.

¹³⁸ U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra stato e mercato*, in RTDPC, 2005, p. 53 ss.; sulla perdurante vitalità euristica del principio lavoristico di matrice costituzionale, specialmente con riferimento al pensiero di Mortati, cfr. l'approfondita analisi di V. Speziale, *Il giustificato motivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in DLRI, 2018, p. 127 ss., e già *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in a. Perulli, a cura di, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.

¹³⁹ Se l'individuo si pone al centro della scena rispetto allo Stato e alla dimensione collettiva, è ai "tormenti" di questo nuovo attore che il diritto deve guardare, cercando di "dare un po' di giustizia": una concezione personalista del diritto del lavoro che deve convivere con la dimensione giuspositivistica, e che dipende "dalla capacità di riflessione libera e coerente su quello che l'uomo vuole ricevere e può dare e, dunque, su come i tanti interessi confliggenti possano trovare una sintesi": è questa la conclusione cui giunge, all'esito di una ricca analisi filosofico-giuridica, E. Gagnoli, *La nozione di lavoro e la sua definizione nell'ordinamento italiano*, in *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, a cura di Luca Nogler e Luisa Corazza, Franco Angeli, 2012, p. 210.

¹⁴⁰ G. Davidov, op. cit., p. 4 ss.

¹⁴¹ Sul mutamento di paradigma del diritto del lavoro rinvio a A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un nuovo paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli, a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss., e a V. Speziale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati, 2, 2016, p. 33 ss.