Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro, Giornate di Studio AIDLaSS 2022, 16-17 giugno, Torino

Relazione: **Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema**

di *Antonello Zoppoli*

ABSTRACT

Parte della dottrina lavoristica, già da qualche anno, ha affrontato la questione delle tutele del lavoro e della relativa estensione al di là della subordinazione muovendo dal tema dei "rimedi", da tempo oggetto di specifica attenzione tra gli studiosi di diritto civile. La relazione ripercorre anzitutto gli sviluppi del dibattito civilistico, mettendo in evidenza l'influenza del *common law* - al quale il tema dei rimedi nei suoi diversi risvolti è abitualmente ricondotto - e individuando alcuni elementi condivisi e identificativi di quella che emerge come una "prospettiva rimediale", improntata all'incremento dell'effettività delle tutele. Per il versante lavoristico dell'analisi risultano rilevanti, in particolare, la conferma del ruolo comunque svolto dalla *fattispecie* (quale schema tipico della norma) e, specularmente, la delimitazione dello spazio d'intervento del giudice, di primo piano ma pur sempre contenuto entro i confini dell'"interpretazione". A fronte di tale approdo, nella riflessione dei giuslavoristi - al di là dei contributi interessanti ma dal taglio più tradizionale - si rinviene una marcata specificità dell'accezione di "rimedio", che assume il significato di *segmento singolo* della disciplina protettiva del lavoro. Ne deriva che il ruolo del giudice, chiamato a individuare i rimedi, ossia a selezionare le singole tutele e di conseguenza a giudicare della rilevanza degli interessi, appare potenziato oltre misura, spostandosi dal *quomodo* all'*an* della tutela, con una proiezione *al di là dell'interpretazione*. Siffatto scenario emerge nella prospettiva rimediale facendo leva pure su un altro più ampio dibattito, coltivato sempre dai civilisti, relativo alla "crisi" della fattispecie. Anche questo dibattito, però, esaminato nelle fondamentali e inevitabili implicazioni sulla "questione del metodo", e senza trascurare le peculiarità del diritto del lavoro, conferma la centralità, nel *sistema*, della fattispecie: imprescindibile tanto per la razionalità assiologico-formale quanto per il fondamento democratico dell'ordinamento, ancorché nella veste *critica* assunta dinanzi agli sviluppi del tardo Novecento. Sicché la fattispecie, colta in questa sua matura espressione, risulta di ostacolo a una realizzazione della prospettiva rimediale *lavoristica* per via giurisprudenziale, dai suoi sostenitori invero preferita. La relazione passa quindi a considerare le possibili traduzioni legislative della prospettiva rimediale: a) l'ipotesi "a matrice", avanzata più di recente dalla dottrina, che tuttavia non sembra poter prescindere dalla fattispecie; b) la soluzione dal carattere rimediale descrittivo, in ragione dell'espresso prioritario riferimento a una fattispecie, che trova riscontro negli interventi del legislatore degli ultimi anni. La seconda, proprio per la sua concretezza, è oggetto di particolare attenzione: segnatamente, con riguardo alle eloquenti e importanti novità concernenti le "collaborazioni eterorganizzate", *ex* art. 2 del decreto legislativo n. 81/2015, e il lavoro tramite piattaforma digitale, di cui all'art 47-*bis* del medesimo decreto. Entrambe, benché per ragioni diverse, evidenziano un'utilizzazione davvero poco accorta della fattispecie, sottoposta a una pressione eccessiva anche per la sua più attuale veste, sì da compromettere la solidità delle relative scelte normative. Nondimeno, negli interventi del legislatore si rinviene un possibile articolato terzo percorso da valorizzare, incentrato sulla contrattazione collettiva, nella relazione ritenuto preferibile, sia pure nella complessità del *discorso* giuridico.

SOMMARIO

I. *La prospettiva rimediale*.
1. Polivalenza semantica del termine "rimedi", riflessi sulla "fattispecie" e sviluppi lavoristici. - 2. Prospettiva rimediale ed effettività della tutela, l'apporto dello Statuto dei lavoratori (e le nuove scelte in tema di reintegrazione contro il licenziamento). - 3. L'influenza del *common law* sulla prospettiva rimediale. - 4. Il dibattito civilistico e la *prima ampia* prospettiva rimediale. - 5. (Segue) La prospettiva rimediale tra opinioni demolitorie e ricostruzione definitoria dei suoi tratti identitari. - 6. (Segue) Il positivo riscontro dottrinale, in una logica "mediana", all'individuazione dei più precisi tratti identitari della prospettiva rimediale; in particolare, le puntualizzazioni sul ruolo della fattispecie. - 7. *Common law*, *civil law* e centralità dell'interpretazione nei descritti sviluppi del dibattito.
II. *Prospettiva rimediale lavoristica e fattispecie: la soluzione giurisprudenziale.*
8. La prospettiva rimediale nella riflessione giuslavoristica. - 9. L'*accezione lavoristica* di rimedio: l'*an* (non il *quomodo*) della tutela e il "rimedialismo". - 10. La prospettiva rimediale *lavoristica* e la soluzione giurisprudenziale: oltre l'interpretazione, con i conseguenti problemi. - 11. L'ipotizzata "crisi" della fattispecie nel dibattito civilistico e la questione del metodo: incertezza almeno *tollerabile* del diritto e *sistema* normativo. - 12. Attualità della *fattispecie critica* e *discorsività* del diritto. - 13. La convergenza del diritto del lavoro nella sua "naturale" postura post-positivista. - 14. (Segue) L'insegnamento di Mengoni e di D'Antona e il più recente contenzioso. - 15. Inconfigurabilità della soluzione giurisprudenziale per la prospettiva rimediale *lavoristica*.
III. *Prospettiva rimediale lavoristica e soluzione legislativa*.
16. Soluzione legislativa per la prospettiva rimediale *lavoristica* e fattispecie. - 17. L'ipotesi "a matrice". - 18. Il tormentato percorso della recente legislazione italiana: l'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, norma *sulla* fattispecie "subordinazione" (per l'effetto "di ritorno" della disciplina). - 19. (Segue) i vincoli di sistema e le sue debolezze, una norma *improvvisata*. - 20. La problematica definizione della fattispecie dell'art. 47-*bis* del d. lgs. n. 81/2015: in particolare l'eterorganizzazione *occasionale* (critica). - 21. (Segue). Prestazione di lavoro occasionale ma a carattere consensuale: comunque fattispecie "maltrattata". - 22. L'articolazione delle tecniche normative: interprete/giudice, contrattazione collettiva e dottrina nella *discorsività* del diritto.

I. La prospettiva rimediale.

1. *Polivalenza semantica del termine "rimedi", riflessi sulla "fattispecie" e sviluppi lavoristici.*

Nell'avviare la riflessione sul tema di cui devo occuparmi è d'obbligo prendere le mosse dagli studi civilistici.

Qualche decennio fa, nell'ambito dell'analisi su "forme e tecniche di tutela", la dottrina dedicò particolare attenzione ai cosiddetti "rimedi". Come è stato rilevato da una delle sue voci principali, è poi mancata "una più matura riflessione" e, solo dai primi anni del nuovo secolo, il dibattito è ripreso[1]; negli ultimi contributi, particolarmente significativi, appare intensificatosi. È appena il

[1] Lo afferma Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *EDP*, 2015, p. 703, che, più precisamente, fa riferimento al dibattito iniziale come "quello che può definirsi il 'manifesto' (del tema) dei Rimedi" e ricorda anzitutto il volume *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Jovene, 1989. Dello stesso autore v. anche *Rimedi contrattuali*, in *ED I telematici, I, Contratto*, diretto da D'Amico, Giuffrè, 2021, p. 1031; Id., *I rimedi giuridici tra ideologica e tecnica*, in *EDP*, 2019, p. 825; Id., *L'adempimento "in natura" quale rimedio (in margine a un libro recente)*, in *EDP*, 2012, p. 1149; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *EDP*, 2005, p. 341; Id., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2003, p. 1; Id., *Forme e tecniche di tutela*, in Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche*, *cit.*, p. 19. Per gli altri contributi al dibattito cfr. Benatti, *L'incerta nozione di "rimedio"*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Jovene, 2022, p. 139; Mazzamuto, *Le dottrine generali, I*, in Mazzamuto-Nivarra, *Le dottrine generali e le fonti del diritto privato*, in Mazzamuto (a cura di), *Trattato di diritto Privato, I, Introduzione al diritto privato, II*, Giappichelli, 2021, p. 163; Id., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di* Civil Law*: il caso italiano*, in *www.juscivile.it*, 2019, 6, p. 720; Id., *Ricordo di Vincenzo Scalisi*, in *EDP*, 2019, p. 95; Id., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *EDP*, 2007, p. 585; D'Amico, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *GC*, 2019, 1, p. 16 e in *Ars Interpretandi*, VIII/2019, 1, p. 49; Id., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *GC.com*, 2016, 3, p. 15; Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti.*

caso di ricordare la rilevanza di questo dibattito, nel suo insieme: si è finanche detto che i rimedi avrebbero innescato "una vera e propria rilettura dell'intero sistema di diritto privato non più soltanto dal punto di vista della proclamazione dei diritti e degli interessi quanto piuttosto invece dalla particolare specola dei meccanismi della loro attuazione"[2].

Anche la dottrina lavoristica, ovviamente, ha colto tali sviluppi.

Nel 2017, la rivista *Lavoro e diritto* ha dedicato a "rimedi e sanzioni" il "tema" dei numeri 3-4[3]. Nei relativi scritti, tutti molto interessanti, si parla, indifferentemente ed eloquentemente, di approccio, prospettiva, tecnica dei rimedi. Ciò rimanda a una polivalenza semantica e concettuale del termine "rimedi". In questa polivalenza s'inscrive l'accezione *lavoristica* che si rinviene nel saggio di uno dei nostri Maestri - pubblicato nei menzionati numeri di *Lavoro e diritto* - sulla questione, annosa e cruciale, della qualificazione e della regolazione dei rapporti di lavoro (segnatamente della *gig economy*)[4]: in passato, al più, talvolta assopitasi ma, da qualche anno, prepotentemente di nuovo al centro dell'attenzione - ovviamente non solo a livello nazionale[5] - in seguito all'impatto dell'evoluzione tecnologica, nel segno della digitalizzazione, sulla organizzazione delle attività produttive. La particolare visuale è stata poi ripresa nel confronto sviluppatosi in riferimento alle scelte legislative degli ultimi anni, anche grazie alla ormai famosa sentenza della Cassazione del 24 gennaio 2020, n. 1663, in merito alle cc.dd. collaborazioni eterorganizzate.

Ritornando al dibattito civilistico, si è detto anche che i "rimedi" costituiscono uno dei possibili più generali percorsi di "superamento" della fattispecie[6]. Da questo punto di vista, la fattispecie, nella sua correlazione con gli effetti, è osservata come *schema tipico della norma giuridica*[7], con

---

Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano, Jovene, 2019; Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045; Barcellona, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *NDC*, 2017, p. 37; Id., in Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione*, *cit.*, p. 1285; Vettori, *L'evoluzione dei rimedi nel dialogo fra legge e giudice*, in *Questione Giustizia*, 2017, 3, p. 159; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *RTDPC*, 2015, p. 787; Id., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, in *EDP*, 2011, p. 237; Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *RTDPC*, 2015, 4, p. 1003; Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, p. 8; Messinetti, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *EDP*, 2015, p. 605; Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *EDP*, 2015, p. 583; Id., *I rimedi specifici*, in *EDP*, 2011, p. 157; Smorto, *Sul significato di "rimedi"*, in *EDP*, 2014, p. 159; Mazzamuto-Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, 2012; Perlingieri, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1; Mattei, *I rimedi*, in Alpa-Graziadei-Guarneri-Mattei-Monateri-Sacco (a cura di), *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 136; Id., *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 341.

[2] Scalisi, *op.cit.*, p. 1050.

[3] Presentati da De Simone, Novella, Razzolini e con saggi di Carratta, Falsone, Martelloni, L. Ratti, Razzolini, V. Roppo, Treu, Zoli, Ballestrero, G. B. Ratti.

[4] Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della* Gig economy, in *LD*, 2017, p. 367.

[5] Lo sottolinea, da ultimo, lo stesso Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, in *Federalismi.it*, 2022, 9, p. 190, in relazione sia al rinnovato attivismo dell'Unione Europea in materia sociale - stimolato dal cambio di passo economico-finanziario del *Next Generation EU* e in attuazione dei principi dell'*European Pillar of social rights* - sia all'estensione dei problemi generati dalle piattaforme e dalla digitalizzazione oltre i confini dell'Unione.

[6] V. D'Amico, *L'insostituibile*, *cit.*, p. 46.

[7] Non è il caso di attardarsi sul concetto di fattispecie. Riservandosi di tornare su questo o quel profilo in relazione allo sviluppo dell'analisi, può essere tuttavia utile, sin da ora, riprendere quella che appare la definizione più esaustiva, e nella sostanza condivisa, secondo la quale la fattispecie - "*specie facti*, il *Tatbestand* della dottrina tedesca, descrizione o immagine […] di un fatto futuro o di una classe di fatti futuri" (Irti, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, p. 38) - è "uno schema logico e normativo, con il quale si intende rappresentare […] il processo dinamico della realtà giuridica: le situazioni di fatto che […] il sistema normativo ipotizza per collegarvi effetti giuridici" (Scognamiglio, *voce Fattispecie*, in *EGT*, 1989, XIV, p. 5). Al contempo è da sottolinearne, adeguatamente, tanto la funzione di "organizzare concettualmente la descrizione dei vari fenomeni giuridici" (Monateri, *voce Fattispecie*, in *DDpriv.*, sez. civ., 1992, Utet, p. 224) quanto l'"identificazione dell'essenza del fatto giuridico nel momento valutativo della rilevanza, che ne esprime anche la idoneità a determinare la realizzazione degli effetti giuridici" (Scognamiglio, *op. cit.*, p. 3). E, a titolo esemplificativo, s'indicano, come elementi della fattispecie contrattuale, "la causa, il consenso, la forma" (Monateri, *op.*

immediate implicazioni metodologiche. Dall'ottica lavoristica ricordata essa invece attira l'attenzione anzitutto in relazione alla possibile crisi "qualificatoria" della fattispecie nell'ambito della centrale dicotomia autonomia/subordinazione. Tuttavia, la distanza rispetto all'ampia visuale civilistica, come vedremo, è più apparente che reale. Sicché, il passaggio dai fondamenti del diritto del lavoro – la fattispecie nella sua veste qualificatoria per fini regolativi dei rapporti di lavoro – ai fondamenti della scienza giuridica – la fattispecie come componente tipica della norma - è breve. Talvolta, invero, il "peso" storico-sistematico della dicotomia autonomia-subordinazione sembra far velo e sovrapporsi a quest'ultima, ma è una valutazione di superficie. La fattispecie si presenta comunque quale snodo imprescindibile del sistema normativo. Uno snodo che, certo, deve misurarsi con i profondi mutamenti del Novecento e i suoi nuovi ordinamenti costituzionali; da considerare anche nel confronto tra esperienze giuridiche sensibilmente differenti. Inutile dire che, su queste premesse, l'analisi potrebbe ampliarsi a dismisura: sarà necessario, quindi, contenerla nei limiti d'interesse e possibili per le nostre Giornate di studio.

Il raffronto con la riflessione dei civilisti consentirà di mettere bene a fuoco la già menzionata prospettiva *propriamente lavoristica* sui rimedi. La sua osservazione, dal punto di vista della fattispecie, ne consentirà l'analisi delle traduzioni, tanto possibili, ossia giurisprudenziali, quanto concrete, vale a dire legislative; su questo secondo versante, infatti, ad attirare l'attenzione sarà il percorso intrapreso da qualche anno dal legislatore italiano - negli sviluppi più recenti fortemente indirizzati dal lavoro tramite piattaforme digitali - che desta interesse anzitutto per l'utilizzazione della fattispecie nella veste "normativa" di cui si diceva, in cui assume particolare rilievo la strutturale combinazione con l'effetto, cioè la disciplina.

Dunque, possiamo cominciare la nostra riflessione.

2. *Prospettiva rimediale ed effettività della tutela, l'apporto dello Statuto dei lavoratori (e le nuove scelte in tema di reintegrazione contro il licenziamento).*

Se alla scienza giuridica, specie continentale, è ben nota la correlazione diritto soggettivo/rimedio, dove il secondo esprime gli strumenti volti a fornire l'essenziale tutela al primo nel caso di sua lesione o di obbligo inadempiuto, la "prospettiva rimediale" è più in generale improntata a una crescente attenzione verso i rimedi ai fini dell'*effettività* della tutela. In questa logica la prospettiva assume una diversa e più specifica connotazione. Proprio in ragione della tensione a estendere il campo di riferimento si predilige qui l'espressione "prospettiva rimediale", che racchiude in sé il senso tanto della novità e dell'ampiezza quanto dell'incertezza dei suoi confini.

Lo sviluppo di questa prospettiva è indotto dalla crescente complessità sociale e dal conseguente obiettivo di dare risposta ai molteplici variegati bisogni umani, e per lo più viene giuridicamente radicato nell'art. 24 Cost., letto non limitatamente al processo, in coordinamento con altri principi costituzionali - anzitutto i principi di cui agli artt. 2e 3 - e del diritto europeo nonché internazionale (47 Carta dei diritti dell'Unione Europea e artt. 13 Convenzione europea dei diritti dell'uomo)[8].

---

cit., p. 224). Sull'argomento v. anche Orlandi, *Gnoseologia della fattispecie*, in *Questione Giustizia*, 2020, 1, p. 95; Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1997, p. 96; Cataudella, *Fattispecie e fatto*, in *ED*, XVI, 1967, p. 926; Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, *1*, Utet, 1987, p. 437; Maiorca, *Fatto giuridico-fattispecie*, in *NDI*, VII, Utet, 1961, p. 111; Ancora, *Le fattispecie quali elementi della dinamica dell'ordinamento. Tipi, combinazioni, anomalie*, Giappichelli, 2005.

[8] Cfr., per tutti, Mazzamuto, *Le dottrine, cit.*, p. 164; Id., *La prospettiva, cit.*, p. 724; Vettori, *Contratto, cit.*, p. 792; Di Majo, *Rimedi, cit.*, p. p. 704; Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *RIDL*, 2016, I, p. 209; Id., *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del lavoro e dell'attività amministrativa*, Giuffrè, 2004, p. 75. In merito però alla menzionata lettura dell'art. 24 Cost., e in

Del tutto naturale che il Diritto del lavoro, sin da subito, abbia offerto un significativo contributo, bene espresso dallo Statuto dei lavoratori. Basti pensare agli artt. 18 e 28, nelle loro molteplici implicazioni (individuale/collettiva, sostanziale/processuale).

Sull'art. 28 tornerò più avanti. In merito all'art. 18 v'è da osservare che le riforme del decennio scorso, tra le altre novità, hanno spostato - come si sa - il cardine della tutela contro il licenziamento dalla tutela reintegratoria al rimedio risarcitorio/indennitario. Il cambiamento, dalle tante e tanto rilevanti implicazioni, viene abitualmente ascritto a una precisa impostazione metodologica, l'analisi economica del diritto, che ha indotto a ridefinire il punto di equilibrio tra interessi e tutele in gioco. Al di là delle "diverse anime"[9], l'analisi economica del diritto - si è scritto - rileva giacché sposta il *focus* dell'osservazione dai diritti ai *remedies*, vale a dire dalle posizioni soggettive agli strumenti di tutela che, delle posizioni soggettive, contribuiscono a conformare il contenuto, consentendone una migliore conoscenza e fornendo importanti elementi per le conseguenti scelte legislative[10]. Se la connotazione strutturale dell'impostazione in parola, pur nella sua valenza interdisciplinare, ne rende evidente la predilezione per l'efficienza economica, è evidente che centrale rimane l'ineludibile momento "politico" della scelta normativa, che, nella maggiore consapevolezza delle conseguenze, sposta il rimedio a favore di questo o quel soggetto. Le ricadute sull'effettività della tutela possono essere nient'affatto trascurabili se con essa si guarda non solo né tanto alla concreta attuazione dello specifico rimedio ma - angolazione familiare al giuslavorista - alle sue implicazioni complessive e sistematiche, quindi più rilevanti, sull'interesse oggetto della tutela. Come avvenuto, per il licenziamento, con la tutela reintegratoria: da un lato di problematica attuazione nell'incoercibilità dell'obbligo, dall'altro lato rimedio impareggiabile in quanto insostituibile concreta architrave dell'intera disciplina diretta a riequilibrare la posizione contrattuale del lavoratore.

3. *L'influenza del* common law *sulla prospettiva rimediale.*

Accantonando questo piano di riflessione, d'indiscutibile importanza non però per il prosieguo dell'analisi, preme osservare come l'accento sulla componente rimediale, all'interno della duplice posizione soggettiva (genericamente *entitlement*)-tutela, evochi l'esperienza anglosassone del *common law*, peraltro non a caso assai sensibile all'analisi economica del diritto[11]. La evoca non solo perché perfettamente congeniale all'ispirazione funzionalista e teleologica del *common law*, ma, più in generale, perché - come sappiamo - tradizione e modellistica vogliono che il *common law* muova dai "rimedi" anziché dai "diritti", secondo il brocardo *ubi remedium ibi ius*[12]. In realtà, come altrettanto ben sappiamo, acqua sotto i ponti è scorsa da quando il diritto anglosassone era governato da *forms of action* e *writs*, cioè da quegli schemi - di origine medioevale ricalcati sulle *actiones* romane - che, ben presto[13], tipizzarono le azioni/rimedi sì da anteporle alle pretese, incanalando i percorsi della giurisprudenza[14]. Così come il linguaggio dei diritti è da tempo ormai ampiamente conosciuto dal *common law*. E la stessa definizione del termine *remedy*, che non va

---

particolare al raccordo con l'art. 47 della Carta di Nizza, v. le osservazioni di Razzolini, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 2017, p. 460.

[9] Mattei, *Diritto e rimedio*, *cit.*, p. 26.

[10] Di Majo, *La tutela civile*, *cit.*, p. 18, richiamando gli studi di Pardolesi, Calabresi-Melamed e Mattei.

[11] Cfr., tra gli altri, Sokol, *Rethinking the efficiency of the common law*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2019; Smorto, *op.cit.*, p. 161; Garoupa-Ligüerre, *The evolution of the common law and efficiency*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2012; Mattei, *Diritto e rimedio*, *cit.*

[12] Cfr. Mattei-Ariano, *Il modello di* Common law, Giappichelli, 2018, p. 265; Smorto, *op.cit.*, p. 159; Di Majo, *La tutela civile*, *cit.*, p. 19; Id., *Forme e tecniche*, *cit.*, p. 15.

[13] Ciò avvenne sostanzialmente nel XII secolo.

[14] In Inghilterra le *forms of action* furono definitivamente abolite - come noto - nel 1873 con il *Judicature Act*.

molto oltre la definizione di *cure for wrongs*, non è priva di problemi[15]; in generale, si è eloquentemente scritto, "la *law of remedies* è materia ancora alla ricerca di definizioni e confini chiari", risalendo il primo tentativo di sistematizzazione dei rimedi solo a qualche decennio fa[16]. Segni, questi, di mutamenti anche profondi. Vero è che - altri sviluppi noti - non è solo il *common law* ad essere cambiato nel tempo; più avanti avrò modo di soffermarmi su trasformazioni e problematiche del *civil law*, non da ora lontano dal positivismo ottocentesco e dalla sua autoreferenzialità legalistica. Tuttavia, tali tendenze, se avvicinano queste due grandi aree dell'esperienza giuridica, non eliminano originarie profonde differenze. Basti ricordare, a proposito del *common law*, quanto, a distanza di oltre un secolo, si sente spesso ripetere, sia pur con una certa enfasi: "*the forms of action we have buried, but they still rule us from their graves*"[17]. Analogamente, *nel civil law*, oggi la legge, benché discussa, conserva un posto quanto meno di primo piano, e a mio avviso a ragion veduta, come cercherò di argomentare in seguito.

Queste brevi osservazioni in chiave comparata sono qui utili giacché aiutano a comprendere meglio un rilievo costante e pressoché unanime, ovvero l'influenza del *common law* sul dibattito italiano concernente i rimedi[18]: l'impressione è che, dinanzi alle richiamate tendenze di diverso segno, tale influenza abbia comunque finito per incidere sull'*ampia estensione* assunta dalla prospettiva rimediale di cui già si è fatto cenno e che ora occorre osservare più da *vicino*.

4. *Il dibattito civilistico e la* prima ampia *prospettiva rimediale*.

In verità, il dibattito civilistico sui rimedi soltanto negli ultimi anni ha assunto maggiore consistenza – opinione, come prima accennato, non solo mia – alla ricerca di una soddisfacente traduzione giuridica della chiara originaria istanza di effettività. Sicché, necessario (più che utile), risulta in questa sede provare a ripercorrerne, sia pur ovviamente in sintesi, gli sviluppi, che vedono protagonisti autorevoli studiosi.

Dunque, il già ricordato generale binomio forme/tecniche di tutela rimanda, in prima battuta, alla protezione della posizione soggettiva - tradizionalmente di diritto soggettivo - nel caso di sua lesione o comunque di mancata realizzazione. Più precisamente - ritorno su nozioni basilari al solo fine della chiarezza del discorso - con le "forme di tutela" si guarda alle modalità generali di risposta al bisogno di tutela (restitutoria, risarcitoria, satisfattoria, cautelare) e, con le tecniche di tutela, ai relativi strumenti di attuazione (azioni di mero accertamento e costitutive, inibitorie, risarcimento per equivalente o in forma specifica, espropriazione ed esecuzione forzata in forma specifica, e via dicendo)[19]. La transizione al post-moderno ha comportato "anche per la teoria dei rimedi giuridici la necessità di un ripensamento critico e di un sostanziale aggiornamento"[20]. In questa logica, la prospettiva rimediale amplia, nell'ottica dell'effettività, il raggio di riferimento, in relazione tanto all'istanza di tutela quanto ai mezzi tecnici della sua realizzazione, proiettandosi – come dicevo – verso una diversa e più specifica connotazione.

---

[15] Su entrambi i profili cfr. Mattei, *Diritto e rimedio, cit.*, e l'analisi particolarmente interessante di Smorto, *op.cit.*, p. 161; più in generale sui cambiamenti del *common law* anche Mattei-Ariano, *op. cit.*, *passim*; Gambaro-Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2018, pp. 82 e 128.

[16] Smorto, *op. cit.*, p. 162.

[17] Questa famosa espressione di Maitland (*The Forms Of Action at Common Law: A Course of Lectures*, Cambridge, 1909, 2) - osservano Mattei-Ariano (*op. cit.*, p. 291) - trova nell'ambito dei *torts* "un riscontro assai chiaro".

[18] Tra i tanti v. Scalisi, *op. cit.*; Mazzamuto, *La prospettiva, cit.*, p. 726; Id., *La nozione di rimedio, cit.*; Treu, *Rimedi, cit.*; Razzolini, *Effettività e diritto, cit.*; Smorto, *op. cit.*, *passim*; Mattei, *I rimedi, cit.*

[19] Per questa distinzione, v., tra gli altri, Mazzamuto, *Le dottrine, cit.*, p. 151; *La prospettiva, cit.*, p. 722; Id. (a cura di), *Processo e tecniche, cit.*; Di Majo, *La tutela civile, cit.*, p. 49.

[20] Scalisi, *op. cit.*, p. 1047.

Nel fornire una veloce panoramica (senza intenti esaustivi) dei contenuti assunti da quella che può ritenersi la prima versione di tale impostazione, è utile anzitutto rammentare come, per un verso, si sottolinei il carattere non sostitutivo dei rimedi rispetto ai diritti, giacché il rimedio "non decide dell'*an* della tutela, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)"[21]; per altro verso, si rimarchino l'origine del rimedio, estranea al "tradizionale circuito" fattispecie-effetti enunciati, e la sua collocazione a stretto ridosso del bisogno di tutela. In particolare, dalla seconda angolazione, si indicano quali "figure sintomatiche" dei rimedi: 1) la garanzia di conformità del bene convenuto nella vendita dei beni di consumo, volta alla tutela in natura dell'interesse del consumatore a fronte delle garanzie edilizie previste dal codice civile, finalizzate invece al mero riequilibrio economico tra i contraenti; 2) il cd. recesso di pentimento, non contemplato dal diritto generale dei contratti[22]. S'inquadrano, tra i rimedi, anche l'"adempimento in natura", che non trova rispondenza - si osserva - in una regola di fattispecie; nonché, la nullità di protezione, che interviene "ri-definendo"la fattispecie. Nella medesima ottica si valorizza il principio di buona fede, non nella sua valenza tradizionale e integrativa del programma negoziale bensì in quella di rimedio correttivo di una iniquità/ingiustizia dello stesso[23]. Ma la più rilevante innovazione alla tradizionale teoria dei rimedi giuridici - si è scritto nel commentare criticamente l'ampia estensione della prospettiva rimediale [24]- si registra su un altro piano, dove maggiormente evidente è l'influsso dell'esperienza del *common law*. Si allude all'ipotesi in cui il rimedio può anche precedere il diritto o addirittura prescindervi: la violazione o inattuazione riguarderebbe cioè non necessariamente diritti bensì anche interessi protetti solo nella forma della "rilevanza giuridica", ossia non assistiti da una tutela "propriamente realizzativa" bensì soltanto "'conservativa' (muniti cioè di quasi effetti o mere aspettative)", che, qualora inattuati, troverebbero soddisfazione nel rimedio, così assurto "a strumento primario non più secondario di realizzazione giuridica" dell'interesse protetto[25]. Esemplari al riguardo sarebbero la responsabilità dello Stato per mancata o ritardata attuazione della normativa europea o l'istituto della responsabilità civile, con la clausola generale del danno ingiusto[26].

Ulteriori sensibili estensioni del campo di osservazione sono offerte dalla dimensione sovranazionale. Al riguardo, in generale, si sottolinea come il linguaggio dei rimedi sia proprio dei Principi Unidroit, dei Principi di diritto contrattuale europeo - elaborati dalla Commissione Lando - o di altri testi trans-nazionali, come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili del 1980. Più specificamente, in riferimento al diritto eurounitario, nella prospettiva

---

[21] Di Majo, *Rimedi contrattuali*, *cit.*, p. 1033; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *EDP*, 2005, p. 345.

[22] Su cui non ha inciso, secondo Di Majo (*Rimedi e dintorni*, *cit.*, p. 705), la successiva "positivizzazione": per la quale v., in merito alla garanzia di conformità nella vendita dei beni al consumo, l'art. 2 della direttiva n. 94/44/CE e quindi gli artt. 128 e s. del Codice cons., che fanno seguito all'art. 35 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili del 1980; circa il cd. recesso di pentimento - introdotto nel nostro ordinamento con il recepimento della direttiva n. 85/577 CE - v. invece gli artt. 67-*duodecies*, 73 e s. sempre del Codice cons.

[23] Di Majo, *Rimedi e dintorni*, *cit.*, p. 713; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, *cit.*, p. 351.

[24] Scalisi, *op. cit.*, p. 1047.

[25] *Ibidem*.

[26] *Ivi*, p. 1048. Sul punto cfr. Di Majo, *Rimedi contrattuali*, *cit.*, p. 1041; Di Majo, *Rimedi e dintorni*, *cit.*, pp. 709 e 714; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, *cit.*, p. 343. La seconda ipotesi richiama la tesi secondo cui il rimedio, oltre che essere configurato nella "stessa norma specifica di protezione", può operare nel campo della "formulazione astratta di una norma generale" la cui concreta determinazione e il conseguente indirizzo dell'azione rimediale sono rimesse all'interprete, non esonerato "dal problema del metodo interpretativo e dei limiti che esso incontra nell'attività di comprensione del rapporto tra norma e realtà" (Messinetti, *op. cit.*, p. 611). E si sottolinea come il rimedio non vada inteso quale mera traduzione di una norma, giacché esprime, "in sé stesso, una sua intenzionalità normatività" (*ibidem*), che segue specifiche regole, improntate in particolare al bilanciamento dei contrapposti interessi. Al riguardo paradigmatica è, appunto, la responsabilità risarcitoria *ex* art. 2043 c. c. - con la clausola generale del danno ingiusto - principalmente per quanto riguarda il danno alla persona. Della rilevanza dei *torts* nell'esperienza del *common law* già si è detto.

rimediale si spiegano le varie tecniche adoperate per garantirne l'effettività: oltre alla già menzionata responsabilità dello Stato per inattuazione delle direttive, l'attenzione è rivolta alla tecnica della disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle dell'Unione e all'interpretazione conforme[27].

5. (Segue) *La prospettiva rimediale tra opinioni demolitorie e ricostruzione definitoria dei suoi tratti identitari.*

Bene, sul quadro delineato è stata espressa più di una riserva.

Vi è chi, pure accogliendo la prospettiva rimediale, ha mosso rilievi tanto specifici, come sul recesso di pentimento, ritenuto ricavabile dal mero esame della fattispecie[28], quanto più estesi, in riferimento al diritto di fonte europea, per il quale, si è osservato, il rimedio assume "un'accezione assai più ampia", configurandosi non più soltanto a ridosso del bisogno di tutela "in chiave reattiva" ma quale forma di potere o facoltà per la realizzazione diretta dell'interesse primario del titolare[29]. E vi è chi ha mosso riserve anche più radicali: per un verso, sulla base della necessaria prioritaria presenza dell'interesse sostanziale e sulla sua origine legale, manifestando perplessità di fondo sul brocardo *ubi remedium ibi ius* e ritenendo, di conseguenza,"il presunto primato del *remedium* sul *ius* [...] solo il riflesso della conformazione dell'interesse del creditore"[30]; per altro verso, sottolineando come la protagonista assoluta del "discorso rimediale" sia la responsabilità civile, dalla marcata specificità, sotto l'aspetto sia operativo sia funzionale, sì da non essere "generalizzabile"[31]. Di qui, la "precarietà semantica" della prospettiva rimediale insieme alla "disomogeneità concettuale dei fenomeni indagati": in sintesi, la conclusione secondo cui il presunto "primato dei rimedi" costituisce "solo un'impressione"[32] o, come altri hanno detto, una "pura suggestione"[33].

Diverse sono le posizioni di coloro che, sensibili al discorso rimediale, ne hanno constatato l'eccessiva dilatazione, proponendosi però di definirne meglio contenuti e confini. Su questo piano merita particolare attenzione il dialogo dottrinale sviluppatosi tra un'accorta ricostruzione tecnica della prospettiva rimediale e le conseguenti "risposte".

L'accorta ricostruzione tecnica muove dalla constatazione che la "teoria dei rimedi", anche per le sollecitazioni del diritto dell'Unione europea improntate all'effettività, si è estesa al punto da coinvolgere ogni settore del diritto privato e finanche lo stesso ordine delle fonti (riferendosi espressamente alle già ricordate tecniche di attuazione delle regole eurounitarie). Con il rischio di "un uso ipertrofico, acritico, […] a scapito dello stesso utile impiego della tutela rimediale, perché se tutto diviene pensabile in termini di rimedio [...] allora il rischio è che niente e nulla sia più rimedio"[34]. Con la conseguente necessità di una definizione dei "tratti identitari della figura"[35].

La premessa è che, in quanto "dispositivo tecnico di tutela realizzativa", il rimedio "si ascrive all'area dell'efficacia giuridica e dunque è, indubbiamente, un effetto giuridico ... più propriamente

---

[27] Di Majo, *Rimedi e dintorni*, *cit.*, p. 714.
[28] Mazzamuto, *Le dottrine*, *cit*., p. 168; Id., *La prospettiva*, *cit.*, p. 728, secondo il quale "il giudice è chiamato a verificare soltanto il presupposto del potere di scioglimento che si colloca nella struttura della fattispecie quale compensazione dello scarso *tempus cogendi*". Esclude il carattere di rimedio del recesso di pentimento, anche in ragione della sua "natura di regola sostanziale", Nivarra, *Rimedi*, *cit.*, p. 8.
[29] Mazzamuto, *Le dotttrine*, *cit,*, p. 170; Id. *La prospettiva*, *cit.*, p. 730.
[30] Nivarra, *Rimedi*, *cit.*, pp. 586 e 588: come ad esempio accade - si è detto - per l'azione correttiva accordata al compratore o per l'azione di nullità di protezione attribuita al consumatore.
[31] *Ivi*, pp. 588 e 591.
[32] *Ivi*, pp. 576, 580 e 592.
[33] Castronovo, *op. cit.*, p. 8.
[34] Scalisi, *op. cit.*, p. 1051. Da ultimo, sul punto, ritorna Benatti, *op. cit.*, p. 142.
[35] Scalisi, *op. cit.*, p. 1051.

un diritto" (come, ad esempio, il diritto all'adempimento coattivo in forma specifica *ex* art. 2930 c.c. ss., il diritto alla liberazione coattiva del debitore *ex* art. 1206 c.c., il diritto alla reintegrazione in forma specifica *ex* art. 2058 c.c.)[36]. Esso però, poiché strumentale alla realizzazione di un interesse già oggetto di protezione giuridica, ha natura di "effetto secondo" rispetto all'"effetto primo" portatore della protezione originaria e rimasto inattuato. In questa logica nuovamente non risultano classificabili come rimedi in senso proprio né il recesso di pentimento né la nullità di protezione, da collocare su altro piano, giacché volti, l'uno, a riorganizzare "in senso più efficiente e razionale" la composizione strutturale della fattispecie, l'altra a rimodellare il profilo funzionale della fattispecie[37]. E, in relazione alla più generale delicata questione del rapporto con la fattispecie, si fa notare che l'effetto-secondo, al pari dell'effetto primo, è anch'esso "un valore condizionato dell'agire umano, dove l'evento condizionante, se non è la fattispecie, è pur sempre qualcosa che alla fattispecie somiglia, ossia la inattuazione di un interesse giuridico"[38]. Analogamente - altra puntualizzazione importante - la collocazione "a stretto ridosso di un bisogno di tutela" non è prerogativa dell'effetto-secondo, ossia del rimedio, giacché - si osserva – pure l'effetto-primo "non fa che recepire anch'esso un bisogno di tutela, qual è appunto l'istanza di realizzazione che ogni interesse meritevole di tutela porta con sé nelle sue varie e diverse possibilità esplicative", tradotte dall'ordine giuridico in altrettante corrispondenti misure di protezione[39].

Da tutto ciò l'autore citato deduce tre profili caratterizzanti il rimedio[40]: 1) dal punto di vista teleologico, la relativa norma, a differenza della norma che dispone l'effetto primario, non è ordinativa di *nuovi* interessi; 2) dal punto di vista strutturale, il rimedio è il prodotto di un'azione umana costituente l'esito non di una libera scelta dei privati poi fatta propria dall'ordinamento, bensì di "una scelta autoritativa operata e imposta dalla norma [...] in funzione esclusiva della reale attitudine dell'azione stessa a conseguire il risultato sperato, ossia il soddisfacimento effettivo dell'interesse"[41]; 3) infine, dal punto di vista funzionale, il rimedio agisce ai fini della realizzazione di interessi già costituiti, in funzione, non innovativa, ma rafforzativa del relativo percorso di realizzazione.

Ricapitolando, secondo la tesi in parola, il rimedio non è soltanto un'"impressione", bensì costituisce una "autonoma categoria ordinante", in quanto: "effetto secondo, presupponente un interesse giuridico, già positivamente valutato dal diritto, ma rimasto inattuato"[42]. La conclusione che se ne trae è che la nota "saliente e costante" del rimedio sta nel suo "porsi in stretto e diretto rapporto dialogico con l'interesse giuridico" al quale è diretto a dare piena attuazione in chiave satisfattiva[43]. Ciò vuol dire che il "suo esatto contenuto sostanziale" è il più delle volte, "eccettuati i casi di rigorosa tipizzazione normativa, individuabile soltanto *a posteriori"*, nella sua variegata

---

[36] *Ibidem*.
[37] *Ibidem*.
[38] *Ivi*, p. 1054. Così come (*ivi*, p. 1053) si fa notare che l'ordine giuridico ricollega all'interesse protetto l'effetto-secondo e non l'effetto-primo perché quest'ultimo, in un ordinamento basato sul valore della libertà degli scambi (artt. 41 Cost., 1322 c.c., art. 3, par. 3, TUE), non può non esser rimesso all'autoregolazione dei diretti titolari degli interessi meritevoli perseguiti.
[39] *Ivi*, p. 1054.
[40] *Ivi*, p. 1051.
[41] In proposito s'indica specificamente l'esempio della riparazione e sostituzione del bene difforme nella vendita al consumo.
[42] E, prosegue l'autore (p. 1057), "avente la struttura di un'azione imposta dalla natura stessa dell'interesse tutelato e come tale normativamente prescritta, nonché svolgente la funzione mediatrice di propiziare l'effettivo soddisfacimento dell'interesse e come tale inducente una trasformazione giuridica inquadrabile nel sottotipo dell'efficacia dichiarativo-rafforzativa in senso satisfattivo".
[43] *Ibidem*.

tipologia, in relazione alla particolare natura dell'interesse e nella complessità delle concrete situazioni[44] .

Così - si rileva - "la prospettiva rimediale finisce con il trasferire il discorso giuridico sul piano ermeneutico dell'interpretazione"[45].

Su quest'ultimo importante approdo ci si soffermerà in seguito. Ora l'attenzione va rivolta, come prima accennato, alle "risposte" che la descritta ricostruzione teorica ha ricevuto.

6. (Segue) *Il positivo riscontro dottrinale, in una logica "mediana", all'individuazione dei più precisi tratti identitari della prospettiva rimediale; in particolare, le puntualizzazioni sul ruolo della fattispecie.*

Una prima risposta proviene da uno dei maggiori sostenitori della prospettiva rimediale, già più volte citato, che considera il contributo dottrinale appena ricordato "più che positivo per il guadagno da esso arrecato alla 'costruzione tecnica' del rimedio"[46]. Su di un punto, qui di particolare interesse, muove però alcune osservazioni critiche[47].

La premessa è che non si sia sufficientemente valutato il "contesto" in cui si pone il rimedio[48]. Il rimedio – si osserva – "non è tributario della fattispecie e quindi dei suoi effetti ma pretende di affermarsi al di là di essa, a fronte di un bisogno di tutela non espressamente da essa rappresentato ma pur rientrante nel suo ambito di normatività". Essendo suo necessario presupposto un *effetto-primo* (ad es. obbligo di adempiere) già valutato dall'ordinamento, il rimedio è destinato a coprire lo spazio "non-occupato" dalla tutela di questo stesso effetto. Di contro, la sua qualificazione come "effetto", ancorché "secondo", potrebbe risultare ambigua giacché "rende evanescente il distacco dalla fattispecie, comportando comunque "una rispondenza nella fattispecie, e cioè nell'intento negoziale che la caratterizza", come appunto la ricostruzione al riguardo criticata fa in relazione al recesso di pentimento.

Allora – prosegue l'autore – "per evitare la declamazione di rimedi 'per tutte le stagioni' […] non v'è altra via che ri-costruire il rimedio *al di là* della fattispecie (ma non *contro* di essa)". Precisando che di tipizzazione normativa del rimedio sarebbe improprio parlare giacché il suo fine è di porre "rimedio" alla mancata attuazione dell'interesse protetto "in altro modo" rispetto a quello

---

[44] *Ibidem*.

[45] *Ivi*, p. 1059. Ciò - mette in guardia l'autore - non deve né sorprendere, perché "tutta la positività del diritto, ossia tutta la sua concreta realizzabilità, è essenzialmente ermeneutica", né preoccupare in ragione dell'eccessiva discrezionalità dell'interprete, perché questo è un problema non del rimedio in sé, ma di qualsiasi procedimento ermeneutico". La tecnica dei rimedi, scrive in proposito Mazzamuto (*Le dottrine, cit.*, p. 165; Id. *Ricordo*, *cit.*, p. 117) riferendosi allo "sfondo filosofico" della ricostruzione di Scalisi, fa proprio "il discorso plurale della post-modernità - fondato, come noto, sul 'pensiero del molteplice'" - in dialogo diretto e fitto con il "mondo dei fatti", rivolta a una concreta e adeguata soddisfazione degli interessi, nel segno dell'effettività, senza la "mediazione di precostituiti modelli legalistici". Tuttavia, questa sua natura "fondamentalmente mobile" - aggiunge l'autore - è anche il "suo limite", perché il rimedio ha bisogno di chi "ne piloti la navigazione" nella complessità del reale: questi non può che essere l'"interprete", a cui sarà rimesso di determinare, ad esempio, l'eccessiva onerosità di una riparazione o di una sostituzione nella vendita al consumo, i presupposti della responsabilità civile, le condizioni di operatività di un adempimento coattivo in forma specifica. Sulla variegata tipologia dei rimedi cfr., in particolare, Mattei, *I rimedi*, *cit.*; Mazzamuto-Plaia, *op.cit.*, i quali, nell'ambito lavoristico, si soffermano sul rimedio relativo all'apposizione del termine in assenza del richiesto presupposto secondo la disciplina all'epoca vigente di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 368 (p. 110).

[46] Di Majo, *I rimedi giuridici*, *cit.*, p. 828.

[47] Lo scritto in questione (*I rimedi*, *cit.*) è quello dove Di Majo dedica più attenzione al rapporto tra "fattispecie" e "rimedi".

[48] *Ivi*, p. 825; le citazioni dell'autore che seguono, nel testo e nelle note, sono tutte contenute nelle pp. 2 e 3 di questo scritto.

previsto. A sostegno dell'opinione si indicano vari esempi, alcuni già in precedenza menzionati[49], altri non considerati[50].

In sintesi, l'autore ribadisce il merito della costruzione tecnica esaminata: l'aver collocato il rimedio sul piano della "modalità di attuazione" di un diritto, in quanto espressione di un bisogno di tutela che si manifesta "non già di per sé quale interesse", ma con riguardo a un interesse (già oggetto di valutazione normativa) rimasto inattuato, nella veste di situazione giuridica "bisognosa di effettività *sub specie tutelae*". Al contempo, della stessa costruzione tecnica rileva la sottovalutazione dell'"altra faccia" con la quale la tutela dell'interesse protetto si manifesta nel rimedio: che "non figura rappresentata nella fattispecie", là dove la qualificazione del rimedio come "effetto" tende a "renderlo tributario" della logica della fattispecie. Nell'ambito della fattispecie – si precisa – il rimedio resta, invece, quanto "alla sua normatività".

Quest'ultimo passaggio, ai fini del prosieguo della nostra analisi, merita particolare attenzione, da un duplice punto di vista.

L'autore citato, da un lato, giungendo anch'egli al ruolo centrale dell'interprete, richiama i timori di chi rinviene nella prospettiva rimediale il sovvertimento del rapporto tra "legge" e "giudice" o, addirittura, "la morte della legge e l'intronizzazione del giudice", con la surroga del caso concreto alla "mediazione della fattispecie"[51]; dall'altro lato, proprio sulla base della "normatività" della fattispecie, allontana quei timori, perché – chiarisce – la prospettiva rimediale intende non dar luogo alla predetta surroga, bensì fornire risposta al reale bisogno di tutela espresso dal caso e non rappresentato nella fattispecie ma comunque "nel quadro", appunto, della sua "normatività": ossia, se ben si intende, "nell'ambito delle potenzialità esplicative iscritte nel riconoscimento giuridico" dell'interesse tutelato che nella fattispecie trova, evidentemente, fondamento[52].

La rilevanza della questione è ben colta dall'ultimo contributo su cui c'è da soffermarsi[53]. Qui l'autore anzitutto sottolinea come in ballo vi sia non solo il rapporto tra legge e giudice, ma la stessa prevedibilità delle regole e, di conseguenza, in ultima analisi, la libertà delle persone. Quindi, nel dialogare anch'egli con la ricostruzione dei tratti identitari della prospettiva rimediale prima esaminata, non manca di riconoscerle il notevole contributo fornito alla "messa a fuoco della nozione di rimedio"[54], e, nelle relative conclusioni, coglie una vicinanza con proprie precedenti posizioni. Tuttavia, nelle ricadute applicative, accosta la ricostruzione alle concezioni più antiformalistiche che nel "rimedio intravedono una delle modalità di legittimazione del diritto di matrice giudiziale"[55]. Ciò lo induce a ribadire la sua "posizione mediana"[56], secondo la quale i rimedi: a) sono "espressione di un potere di reazione del singolo[...] a fronte della violazione di un

---

[49] Come l'adempimento "in natura" - che "non figura almeno normativamente prescritto" - o la sostituzione in natura di beni non conformi all'uso per il quale sono stati acquistati - di cui si ribadisce, da un lato, la differenza rispetto alla garanzia *ex* art. 1476, n. 3, c.c., e, dall'altro, l'ininfluenza della successiva relativa previsione normativa ai fini della qualificazione di rimedio *extra ordinem* (riferendosi alla già menzionata successiva previsione nell'art. 129 Codice. cons.).

[50] Come il risarcimento del danno non patrimoniale, che - precisa l'autore - trova la propria fonte non nell'art. 2043 c.c., bensì nello strumento rimediale della "valutazione equitativa del danno" *ex* art. 1226 c.c. ma qui applicato al di là della "mancata prova del preciso ammontare del danno"; o, sempre in materia di responsabilità civile, il danno tanatologico, attinente a una forma di tutela "che va al di là della stessa persona" e che non segue la normale sequenza danno/evento; ancora in tema di responsabilità contrattuale, la risarcibilità dei danni cc.dd. "consequenziali", che - si osserva - va oltre quanto previsto dall'art. 1223 c.c. per trovare fondamento "nello stesso concetto di obbligazione".

[51] L'autore richiamato è Barcellona, le citazioni sono tratte dal suo scritto *L'ottica rimediale*, *cit*., p. 42.

[52] V. sul significato con cui Di Majo utilizza il concetto di normatività, dello scritto *I rimedi*, *cit*., la nt. 13.

[53] Mazzamuto, *Le dottrine*, *cit*., p. 163; Id., *Ricordo*, *cit.*

[54] Mazzamuto, *Le dottrine*, *cit*., p. 166; Id., *Ricordo*, *cit.*, p. 115.

[55] Mazzamuto, *Le dottrine*, *cit*., p. 166; Id., *Ricordo*, *cit.*, p. 117.

[56] Mazzamuto, *Le dottrine*, *cit*., p. 166, e Id., *Ricordo*, cit., p. 118, dove anche tutte le successive citazioni.

ordine giuridico preesistente o della sua inattuazione per il sopraggiungere […] di un conflitto specifico", in relazione a "interessi già selezionati e riconosciuti dall'ordinamento ma non necessariamente formalizzati in diritti soggettivi"; b) costituiscono "dispositivi tecnici, rivenienti da normative generali o circoscritte", di carattere sostanziale e processuale, "collaudati immediatamente a ridosso del bisogno di tutela ma non certo creati dal giudice"; c) dal giudice vengono "somministrati sulla scorta di valutazioni o bilanciamenti che utilizzano [...] i criteri dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza soltanto ove lo consentano norme apposite o clausole generali"; d) la loro duttilità "non esime la dottrina dalla ricerca di una nuova tassonomia e dallo sforzo di una rielaborazione dommatica".

7. Common law, civil law *e centralità dell'interpretazione nei descritti sviluppi del dibattito.*

Orbene, proviamo a trarre dall'articolato e ricco dibattito illustrato le considerazioni utili per il prosieguo dell'analisi.

In verità, come si evince piuttosto chiaramente anche dalle ultime parole ricordate, il dibattito è ancora molto fluido, sì da ben comprendere l'auspicio, se non la richiesta, di ulteriori sforzi di sistemazione. Tuttavia, v'è da convenire pure con chi – si diceva – ha sottolineato i passi avanti compiuti negli ultimi anni. In particolare, taluni elementi caratterizzanti la riflessione paiono individuabili.

L'impressione, da cui risulta proficuo muovere, è che la prospettiva rimediale abbia percorso il suo primo tratto di strada senza preoccuparsi troppo dei confini entro cui procedere e dei criteri tecnico-giuridici identificativi dei suoi contenuti, inevitabilmente estesisi e poi divenuti disomogenei: in questo animata da un indubbio apprezzabile intento, l'effettività della tutela, che l'ha portata, probabilmente e naturalmente, a guardare (al contempo essendo dalla stessa stimolata) all'esperienza del *common law*. Nella sicura utilità di un siffatto confronto, sorge il dubbio, però, che sulla sua *ampia* impostazione iniziale, l'influenza di tale esperienza, pressoché da tutti riconosciuta, abbia giocato un ruolo non marginale.

Prendiamo le mosse da quella che è considerata una caratteristica classica del *common law*, la priorità del "rimedio" rispetto al "diritto", *ubi remedium ibi ius* recita il brocardo. In relazione ad essa, eloquentemente si è scritto – opportuno riprendere il passaggio - che in "linea con le indicazioni provenienti da siffatta esperienza, la più rilevante delle integrazioni apportate alla tradizionale teoria dei rimedi giuridici è rappresentata da quell'orientamento dottrinale, che può dirsi ormai consolidato, in base al quale il rimedio può anche precedere il diritto o addirittura prescindervi"[57]. Ora, messa in termini di priorità, la relazione tra rimedio e diritto lascia, francamente, perplessi, e l'accostamento pare poco utile. Si è detto, "che equivale alla domanda se venga prima l'uovo o la gallina"[58]. A me pare che, muovendo da una necessaria visuale storicistica, la priorità del rimedio risulta una naturale conseguenza della tradizionale impostazione del *common law*: come tale, per un verso, dice poco, per un altro troppo. Dice poco perché, nel modello anglosassone, "della consuetudine e della tradizione civili […] il giudice diviene custode e interprete diretto"[59], sì da essere sacerdote e guardiano di quel "patrimonio sapienziale" storicamente componente costitutiva della *rule of law*[60]. È al giudice che spetta il "giudizio di

[57] Scalisi, *op. cit.*, p. 1047.
[58] Mattei, *I rimedi*, *cit.*, p. 109.
[59] Cheli, *Legislatori e giudici nella difesa dei diritti*, in Cardone-Donati-Grisolia-Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio.* Lectio magistralis *di Paolo Caretti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 56.
[60] Cfr. Mattei-Ariano, *op. cit*., pp. 14 e 107; Vogliotti, *Legalità*, in *EDAnnali*, VI, 2013, p. 376; V. Marinelli, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, 2008, p. 246.

rilevanza degli interessi"[61] facendo evidentemente tesoro di una "valutazione sociale diffusa"[62]. Più che prioritario, sicché, il *remedium* appare predisposto ad accogliere e a dar corpo a istanze sostanziali di tutela radicate in un comune sentire, in quanto tali *già* socialmente manifestatesi benché non compiutamente definite. La priorità del rimedio dice invece troppo perché, sempre per queste stesse ragioni, al giudice di *common law* spetta "il compito tanto di attribuire e conformare le posizioni soggettive, quanto di valutare le circostanze e i comportamenti individuali successivi all'attribuzione"[63]: siffatta combinazione di compiti appare assai distante dalle caratteristiche del *civil law*, al di là dei pure importanti avvicinamenti tra i due sistemi. Si tratta di uno di quei nodi problematici i cui esiti non possono non essere "suscettibili di differente apprezzamento"[64].

Insomma, a me pare che - e non dico nulla di nuovo - "preliminare al problema delle tecniche e delle forme di tutela" siano "i criteri di determinazione della rilevanza degli interessi"[65]. Al riguardo, se nel *common law* la ricordata combinazione di compiti del giudice è una componente distintiva, nel *civil law* non si possono non fare i conti con la *legge* nella veste di cardine del sistema, non solo sul piano storico, come meglio si dirà tra breve. I percorsi della prospettiva rimediale nell'esperienza italiana non sembrano aver sempre tenuto nel giusto conto questa differenza. Non intendo ovviamente dire che nel *common law* non esista la questione della delimitazione dell'operato del giudice, anche nei rapporti col formante legislativo. Non sconosciuta neanche all'assetto più tradizionale[66], la questione, da quando, nel secolo scorso, "il *common law* è entrato nell'età degli *statutes*"[67] (i cambiamenti che prima ricordavo), è - come si sa – più avvertita, sia pur con differenze a seconda delle esperienze ordinamentali[68]. Tuttavia, con ogni evidenza, va comunque inserita in un contesto storicamente e sensibilmente assai diverso dal nostro. Un contesto nel quale - giova ribadirlo - il "giudice" è, da sempre, fonte del diritto in senso stretto, "crea" propriamente diritto. E con i giudici il Parlamento inglese ha operato, anche strutturalmente, in stretta continuità, tanto che la distinzione tra i due poteri solo di recente ha trovato compiutezza formale, con il *Constitutional Reform Act* del 2005[69]. Analogamente, gli *statutes*, secondo l'impostazione classica, si sono sempre inseriti nel "grande schema del *common law*", nell'ottica di emendarlo e correggerlo là dove necessario[70]. In breve, i profondi cambiamenti del XX sec. - a cominciare dal welfare state e dal diverso ruolo dello Stato - con la conseguente cd. "*statutification*" del *common law* in riferimento all'esperienza americana, o comunque con lo "spostamento dell'asse portante del sistema dalle fonti di diritto giurisprudenziale alla legislazione", non hanno intaccato il ruolo istituzionale del giudice[71].

---

[61] Di Majo, *La tutela civile, cit.*, p. 15.
[62] Gambaro-Sacco, *op.cit.*, p. 57.
[63] Smorto, *op. cit.*, p. 166.
[64] *Ivi*, p. 5.
[65] Barcellona, in Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche, cit.*, p. 1287.
[66] Mattei-Ariano, *op.cit*., pp. 27 e 234.
[67] *Ivi*, p. 236.
[68] *Ivi*, p. 233; Gambaro-Sacco, *op. cit*., pp. 98 e 135; Birks, *Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism*, in *Western Australian Law Rev*, 2000, 2, *passim*; Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 28.
[69] Mattei-Ariano, *op.cit.*, pp. 29 e 79; Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 27; Gambaro-Sacco, *op.cit.*, p. 96; Vogliotti, *op.cit.*, p. 377, nt. 55.
[70] Mattei-Ariano, *op.cit*., p. 235; Gambaro-Sacco, *op.cit.*, p. 154.
[71] Gambaro-Sacco, *op. cit.*, pp. 98 e 152, da cui sono tratte le citazioni. Gli autori notano come attualmente "i giudici delle corti inglesi sono solo raramente impegnati a risolvere casi della vita in base all'analisi dei fatti accaduti ed alla loro sussunzione nelle *rationes decidendi* adottate in precedenza. La maggior parte delle questioni che giungano al vaglio delle corti sono questioni relative all'interpretazione di testi legislativi, oppure al bilanciamento *tra* i principi espressi nei vari testi legislativi che risultano in contrasto tra loro rispetto ad una situazione concreta" (p. 98). In riferimento al sistema inglese, nota comunque V. Marinelli (*op. cit.*, p. 248) "il *corpus* delle leggi di emanazione parlamentare continua tuttora ad essere concepito come diritto speciale, di fronte al diritto comune di matrice giudiziaria, visto come un complesso organico di principi, regole e categorie, che sono presupposti e tendenzialmente

A questo punto risulta piuttosto comprensibile come, negli sviluppi del dibattito civilistico italiano sui rimedi, "fattispecie" e "giudice" - due profili tra loro correlati - siano assai significativi dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Mi riferisco alla fattispecie quale *schema tipico della norma* e al conseguente spazio per l'interpretazione. La fattispecie – come abbiamo visto - è il cuore del dialogo tra gli autori che hanno indirizzato gli ultimi sviluppi del dibattito civilistico[72]. Più in generale, lo spazio per il giudice/interprete è il *leit motiv* di tutti gli ultimi interventi; per meglio dire lo è la preoccupazione di un'eccessiva ampiezza di tale spazio. Anche al riguardo un veloce raffronto tra la fattispecie nel *common law* e nel *civil law* è utile.

Nel *common law* la fattispecie e il suo fondamentale momento valutativo della rilevanza del fatto - esistenti sin dai primordi al di là del piano legislativo[73] - sono elementi del precedente, quindi sono *interni* alla sequenza del precedente e al potere giudiziario: delimitano il potere del giudice di produrre diritto, ossia una nuova valutazione di rilevanza del fatto ai fini della produzione dell'effetto, secondo la catena del precedente e le relative tecniche[74]. Nel *civil law* la fattispecie invece, quale componente tipica della norma di legge, quindi espressione del momento legislativo/democratico, delimita dall'*esterno* il potere del giudice, precludendogli la valutazione di rilevanza del fatto, e con esso, la conseguente produzione dell'effetto giuridico. Netta è la differenza tra i due sistemi[75].

Bene, stringendo l'analisi dalla visuale della relazione fattispecie/giudice, direi che lo sviluppo del dibattito civilistico sui rimedi converge su alcune interessanti puntualizzazioni, tra loro strettamente collegate e così schematicamente sintetizzabili. Il rimedio: 1) sul piano sostanziale, non presenta un *quid novi*: attiene all'interesse oggetto di una precedente valutazione normativa, ponendo appunto "rimedio" alla sua inattuazione; attiene quindi al *quomodo* della tutela non all'*an*

---

conservati dalla *statute law*"; sul punto v. anche Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 28; Alpa, *Paolo Grossi, alla ricerca di un ordine giuridico*, in *Contratto e impresa*, 2016, p. 384. Per considerazioni nello stesso senso in riferimento all'esperienza statunitense v. Gambaro-Sacco, *op. cit.*, p. 147. E (come rilevano sempre Gambaro-Sacco: *ivi*, p. 81) analoghe osservazioni possono farsi in relazione al rapporto tra *common law* ed *equity*, la cui evoluzione storica ha conservato alla seconda uno spazio sostanziale, sia pure entro ambiti e regole definiti, soprattutto nel diritto patrimoniale privato (al riguardo cfr. anche Mattei-Ariano, *op. cit.*, p. 282).

[72] Il riferimento è chiaramente a Scalisi e Di Majo.

[73] Si è eloquentemente scritto che dalle formule dei *writs* "si trae immediatamente l'impressione che essi descrivano una fattispecie, ossia un insieme di elementi di fatto giuridicamente rilevanti che nel loro complesso producono un effetto giuridico. In questo senso quindi la struttura dei *writs* è analoga a quella di una norma astratta che nel processo si concretizza in una decisione" (Gambaro-Sacco, *op. cit.*, p. 51). Ed ancora, cogliendo le diverse componenti della fattispecie (v. la precedente nt. 7), si è aggiunto: la "tecnica del *writ* ha introdotto nella esperienza giuridica inglese la nozione fondamentale per cui la norma giuridica astratta indica con precisione formale il complesso delle circostanze che determinano un effetto e non si limita ad indicare un valore, un fine o un criterio di valutazione. Ed in ciò sta uno degli aspetti portanti della nozione di '*rule of law*'" (*ivi*, nt. 5). Sulla fattispecie nel *common law* v. anche, tra gli altri, D'Amico, *L'insostituibile*, *cit.*, p. 23, nt. 16; M. Luciani, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED Annali*, IX, 2016, p. 433; Orlandi, *op.cit.*, p. 4.

[74] La fattispecie si inserisce nella logica dello *stare decisis*: è fattispecie del precedente. Quindi, nei contenuti, è sagomata dallo stesso giudice all'interno della catena del precedente, e le sue intrinseche problematiche - generalità/astrattezza del contenuto *vs.* concretezza del caso cui si applica, natura dichiarativa *vs.* creativa dell'operato di chi la utilizza, continuità e cambiamento -, quella logica seguono definendo i contorni dello spazio decisionale del giudice. Sulla possibilità di modellare con maggiore o minore astrazione la *ratio decidendi* del precedente nella sua dinamica sussuntiva e sulle più moderne tecniche per sottrarsi all'obbligo di osservarlo, come l'*anticipatory overruling* o il *prospective overruling* - innovative rispetto al classico binomio *distinguishing-overruling* - in uso soprattutto presso la giurisprudenza statunitense, v. Mattei-Ariano, *op.cit.*, p. 193; Gambaro-Sacco, *op. cit.*, pp. 89 e 150. Per la teoria dichiarativa di consuetudini esistenti *ab immemorabili* e sulla natura non creativa del diritto giurisprudenziale, in funzione della certezza e prevedibilità del diritto, significativa è l'esperienza inglese dopo le riforme giudiziarie del XIX sec. (1873-75) e l'abolizione delle *forms of action*, o ancora prima gli insegnamenti di Coke e Blackstone, nonché l'esperienza statunitense a cavallo dei secoli XIX e XX e la disputa tra i formalisti langdelliani e il movimento dei realisti: anche al riguardo cfr. Gambaro-Sacco, *op. cit.*, pp. 79, 87 e 148; Mattei-Ariano, *op. cit.*, pp. 54, 77 e 250; V. Marinelli, *op. cit.*, p. 247.

[75] Su questa schematizzazione, qui utile per proseguire l'analisi, occorrerà ritornare.

della situazione soggettiva da tutelare, che *non è* "*creata*" *dal giudice*; 2) opera a ridosso del caso concreto, ma entro *confini predefiniti*; 3) *non prescinde dalla fattispecie*, la cui "normatività" - evidentemente promanante dal giudizio di rilevanza dell'interesse, fulcro della stessa fattispecie[76] - è alla legge rimessa; 4) se "naviga" nella complessità del reale guidato dal giudice/interprete, allora, per capirne rotte e confini, alla teoria dell'interpretazione induce a guardare.

Tutto ciò mi pare che sposti il piano dell'analisi: dai "rimedi" alla "interpretazione". E questo segna una linea di demarcazione rispetto al *common law*. Nondimeno, con la fattispecie occorre fare i conti perché - superfluo anche dirlo - il rapporto tra fattispecie e interpretazione richiede ancora massima attenzione.

Ce ne occuperemo più avanti: ora è necessario tornare al diritto del lavoro, precisamente alla *sua* prospettiva rimediale, che, in merito a quanto appena detto, fornisce una propria visuale.

II. Prospettiva rimediale lavoristica e fattispecie: la soluzione giurisprudenziale.

8. *La prospettiva rimediale nella riflessione giuslavoristica.*

Dicevo in apertura della relazione che, anche nel dibattito lavoristico, trova conferma la polivalenza semantica e concettuale della prospettiva rimediale.

Nei menzionati numeri 3 e 4 della rivista *Lavoro e diritto*, dedicati all'argomento, emerge con evidenza anzitutto l'accento sulla componente teleologica, il rafforzamento dell'effettività della tutela, presente pressoché in tutti i saggi, con la dovuta sensibilità al piano costituzionale e ordinamentale multilivello. In proposito, molto utile e interessante è la sottolineatura, nella "presentazione" dei due numeri della rivista, della possibile contrapposizione che dall'attenzione prioritaria ai rimedi può scaturire: da un lato, il rischio "di indebolire la categoria del diritto soggettivo, finendo per contrapporre il pragmatismo alla dogmatica, con conseguente scivolamento nelle secche dell''ideologia rimedialista'"; dall'altro lato, reputare "inevitabile, in nome dell'effettività del diritto e dei diritti, […] la prospettiva del diritto rimediale, di fronte ad un legislatore che, inseguendo affannosamente la realtà, interviene sovente in modo non strutturale e sistematico sulla fattispecie"[77]. Avremo modo di soffermarci su entrambi i profili.

Sullo sfondo della basilare istanza dell'effettività della tutela, che ovviamente ha trovato assai sensibili i giuslavoristi, le analisi dei vari contributi sono dedicate ai rimedi più tradizionali, quindi alle forme e alle tecniche di tutela - reintegratoria, restitutoria, risarcitoria, indennitaria (nella valenza anche sanzionatoria/punitiva), ecc. -, con lo sguardo rivolto in particolare alla protezione del lavoratore. Impostazione, questa, prevalente nella materia, che non poteva certo mutare all'indomani del più rilevante e radicale pacchetto di riforme legislative degli ultimi cinquant'anni, a cui – comunque la si pensi – si deve la più marcata ridefinizione del punto di equilibrio tra le posizioni delle parti del contratto di lavoro.

Accanto all'accezione tradizionale di "rimedio" appena ricordata, nei citati numeri di *Lavoro e diritto* in questione non manca – direi, puntualmente - l'attenzione al profilo ritenuto più innovativo della prospettiva rimediale, la "priorità" del rimedio rispetto al diritto. Mi riferisco all'analisi concernente l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori[78].

---

[76] V. la precedente nt. 7.

[77] De Simone-Novella-Razzolini, *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione. Presentazione*, in *LD*, 2017, p. 355. Sul tema v. anche Tullini, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *DLRI*, 2016, sp. p. 300.

[78] Cfr. Falsone, *Tecnica rimediale e art. 28 dello statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, p. 565.

L'art. 28 e la relativa interpretazione dottrinale sono considerate, ancora una volta in modo emblematico, "un ottimo punto di vista per osservare, nel nostro ordinamento, il grado di osmosi fra i due modelli culturali" del *civil law* e del *common law*: l'art. 28 risulta, da tale angolazione, "esemplare" per i suoi tratti "tipicamente rimediali". Si osserva come la norma - qualificata "aperta" - abbia permesso di prendere in considerazione comportamenti datoriali non tipizzati sul piano né legislativo né contrattuale, "obliterando la tecnica della legislazione per fattispecie analitiche e avvicinandosi sensibilmente alla (ma senza coincidere con) la tecnica rimediale del *common law*". La precisazione sull'accostamento tra l'impostazione anglosassone e la norma italiana merita di essere sottolineata: vicinanza non coincidenza scrive opportunamente l'autore. L'art. 28 infatti – egli prosegue - se colpisce un comportamento anche soltanto "*antisociale*" e "non solo quello già bollato come *antigiuridico* da altre norme", al contempo fornisce protezione a situazioni soggettive comunque non prive di tutela giuridica, grazie all'applicazione di principi costituzionali "notoriamente dotati di applicazione immediata"[79]. La puntualizzazione tecnica rimarca il rilievo (anti)sociale del comportamento, evidenziando un significativo punto di contatto col *common law* (qui – sia detto per inciso – l'art. 28, nella sua dimensione statuale, si giova del "raccordo funzionale" con la normatività dell'ordinamento intersindacale, proprio dello Statuto[80]) e allo stesso tempo indicando un preciso percorso tecnico attraverso cui tale rilievo assume consistenza giuridica. Da questo secondo punto di vista si ripresenta il binomio tutela costituzionale/norma a formulazione generale o aperta, come prima rilevato importante nel dibattito civilistico[81]. Riservandomi di tornare sull'applicazione dei principi costituzionali, va ora osservato come, alla luce dei più precisi sviluppi di quel dibattito, tale binomio sembra sfuggire alla cifra tecnica del rimedio, inteso quale effetto secondo supplettivo di un effetto primario (inattuato) a tutela dell'interesse protetto, giacché, di questo interesse, il (presunto) rimedio è effetto protettivo diretto oltre che mezzo di compiuta definizione giuridica.

9. *L'*accezione lavoristica *di rimedio: l'*an *(non il* quomodo*) della tutela e il "rimedialismo".*

Come anticipato in apertura della relazione, nei numeri 3-4 di *Lavoro e diritto* del 2017 è però un'altra utilizzazione della nozione di "rimedio" a meritare più ampia e specifica attenzione.

L'occasione è un'analisi in chiave comparata, soprattutto con l'esperienza statunitense del *common law*, in merito ai problemi di qualificazione e di disciplina delle forme di lavoro prodotte dalle tecnologie digitali - in particolare dei lavori attuati *on demand*, emblematici della cd. *gig economy* - in relazione alla rigida dicotomia subordinazione/autonomia[82]. Molti gli spunti e le suggestioni interessanti, alcuni peraltro inerenti a profili già incontrati. Tra i quali: a) sul piano più generale dell'analisi: la sottolineatura della specificità, non consueta per la nostra cultura giuridica, del tema dei rimedi; la ricca letteratura americana in materia; la polisemia del termine anche in quella esperienza; b) nei contenuti indagati, comuni alle due esperienze comparate: la difficoltà dei criteri tradizionali di qualificazione dei rapporti, con il riferimento a elementi non solo strutturali

[79] *Ivi*, pp. 572 e 573 (corsivi dell'autore).
[80] Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 119.
[81] Come si ricorderà, nel dibattito civilistico il binomio tutela costituzionale/norma a formulazione generale o aperta è centrale in relazione alla clausola generale dell'ingiustizia del danno tipica della responsabilità aquiliana, valorizzata a tutela della "persona" in sue varie espressioni e ritenuta ipotesi simbolo del brocardo *ubi remedium ibi ius* anche nel nostro ordinamento.
[82] Treu, *Rimedi, cit.* Al riguardo, sulla variegata morfologia del lavoro, cfr., per tutti, Borelli-Brino-Faleri-Lazzeroni-Tebano-Zappalà, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022, sp. p. 163; Tufo, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 57 e 373; Donini, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bononia University Press, 2019, p. 55; Voza, *Il lavoro e le piattaforme digitali:* the same old story?, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-336/2017.

ma anche socio-economici; la discussione sulle tutele da estendere oltre il lavoro subordinato e la individuazione dei relativi criteri, in ipotesi anche di una "categoria intermedia"; la ibridazione delle forme di lavoro. Ma il profilo qui di maggior interesse è l'utilizzazione della nozione di "rimedi". L'"approccio rimediale" – scrive l'autore – comporta l'applicazione di "solo alcune delle normative proprie del lavoro subordinato"[83]. Il rimedio, in questa logica, assume il significato di *singolo segmento della disciplina protettiva del lavoro* (come le specifiche tutele in materia di salario, orario di lavoro, straordinario, rimborsi spese, sicurezza, profili sindacali e via dicendo). L'approccio rimediale s'identifica, di conseguenza, con un'*applicazione selettiva delle tutele del lavoro*[84].

In relazione al *common law*, ciò - si rileva [85] - ha interessato tanto la giurisprudenza, in posizione naturalmente centrale ma i cui abituali criteri di distinzione delle forme di lavoro, nonostante i "margini interpretativi più ampi", sono stati messi a dura prova dalle piattaforme digitali; quanto il legislatore, che ha svolto un ruolo nient'affatto marginale, in alcuni casi anche con l'introduzione di categorie intermedie tra autonomia e subordinazione. In relazione all'esperienza italiana, l'autore ritiene invece che la fortemente radicata concezione unitaria della fattispecie, con la conseguente applicazione dell'intero statuto della subordinazione, da un lato abbia ostacolato possibili percorsi giurisprudenziali di applicazione selettiva e di articolazione delle tutele tarate sui "bisogni" dei prestatori di lavoro – in proposito si rammenta l'insuccesso del cd. metodo tipologico -; dall'altro lato abbia fatto sì che sia stato il legislatore, pur muovendosi sempre sul piano della fattispecie, a introdurre più di una ipotesi di modulazione e di ibridazione delle tutele, con la conseguenza di infrangere l'unitarietà normativa della subordinazione[86].

Ora, ciò che qui anzitutto preme sottolineare è il deciso spostamento della prospettiva rimediale sul *piano sostanziale*, cioè dalla *protezione di un interesse/diritto rimasto inattuato* (che può assumersi, ai nostri fini, come nozione "civilistica" di rimedio in quanto segna il confine del relativo ricordato dibattito) all'*individuazione degli interessi/diritti da tutelare* (nozione "lavoristica" di rimedio"): dal *quomodo* all'*an* della tutela. Dall'*effettività* della tutela al suo *riconoscimento*. Il rimedio, se identifica un segmento di tutela - questa o quella che sia (salario, orario di lavoro, straordinario, rimborsi spese, sicurezza sul lavoro, profili sindacali) -, si colloca sul prioritario piano della *definizione delle situazioni cui attribuire rilievo giuridico*, cioè protezione.

Ebbene, questo è il nodo del problema della qualificazione dei rapporti di lavoro e delle conseguenti situazioni soggettive da tutelare: quali diritti in relazione a quale lavoro? Senza la preventiva risposta alla domanda non c'è alcun interesse e, quindi, non può esserci alcun "rimedio": non può esserci né un *effetto primo* né un *effetto secondo* attraverso cui si attua la protezione perché il problema è l'esistenza dell'oggetto da proteggere. Per riprendere la metafora richiamata in precedenza, non c'è né l'una né l'altra faccia dell'interesse protetto, perché a non esserci è l'interesse. Se è il giudice a rispondere alla domanda, egli non individua il "rimedio" bensì *questo interesse*.

---

[83] Treu, *Rimedi, cit*., p. 383.

[84] Osserva Barbera (*Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *GDLRI*, 2018 p. 414), in riferimento alla riflessione di Treu e alla prospettiva metodologica dei rimedi: "si tratta di un approccio di matrice anglosassone che riguarda, da una parte, il problema dell'effettività dei diritti, perché, senza rimedi effettivi, i diritti si rivelano illusori, dall'altra, una particolare modalità di determinazione dei diritti e dei doveri delle parti in rapporti di natura controversa […]. Quando questo approccio è applicato alle diverse forme di lavoro della *sharing economy* che sfuggono alle categorie tradizionali, esso si traduce nella richiesta di un'applicazione selettiva delle normative protettive tipiche del lavoro subordinato". Anche Perulli (*Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, p. 72, nt. 252) ritiene che la prospettiva rimediale avanzata da Treu si estenda alla "*positio*" dei diritti.

[85] Treu, *Rimedi, cit*., p. 393 e s.

[86] *Ivi*, p. 389 e ss.

Il mutamento appare evidente, sì da indurre, se non a cambiare terminologia - ormai diffusa anche tra i giuslavoristi - a configurare un'*accezione lavoristica* di rimedio: *specifico segmento di tutela*, in una logica selettiva delle regole di protezione del lavoratore.

Naturalmente l'autore in parola ha piena contezza di tutto ciò. Puntualmente osserva che la selezione degli interessi da tutelare "resta compito delle fonti previste dall'ordinamento"; tuttavia - aggiunge - "l'applicazione del principio di effettività nella prospettiva rimediale fornisce 'un diverso apprezzamento della rigida separazione che si assume esistente fra il momento del riconoscimento dei diritti e quello più a valle della loro tutela'"[87]. Come si è detto, però, qui non è questione di rigidità della separazione tra diritto e tutela: se non c'è il primo, non può discutersi di alcuna distanza rispetto alla seconda. In altre parole, si superano le Colonne d'Ercole, rinvenendo nella prospettiva rimediale quello che la prospettiva rimediale - come mi pare abbia ben messo in luce il dibattito civilistico più recente - *non può contenere*: il potere del giudice di *definire* l'interesse da tutelare; per meglio dire, *l'attribuzione, al giudice, del giudizio di rilevanza degli interessi*.

Si torna a quel centrale nodo problematico, ancora oggi tra i profili – lo si è già sottolineato – necessariamente oggetto di un "diverso apprezzamento" nel *common law* e nel *civil law*.

L'autore in parola, tuttavia, mutando il piano dell'analisi, estende il discorso alla fattispecie come elemento tipico della norma, amplia cioè il riferimento al dibattito civilistico, richiamando la riflessione sulla "eclissi" della fattispecie quale, appunto, tratto distintivo della norma (al di là ovviamente della crisi qualificatoria della fattispecie lavoristica della subordinazione)[88]. Poi, tornando alla qualificazione dei rapporti di lavoro e alla selezione delle tutele, precisa che la prospettiva rimediale, rispondente – egli osserva - all'esigenza di modulazione delle tutele posta dall'attuale realtà multiforme e disaggregante delle forme di lavoro e dalle sue spinte disgreganti, "non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie, ma la mette tra parentesi o sullo sfondo"[89]. Infine, preferendo alla via legislativa quella giurisprudenziale – più difficile perché "senza la protezione delle maglie rassicuranti della fattispecie" ma con i "pregi della sperimentazione"[90]– individua, "in mancanza" di regole di legge, la "guida" del giudice, quindi l'argine al suo arbitrio, nei principi costituzionali, sanciti anche dalle fonti internazionali, in particolare in materia di retribuzione, tutela della salute, discriminazione, privacy, libertà e organizzazione sindacale. La tesi, ancorché soltanto delineata nei tratti principali, tocca una serie di fondamentali punti di rilievo teorico-sistematico, con immediate implicazioni su scelte normative e relative conseguenze, per ovvie ragioni qui da considerare.

Nell'accingerci a farlo, v'è da sottolineare che la tesi ha trovato ampia eco in quella dottrina che, più in generale, nel "rimedialismo" rinviene una delle nuove tendenze caratterizzanti le tecniche di disciplina e di tutela del diritto del lavoro nell'attuale era tecnologica[91]. Anche in questo caso la prospettiva rimediale è ritenuta una risposta del diritto post-moderno alla complessità della realtà, all'insegna della effettività delle tutele e della relativa estensione "per la via giudiziale, prima ancora che per la via legislativa"[92]. E nel rimedialismo - con le "sue valvole di bilanciamento in concreto" - si rinviene "sia un'autonoma tecnica regolativa, con riguardo a domande di giustizia

---

[87] *Ivi*, p. 395, richiamando Di Majo, *Rimedi*, *cit.*, p. 712.
[88] *Ibidem*.
[89] *Ivi*, p. 397.
[90] *Ivi*, pp. 395 e 397.
[91] Caruso-Zappalà, *Un diritto del lavoro 'tridimensionale': valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in Del Punta (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 50; Caruso, *Il lavoro digitale e tramite piattaforme: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, p. 1005.
[92] Caruso-Zappalà, *op.cit*., p. 61.

ancora non del tutto definite e tuttavia in cerca di un proprio specifico riconoscimento; sia una tecnica che consente al giudice di concretizzare il progetto di giustizia previsto dalla legge"[93]. Se - si sottolinea - i lavoratori della *gig economy* ne costituiscono un "esempio lampante dell'ascesa […] oltre la fattispecie", anche altri sono gli ambiti interessati, "come gli appalti nel settore della logistica, in relazione alle cosiddette clausole sociali, e il lavoro agile, con le problematiche derivanti dai patti individuali"[94]. Non mi pare siano necessarie particolari chiose per confermare che, pure quest'ultima dottrina, colloca la prospettiva rimediale anche, se non anzitutto, sul piano sostanziale, ossia di individuazione delle posizioni soggettive da tutelare, rinvenendo, al riguardo, un ruolo prioritario nel giudice-interprete.

Sulla base di quanto detto non meraviglia, infine, se l'accezione lavoristica di "rimedio", quale specifico segmento della disciplina di tutela del lavoro, abbia trovato riscontro anche nella giurisprudenza e se, pure in questo caso, il terreno d'elezione sia stato il lavoro tramite piattaforme digitali. Il famoso contenzioso *riders*/Foodora ne offre un emblematico esempio, con le relative sentenze della Corte di Appello di Torino del 4 febbraio 2019, n. 26[95], e, soprattutto, con la successiva pronuncia della Cassazione del 24 gennaio 2020, n. 1663[96]. Al riguardo v'è però da aggiungere che lo scenario registra una differenza di non poco conto, la presenza dell'intervento legislativo. In seguito ne parleremo.

10. *La prospettiva rimediale* lavoristica *e la soluzione giurisprudenziale: oltre l'interpretazione, con i conseguenti problemi.*

Dunque, se nella nostra materia l'indagine relativa ai rimedi sino ad oggi si è concentrata sulle più classiche forme e tecniche di tutela, senza trascurare ipotesi più innovative benché peculiari (come l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori), a meritare ora specifica attenzione è di certo la *prospettiva rimediale in accezione lavoristica*, con, in primo piano, *l'applicazione selettiva delle tutele* e, "sullo sfondo", la "logica della fattispecie".

Per il prosieguo della riflessione è opportuno distinguere due soluzioni per la traduzione di questa prospettiva: *giurisprudenziale* e *legislativa*, a seconda se sia il giudice o la legge a selezionare le tutele. Prendendo atto della preferenza dei suoi sostenitori per il percorso giurisprudenziale e soprattutto della sua portata fortemente innovativa - benché altamente problematica e sino a oggi, evidentemente non a caso, dal legislatore non seguita - il percorso giurisprudenziale si può considerare "forte", la soluzione legislativa (per gli opposti motivi) "debole"[97]. Entrambe, nel nostro ordinamento, incontrano ostacoli, sebbene di genere ed entità diversi.

Cominciamo a esaminare la soluzione giurisprudenziale, se non altro perché "forte". La riflessione si svolgerà essenzialmente in dialogo con la tesi che l'ha profilata, senza andare oltre i termini dalla stessa delineati, giacché non avrebbe senso incamminarsi lungo itinerari al momento astratti e non certo semplici anche solo da ipotizzare[98].

---

[93] *Ivi*, p. 62.
[94] *Ibidem*.
[95] Vi legge una "tutela rimediale di fatto" Caruso, *Il lavoro digitale*, *cit*., p. 7.
[96] La Cassazione, invero, fa riferimento al "rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato"; più generica è l'utilizzazione dell'espressione "approccio rimediale": v. rispettivamente i punti 26 e 11, lett. d), delle "ragioni della decisione". Sulla sentenza si tornerà ampiamente.
[97] La prospettiva rimediale lavoristica – osservavo - individua nel giudice il suo protagonista. Verrebbe da pensare, come quella più generale civilistica. Ma l'attribuzione in capo al giudice, in primo luogo, del giudizio di rilevanza giuridica degli interessi, in secondo luogo della individuazione della relativa tutela - in sintesi, il carattere "sostanziale" del rimedio discretivo della prima - indirizza verso altra direzione.
[98] Si è già ricordato che, nella nostra materia, la soluzione giurisprudenziale ha una sorta di precedente, il cd. "metodo tipologico" nella versione riferita non soltanto alla qualificazione del rapporto ma anche, appunto, alla selezione delle

Come prima sottolineato, la prospettiva rimediale lavoristica, nel rilevare il diverso apprezzamento della separazione tra "diritto" e "tutela" nella nozione generale di rimedio, allarga la riflessione al dibattito dei civilisti sulla "eclissi della fattispecie". Da esso, infatti, ritiene che si possano trarre spunti utili - anche in questo caso, si precisa, riecheggianti accenti del *common law* – ai fini di una maggiore "adeguatezza" della tutela rispetto a quella "fondata sull'approccio strutturale alla configurazione delle situazioni soggettive". Sicché, nei limiti qui possibili occorre volgere l'attenzione a quel dibattito, concernente, esattamente, la "crisi" della fattispecie[99]. Prima, però, è opportuno ritornare ancora un momento sul ruolo della fattispecie nella prospettiva rimediale per mettere nuovamente a confronto la visuale civilistica e quella lavoristica.

In merito alla prima, si è visto come, nei più recenti contributi, ai quali si deve una migliore costruzione tecnica del "rimedio", la fattispecie conserva una sua posizione. Forse non ben definita, ma alla "normatività" della fattispecie il rimedio va ricondotto: è alla fattispecie che va ascritto il "riconoscimento giuridico" dell'interesse inattuato alla cui tutela il rimedio provvede[100]. Al di là delle più o meno generiche espressioni adoperate al riguardo, questo è un punto che appare piuttosto evidente. L'interprete e il giudice dalla fattispecie non prescindono.

Nella prospettiva lavoristica la "logica su cui si fonda la fattispecie" è collocata "sullo sfondo". Espressione anche questa volutamente "atecnica", alla quale però si accompagnano ben determinate conseguenze giuridiche, giacché - si osserva - la prospettiva rimediale "supera la pretesa totalizzante e unitaria tipica della fattispecie giuridica, in particolare della categoria della subordinazione"[101]. E la fattispecie - si prosegue accogliendo un suggerimento di un altro autore - "non determina l'intera disciplina del lavoro, ma mantiene la funzione di 'criterio soglia' per l'accesso a specifici rimedi e tutele"[102]. Se tale è il quadro, a mantenere questa funzione è, evidentemente, il singolo fatto, espressione di un "bisogno", a cui si connette la specifica tutela, che, in coerenza con l'approccio rimediale/selettivo, si vuole *singola* in quanto, appunto, le tutele non risultano più *tutte* scaturenti dalla fattispecie *unitaria* della subordinazione. Emerge qui, in verità, la sovrapposizione tra la fattispecie della "subordinazione", quale referente unitario e attrattivo di tutele, e la fattispecie quale imprescindibile snodo normativo per la produzione di effetti giuridici. Se la prima è dichiaratamente superata, della seconda, quale schema tipico della norma, si fa fatica a trovar traccia. Per dirla tutta, la prima sembra trascinarsi con sé anche la seconda. E, ad occupare la scena, subentra il giudice: nell'ipotesi giurisprudenziale è il giudice che, evidentemente, individua il fatto/soglia, anzi i fatti/soglia, per l'effetto dell'applicazione delle

---

tutele (cfr. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, FrancoAngeli, 1974): versione, però, rimasta priva di concreto riscontro perché incompatibile con il nostro impianto di regolazione dei rapporti di lavoro, su base legislativa dicotomica con fattispecie referenti unitarie delle discipline.

[99] Alla "crisi della fattispecie" è dedicato l'articolo di Irti, intitolato appunto *La crisi della fattispecie*, *cit.*, che ha animato il dibattito richiamato da Treu. Sull'argomento, tra gli altri, v. il n. 1, VIII/2019, della rivista *Ars intepretandi*, dedicato anch'esso alla *Crisi della fattispecie*, con contributi di Zaccaria, Belvisi, Gazzolo, D'Amico, Corso, Castronuovo, P. Gaeta, Rovelli, Irti, Valitutti, Crispino, Pietropaoli; Roselli, *Crisi della fattispecie e criterio della ragionevolezza nella giurisprudenza del lavoro*, in *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità, Liber Amicorum*, I, Giappichelli, 2018, p. 210; Lipari, *Considerazioni introduttive*, in Navarretta (a cura di), *Effettività e* Drittwirkung*: idee a confronto*, Giappichelli, 2017, p. X; Vettori, *L'evoluzione*, *cit.*; Id., *Contratto*, *cit.*; Benedetti, *op. cit.*, p. 1103; Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *RDC*, 2015, p. 245; Grisi, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, p. 148.

[100] V. la precedente nota 52 e relativo testo nonché, più in generale, le conclusioni a cui si è giunti al termine del paragrafo 6.

[101] Treu, *Rimedi*, *cit*., p. 397.

[102] *Ibidem*. L'autore a cui Treu si riferisce è Perulli, *Costanti e varianti in tema di subordinazione e di autonomia*, in *LD*, 2015, p. 279.

specifiche tutele. Ritorna il cruciale passaggio in precedenza sottolineato: l'attribuzione al giudice della valutazione sulla "rilevanza" dell'interesse da tutelare. Della fattispecie si perdono le tracce[103].

Proseguendo su questa strada, si porrebbe, inevitabilmente, una serie di importanti questioni. Sufficiente qui citarne tre (le prime due classiche della normazione): il rapporto tra astrattezza/generalità della regola, da un lato, e caso concreto dall'altro; il problema della soggettività/arbitrio del giudice; il raccordo e l'equilibrio tra le varie regole e le specifiche tutele[104].

Di tali questioni l'autore in parola non fa espressamente menzione: comprensibilmente, dato il carattere dell'ipotesi ricostruttiva, delineata nelle sue linee generali. Egli invece, riferendosi esplicitamente all'ipotesi di mancanza di regole di legge, come già segnalato rinviene nei principi costituzionali la guida per il giudice, che ne esclude l'arbitrio. Il riferimento ai principi costituzionali ci riporta alla "crisi della fattispecie": come si sa, infatti, il rilievo assunto dai principi e dai valori agli stessi sottesi è all'origine di questa crisi. I principi costituzionali, invero, sono chiamati in gioco dall'autore in parola nel caso di mancanza di regole; ma questa ipotesi presenta sue specificità, di cui si dirà più avanti. Sicché, il nodo della questione continua a essere l'attribuzione al giudice della valutazione di rilevanza del fatto cui consegue la specifica tutela, ossia del potere di individuare l'interesse/diritto da tutelare: il nodo è questo perché siffatta attribuzione colloca il giudice *oltre l'interpretazione*. Con la logica della fattispecie, più che sullo sfondo, messa del tutto da parte.

A tanto la prospettiva rimediale civilistica - si è visto - non arriva. V'è a questo punto da verificare se vi arrivi il dibattito sulla "crisi della fattispecie".

11. *L'ipotizzata "crisi" della fattispecie nel dibattito civilistico e la questione del metodo: incertezza almeno* tollerabile *del diritto e* sistema *normativo*.

---

[103] Il ruolo centrale del giudice, rileva Barbera in merito alla prospettiva delineata da Treu (*Impresa, cit.*, p. 416), condurrebbe alla "totale individualizzazione della fattispecie": considerandone l'identità generale ed astratta, della fattispecie, appunto, non v'è più traccia.

[104] Come già sottolineato in precedenza, questioni per nulla estranee anche al *common law*, che, nella pur maggiore duttilità strutturale dello *stare decisis*, ha sempre conosciuto - utile ribadirlo - tanto la tensione tra fattispecie generale ed astratta e concreto dato reale, quanto la correlata questione dello spazio decisionale del giudice interprete. E, come emerge dalla stessa analisi di Treu, *Rimedi, cit., passim*, oggi, anche nel *common law*, la giurisprudenza, alle prese con il lavoro tramite piattaforme digitali, deve comunque fare i conti con gli abituali indici di rilevazione della dipendenza del rapporto di lavoro, in uno scenario che, secondo la rammentata generale tendenza in atto da tempo, registra anch'esso un significativo intervento legislativo. Da ultimo, sempre in relazione all'esperienza statunitense, cfr., Szimansky, *Gli approcci alla* Platform economy *del diritto del lavoro americano*, in *DLM*, 2019, p. 527; Cherry-Rutschman, *Gig workers as essential workers: how to correct the gig economy beyond the covid-19 pandemic*, in *ABA Journal of Labor & Employment Law*, 2020, p.11; Thompson, *Striking a balance: extending minimum rights to U.S. gig economy workers based on E.U. directive 2019/1153 on transparent and predictable working conditions*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 2021, p. 255; Weaver, *Two sides of the same coin: examining the misclassification of workers as independent contractors*, in *Georgia Law Review*, Spring, 2021, p. 1355; Racabi, *Despite the binary: looking for power outside the employee status*, in *Tulane Law Review*, 2021, p. 5 per quanto attiene alla giurisprudenza, e p. 10 per la legislazione *Trasportation Network Companies*, concernente le società di *ridershare* (come ad esempio Uber), che regolano il rapporto con gli autisti secondo quattro diverse impostazioni: la prima si rifà agli abituali "test" come il "*control test*" o il "*test ABC*"; la seconda - ricondotta alla legge dello Utah - qualifica "*independent contractors*" gli autisti; la terza, adottata ad esempio dal North Dakota, stabilisce "*a presumption that TNCs do not control their drivers*"; la quarta, seguita tra gli altri dal Delaware, indica una serie di elementi perché vi sia autonomia (qualificazione risultante da atto scritto; esclusione di limitazione per il lavoratore nell'utilizzazione di altre piattaforme e più in generale nello svolgimento di altre attività; insussistenza dell'obbligo di collegarsi a orari specifici; non assegnazione di una particolare area in cui operare). L'autore inoltre osserva che gli *statutes* utilizzano spesso "*circular definitions for what constitutes an 'employee'*". Gli elementi che i giudici prendono in considerazione per i predetti "test" in sostanza corrispondono - nota già Treu, *Rimedi, cit*., p. 376 - ai cc.dd. indici sintomatici utilizzati dalla nostra giurisprudenza sempre ai fini della qualificazione dei rapporti di lavoro.

Secondo la dottrina che affronta la questione sul versante della sua crisi, la fattispecie - "interno congegno di ogni norma giuridica"[105] - attraverso una previsione di probabilità, tipizza gli eventi, li semplifica e li considera in modo generale e astratto: così la legge, che da secoli trova in questi tratti le sue caratteristiche, compie un viaggio verso il futuro, nel "tentativo di contrastare l'imprevedibile"[106]. Ebbene - afferma l'autore - questo concetto di fattispecie è venuto in crisi sostanzialmente per un fenomeno, "ligio al metodo positivo", e cioè "l'innalzarsi *dalla legge al diritto*", conseguente, con le Costituzioni del Novecento, al passaggio dalle leggi ordinarie alle norme costituzionali: le quali - egli prosegue - "appaiono, in linea di massima, come *norme senza fattispecie*, norme che non soddisfano lo schema tipico 'se A, allora B', ma assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi"[107]. E attraverso l'indebolimento o l'abbandono della fattispecie si compie - sono sempre parole dell'autore - l'ulteriore passo: "dal diritto ai valori"[108]. Ne deriva che l'evento venga sottoposto al giudice in quanto riconducibile non a un caso tipizzato, bensì a operazioni economiche, a vicende concrete e particolari, alle quali le risposte si danno "nel segno dei valori"[109]. Così si compie un altro nuovo fenomeno, il passaggio alla "casistica", conseguenza forse - ad avviso dell'autore - più netta e visibile della crisi della fattispecie[110]. Alla quale si deve infine - egli scrive - il "*declino della calcolabilità giuridica*"[111].

Il campo d'indagine - è evidente - si amplia molto. Nel sottolineare la "crisi" della fattispecie la dottrina descritta ha inteso "richiamare l'attenzione sulle conseguenze che comporta il *totale abbandono* (*recte*: *il rifiuto radicale*) di quel modello, quale viene teorizzato da alcune concezioni moderne, ispirate alla filosofia gadameriana"[112]. Tuttavia la forte sollecitazione apre, con ogni evidenza, scenari e ambiti di analisi assai vasti, perché proietta appieno, per dirla in breve, nell'annosa "questione del metodo"[113]. E in tale più ampia questione il punto di vista sulla fattispecie "in crisi" finisce per essere assorbito.

La questione del metodo viene qui in rilievo in relazione sia alle caratteristiche strutturali e funzionali della norma, di cui la fattispecie è lo schema tipico nella duplice valenza organizzativa e valutativa, sia ai conseguenti riflessi sul ruolo dell'interprete e sulla sua espansione verso la

---

[105] Irti, *La crisi della fattispecie*, *cit.*, p. 38, riprendendo, tra gli altri, Betti, *Diritto romano, I, Parte generale*, Cedam, 1935, p. 4. Sul concetto di fattispecie v., *amplius*, la precedente nt. 7.
[106] *Ivi*, p. 37.
[107] *Ivi*, p. 41.
[108] *Ibidem*.
[109] *Ivi*, p. 43
[110] Ibidem.
[111] *Ivi*, p. 44. Id., *amplius*, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016,
[112] D'Amico, *L'insostituibile*, *cit*., p. 23.
[113] Alla quale, infatti, lo stesso D'Amico rivolge la sua attenzione: *ivi*, *passim*. E in relazione alla questione del metodo si raccoglierà qui, nei termini in cui si sta per dire nel testo, la sollecitazione di Irti, prescindendo, inevitabilmente, dalle diverse forme ed effetti che l'ipotizzata crisi della fattispecie può assumere nei vari settori dell'ordinamento, come puntualmente pure D'Amico osserva (*op. cit*., p. 19). È interessante riprendere anche qualche passaggio di un successivo scritto di Irti, già dal titolo significativo (*La necessità logica della fattispecie*, in *Ars interpretandi*, VIII/2009, 1), che ritorna sul tema, sottolineando la "necessità logica della fattispecie, che rende possibile il giudizio e istituisce l'unità del diritto. Senza di essa [prosegue l'autore] i fatti scorrerebbero in-formi, in oscuro e cieco divenire; ma lo schema di legge li isola, li purifica dalle particolarità, li rende intelligibili l'un con l'altro, e così impone l'ordine del diritto" (p. 151). E ancora: "Grandioso e immane è lo sforzo del diritto di mettere ordine nelle cose del mondo … 'Per salvarsi - scrive l'eminente tra i nostri filosofi [Severino, *Legge e caso*, Adelphi, 1980) - è necessario arginare la minaccia del divenire, cioè controllarla, sottoporla a una legge e dunque dominarla'" (p. 151). Infine: "Ormai sciolto da ogni base cosmologica o teologica, il diritto si dissolve nelle mutevoli leggi; sulla fattispecie incombe la tragicità del divenire. L'uomo conosce questo destino, ma lo fronteggia, e quasi lo ama, con la disperata energia della propria volontà" (p. 152).

"creazione giudiziaria del diritto"[114]. La rilevanza di queste due visuali richiede, inevitabilmente - come accennavo dapprima - nei limiti in questa sede possibili, una parentesi di riflessione.

L'analisi, dicevo all'inizio della relazione, si sposta dai fondamenti della nostra materia (l'attribuzione delle tutele al lavoro) ai fondamenti della scienza giuridica in generale, sì da aprirsi potenzialmente a tanti grandi classici temi, tra loro correlati: la relazione tra diritto ed etica, tra diritto e politica, tra diritto e realtà, tra poteri dello Stato e conseguenti forme di governo, tra Stato e società, e via dicendo. Tutti esprimono bene l'intimo collegamento del diritto con altri saperi, non sempre agevole e, direi, sino in fondo consapevole. Non ho ovviamente la pretesa di addentrarmi in nessuno di essi, né del resto sarebbe questa la circostanza per farlo; temi ritenuti tra l'altro, non a caso, appannaggio, tra i giuristi, per lo più di teorici e filosofi del diritto o dei costituzionalisti, pur non mancando l'apporto, anche molto significativo, di altri studiosi del diritto positivo, anzitutto dei civilisti. Procedo, invece, necessariamente per schematizzazioni, nell'intento di provare a individuare, nel dibattito, alcuni necessari punti più o meno fermi, dai quali qui è difficile prescindere.

È opinione pressoché unanime, ancorché non di rado smentita nella prassi[115], che il positivismo cd. legalistico, di marca ottocentesca, sia da tempo tramontato[116]. I grandi cambiamenti della contemporaneità hanno radicalmente ridisegnato il relativo altrettanto noto scenario[117]. Peraltro la fase che oggi viviamo ha tutta l'aria anch'essa di essere storica, segnata purtroppo dai drammatici eventi bellici, con possibili effetti prodromici di altri rilevanti mutamenti, come - uno per tutti - le ripercussioni sulla globalizzazione.

Senza ulteriormente ampliare l'analisi, l'apertura ai valori e ai conseguenti principi – all'origine dell'ipotizzata crisi della fattispecie – della contemporaneità sono sicura espressione. I valori - posti a metà tra l'impostazione positivista e quella giusnaturalista, in una dimensione *laica* - hanno trovato riconoscimento nelle Costituzioni del '900 in quanto argine all'involuzione dell'autorità statale e in funzione del riposizionamento della politica rispetto all'economia, nella logica dello

---

[114] M. Luciani, *op. cit.*, p. 398, criticamente.

[115] Scrive Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *QF*, 2003: il "morbo sottile" dell'"odierno giurista - il riferimento è alla maggioranza … - è … la pigrizia intellettuale" (p. 29) ed eventuali "citazioni esornative" assomigliano "maledettamente al belletto appiccicaticcio che una vecchia signora mette al suo volto rugoso" (p. 41).

[116] Superati sono quindi i suoi corollari, come la concezione del principio di legalità, di ispirazione illuminista, che identifica il "diritto con la legge" (Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici, I*, Giuffrè, 1959, p. 97), e che trova nelle esperienze di codificazione la massima espressione (Zagrebelsky, *op. cit*., p. 24); o la convinzione della natura logico-formale del diritto, fondato su una logica aristotelica e composta da concetti e regole enucleabili sulla base di un processo inferenziale logico-deduttivo, con il conseguente carattere meramente descrittivo dell'attività dell'interprete, volta a "scoprire" il significato preesistente nella norma (cfr., tra i tanti, Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in *RIFD*, 1968, p. 476; Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 261); o, ancora, l'idea di dogmatica funzionale a un ordinamento completo e chiuso - neutrale rispetto a qualsiasi valore morale metalegislativo e metastorico, divino o derivante dalla natura razionale dell'uomo (concezione propria invece del "vecchio diritto naturale", rispettivamente della scolastica medievale e del giusnaturalismo profano dei secoli XVII-XVIII, come osserva Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *EGT*, XII, 1988, p. 7; Id., *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in *RI*, 1988, p. 15) - intrinsecamente coerente sì da garantire la certezza del diritto (al riguardo v., però, quanto lo stesso Mengoni osserva, in *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 14, in particolare sul pensiero di Savigny; in proposito un cenno anche in Castronovo, *C'è metodo in questo metodo?*, in *Il metodo della ricerca civilistica*, in *RDC*, 1990, p. 204).

[117] Espressione di una società liberale-borghese e "monoclasse", con un suo ordine precostituito e interno, fondata sul predomino dell'economia sulla politica: che nella libera competizione delle forze economiche rinveniva il motore della organizzazione sociale, priva di grosse tensioni. I valori essenziali dello Stato nazionale-liberale producevano una realtà, in linea di massima, facilmente governabile e sussumibile in un ordine giuridico dato, nel quale "dovevano" trovar posto anche i fenomeni nuovi.

"stato sociale di diritto"[118]. Che riconosce, sì, il mercato (e quindi la proprietà privata, la libertà d'iniziativa economica, la libertà contrattuale) ma non, come in passato, quale motore esclusivo della società, ora definita nei tratti essenziali *ex ante* anziché in seguito al risultato della competizione tra le forze economiche. Sicché, il sistema giuridico risulta, per struttura, "cognitivamente" aperto: i valori e i conseguenti principi sono, per loro intima essenza, gli elementi evidenti di dinamica definizione di concetti e di regole. E considerando la correlazione col diritto naturale, non sorprende neppure chi rileva finanche come "l'interpretazione della Costituzione prende sempre più l'aspetto di una filosofia del diritto"[119].

Analogamente, più in generale, accantonata (se mai esistita) la tesi meramente dichiarativa di ottocentesca memoria, è l'interpretazione a presentarsi come intrinseca apertura del sistema giuridico sulla realtà. Essa - si sente da molti ripetere - è anche "creazione" del diritto per tante altre strutturali ragioni: tra le quali, la mutevolezza e diversità dei contesti reali di riferimento, con il conseguente sviluppo della già rammentata "casistica"; la polivalenza dei segni linguistici e i mutamenti del linguaggio, indotti dai cambiamenti della realtà; la debolezza della rappresentanza politica e le relative ripercussioni in merito ai contenuti della legge; l'insegnamento dell'ermeneutica sulla cd. "precomprensione", che mette in guardia dal più insidioso dei pregiudizi, cioè "credere di essere senza pregiudizi"[120]. Donde varie ricostruzioni in merito all'attività dell'interprete: diffusa quella che distingue tra cognitivisti, neocognitivisti e realisti, in ragione dell'ampiezza dello spazio decisionale rimesso all'interprete: escluso per i primi, variabile per i secondi, massimo per i terzi[121].

---

[118] I principi, per un verso, costituiscono il "massimo atto d'orgoglio del diritto positivo", prodotto da una "determinazione politica" - considerando tale quella espressa nella Costituzione, ed anzi la sua "massima" manifestazione - che cerca, appunto, di "positivizzare" ciò che "per secoli era stato appannaggio del diritto naturale"; per altro verso, rappresentano un momento "del tutto eccezionale nella vita politica di un popolo", il momento "costituzionale", in cui si raggiunge il più alto livello di coesione sociale, non sussistendo ancora interessi partigiani e divisioni politiche chiare: "si potrebbe addirittura dire che le Costituzioni rispecchiano l''ordine naturale' storico-concreto delle società politiche secolarizzate e pluralistiche" (Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 155 e 156). Nella stessa logica, Zaccaria (Id., *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, 1990, p. 210) sottolinea, a proposito del rapporto tra diritto naturale e diritto positivo, come "resta comunque acquisita dal più avvertito pensiero giuridico contemporaneo la consapevolezza della perfetta sterilità e dell'obsolescenza di un'astratta contrapposizione polemica tra i due termini". La correlazione valori-principi ai nostri fini può assumersi senza ulteriori approfondimenti.

[119] Ancora Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 157 - riprendendo il pensiero di Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, 1992 - che, al contempo, sottolinea come i principi appaiano "nozioni a contenuto variabile" (*ivi*, p. 202); sul punto si tornerà. Sicché i principi esprimono valori che "non sono componibili in un sistema coerente, ma formano un complesso non omogeneo, percorso da frequenti antinomie culminanti in una tensione costante tra il principio dello Stato di diritto e il principio dello Stato sociale" (Mengoni, *Dogmatica*, *cit.*, p. 7; di Mengoni, in tema, v. anche, *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in Napoli (a cura di), *Luigi Mengoni. Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Vita e pensiero, 2002, p. 69, dove si sottolineano, tra gli altri, gli studi di Alexy (*Concetto e validità del diritto*, Einaudi, 1997). Sull'argomento cfr., pure, tra i tanti, Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, p. 593; Grandi, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *ADL*, 2006, p. 696; Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2006; Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005; Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *PD*, 1991, p. 656; Rodotà, *Relazione di sintesi. Un metodo tra i metodi? Il metodo della ricerca civilistica*, in *RDC*, 1990, p. 279; Bobbio, *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, in *RIFD*, 1968, p. 482; Grossi, *La formazione*, *cit*., p. 47.

[120] Nogler, *Sul pensiero giuslavoristico in tema d'interpretazione*, in *LD*, 2014, p. 255, riprendendo la felice espressione di Berti, *La ricerca della verità filosofica*, Studium, 2014, p. 165.

[121] V. Guastini (*Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, in *LD*, 2014, p. 234), che contrappone cognitivisti e realisti, entrambi "analitici" dedicati al discorso interpretativo, agli ermeneutici, concentrati sul processo mentale e sul caso concreto. Per i neocognitivisti - scrive Guastini - lo spazio decisionale dell'interprete varia a seconda se il caso concreto sia "facile" o "difficile" in relazione alla formulazione letterale della norma; sicché - prosegue l'autore - essi presentano il "difetto capitale" di trascurare del tutto l'interpretazione in astratto della norma. La variabilità della decisione dell'interprete - rileva ancora Guastini - può dipendere però anche da altri fattori, non considerati dai neo-cognitivisti, come, ad esempio, identificare e colmare lacune o bilanciare principi.

A me, in verità, non convincono posizioni radicali o rigide.

Nella logica – come dicevo - di provare a individuare alcuni punti più o meno fermi, e procedendo sempre necessariamente per schematizzazioni, a mio avviso la prima domanda da porsi (anzitutto perché sgombra il campo da ogni possibile dubbio al riguardo semplificando anche questa riflessione) non attiene al *se* l'attività interpretativa della norma[122] possa o no avere un contenuto decisionale, bensì al *se lo possa avere senza limiti*.

Mi sembra che anche le posizioni più estreme non si spingano mai ad affermare una decisione piena e illimitata dell'interprete[123].

Per converso, sul versante opposto, non mancano opinioni che tracciano, per l'interpretazione, margini anche piuttosto stretti[124].

Così impostata la riflessione, mi pare difficile non ammettere che, muovendo (come inevitabile) dall'art. 12 disp. prel., si raggiunga quello che, dopo tutto, è il *senso* dichiarato di questa stessa norma: porre "dei limiti" all'interprete[125]. In termini forti, ma autorevoli, si è scritto "è pur sempre la legge l'unico re"[126]. Di conseguenza - si è precisato con poche ma dense parole - l'interprete è

---

[122] Riferisco l'attività interpretativa alla norma condividendo le critiche mosse da M. Luciani (*op. cit.*, p. 399) alla ricostruzione risalente a Crisafulli, secondo il quale l'interpretazione atterrebbe alle "disposizioni" e da queste deriverebbero poi "norme".

[123] Si sostiene la possibilità di scelta tra "soluzioni diverse" (è la precisazione che Guastini - *Teorie dell'interpretazione*, *cit.*, p. 241 - fa in relazione ai realisti) o tra una "pluralità di soluzioni" (Lipari, *op. cit.*, p. X); si paragona eloquentemente l'attività dell'interprete alla "lettura", contrapponendola alla "scrittura" (Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Giuffrè, 1998, p. 401); si riconosce comunque alla legge un ruolo "non esiguo" (Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *GC.com*, 2014, 4, p. 935; Id., *La formazione*, *cit.*, p. 37).

[124] V'è chi, facendo tesoro del "patrimonio tradizionale della scienza giuridica europea, in qualche modo rispecchiato nel tanto sottovalutato art. 12 disp. prel. […]", ritiene che, se le possibili interpretazioni del testo siano più d'una, la "più corretta", e perciò la "sola" legittima, sia una soltanto (M. Luciani, *op. cit.*, p. 438, il quale, in relazione al patrimonio della scienza giuridica europea, sottolinea che interpretazione "storica, interpretazione sistematica, interpretazione teleologica […] sono autentici strumenti conoscitivi" per individuare, tra le possibili, l'interpretazione "più corretta" del testo). O chi, rilevando e valorizzando "il diritto vivente" dell'interpretazione, considerato "più stringente" dei vincoli derivanti dall'art. 12 disp. prel., analogamente sostiene che le interpretazioni possibili della norma sarebbero "due, raramente tre, molto più raramente quattro" (Speziale, *La giurisprudenza del lavoro e il "diritto vivente" sulle regole interpretative*, in *GDLRI*, 2008, pp. 631 e 644, che in particolare osserva come il diritto vivente segnali una prevalenza del canone letterale). Come pure, non può affatto trascurarsi chi, da una diversa ma non trascurabile angolazione e riprendendo la diffusa distinzione tra "casi facili" e "casi difficili", ricorda come, nell'esperienza giuridica quotidiana, siano "maggioritari senza paragone i casi nei quali gli interessati si attengono direttamente alle disposizioni, perché chiare e univoche, rispetto ai casi nei quali nascono contestazioni sul significato di esse", aggiungendo che, se così non fosse, la "vita associata sarebbe letteralmente impossibile" (Rescigno, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, in *GDLRI*, 2008, pp. 598 e 604, facendo due esempi per tutti: i "milioni di compravendite che ogni giorno vengono compiute da milioni di persone in tutta Italia, senza che nasca alcuna contestazione"; la "stragrande maggioranza degli automobilisti rispetta quasi sempre la stragrande maggioranza delle regole". E ancora D'Amico (*L'insostituibile*, *cit.*, p. 38), anch'egli utilizzando la distinzione richiamata da Rescigno, intende "l'enunciato linguistico che esprime la disposizione normativa come costituito da un '*nucleo centrale*' di significato 'certo' (che consente di identificare con sufficiente chiarezza e immediatezza il fatto e la categoria di fatti riconducibili alla norma) e da un 'alone' circostante all'interno del quale si collocano i 'casi dubbi' o 'difficili'".

[125] Così Chiassoni, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del "metodo tradizionale",* in *GDLRI*, 2008, p. 568, pure critico verso la norma. Sul ruolo dell'art. 12 disp. prel., oltre agli autori già citati nella nt. precedente, v. anche, tra gli altri, Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2007, p. 28; Mazzotta, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 263; Nogler, *Agorà. L'interpretazione giudiziale del diritto*, in *RIDL*, 2014, I, p. 118; Id., *Sul pensiero giuslavoristico*, *cit.*, p. 253.

[126] Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 103, nt. 30. E, in *Problema*, *cit.*, egli scrive: "la scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica, come tale dominata dal 'primato del testo' […] Attribuire il primato al problema significa negare il primato del vincolo dell'interprete alla legge, la quale allora non avrebbe se non il valore di un *topos* tra gli altri" (p. 47). E ancora: "Se è vero che la legge non può essere rettamente interpretata se non muovendo dal problema per il quale in essa si cerca la risposta, è vero reciprocamente che il problema non può essere rettamente risolto se non con riferimento al testo e nei limiti del senso *del* testo" (*ibidem*). Sul vincolo del testo, oltre agli autori citati in nt. 124, v. anche, tra gli altri, Pastore,

tenuto a misurarsi con "la lettera della legge e la logica complessiva dell'ordinamento"[127]. La precisazione richiama l'attenzione sul fatto che la formulazione letterale della norma è il *dato da cui partire*, se si vuole *in negativo*, per escludere questa o quella lettura del testo. Da cui partire, ovviamente.

Arrischiandosi a stringere il ragionamento, a me pare che non possa prescindersi dal chiarire il rapporto tra approccio prescrittivo e approccio descrittivo all'interpretazione; tra sua dimensione istituzionale e caratteristiche della conoscenza: per essere estremamente sintetici, tra il "dover essere" e l'"essere". Tali piani, ancorché concettualmente ben distinti, a mio avviso possono e vanno realisticamente combinati. Penso a due classiche ed emblematiche questioni. 1) Gadamer, e prima di lui Heidegger, hanno chiarito che l'interprete non è "altro" rispetto al caso concreto cui la norma si applica, ma, con questa consapevolezza, ciò non vuol dire che la "precomprensione" non possa razionalmente controllarsi e contenersi[128]. 2) La crisi della rappresentanza politica di certo si riflette negativamente e sensibilmente sulla "legge", tuttavia, ciò, evidentemente, induce ad adoperarsi per migliorare lo stato delle cose non per negare il ruolo politico/istituzionale del legislatore, pena la demolizione di un pilastro della democrazia rappresentativa.

In questa logica, la questione dell'interpretazione è, anzitutto, una questione istituzionale, da affrontare ragionando - secondo la doverosa prospettiva storicistica - su quello che è, oggi, il posto della legge e il suo significato nell'ordinamento costituzionale. Al riguardo, non si può non essere d'accordo con chi ne rimarca l'essenziale momento politico/democratico: nella norma di legge, *bon gré mal gré*, c'è anzitutto la volontà espressa dai cittadini sulla base delle regole della rappresentanza, in conformità alla "natura democratica dell'ordinamento di riferimento"[129]. E in questa logica, propria del "costituzionalismo", è dal legislatore che "il programma positivo di valori" espresso nella Costituzione "ha da essere 'attuato'": al legislatore è lasciata la prima "determinazione storico-concreta" dei valori/principi costituzionali, sì da "non contraddire il pluralismo, la libertà della dinamica politica e la competizione tra le proposte alternative"[130]. Se così non fosse, la "Costituzione verrebbe posta contro la democrazia"[131].

In tal modo avviene il primo raccordo tra legge e ordinamento complessivo. L'attuazione/rispetto dei valori/principi costituzionali, da un lato, fornisce alla legge la più intima *legittimazione*, secondo la già rammentata proiezione giusnaturalistica; dall'altro lato esprime, subito e appieno, la *dimensione pluridimensionale del diritto*.

L'inserimento nell'ordinamento complessivo comporta poi, più in generale, il raccordo della legge col più ampio contesto legislativo in cui essa s'inserisce.

Questi raccordi incrociano le possibili già menzionate componenti fisiologiche e patologiche della norma[132], ponendo, in ipotesi, sotto pressione l'interprete. Già in astratto[133]; ancor più,

---

Interpretazione e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea, Cedam, 2014, p. 38; Persiani, *Ancora sul diritto civile e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2019, p. 479; Id., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona, I*, Giuffrè, 2004, p. 1266; Modugno, *Sistema giuridico*, in *EGT*, XXIX, 1993, p. 15; Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 80.

[127] Mengoni, *La questione*, *cit.*, p. 20.

[128] Cfr. Mengoni, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Diritto e valori*, *cit.*, p. 71; Id., *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in Mengoni, *Ermeneutica, cit.*, p. 18; Id., *Problema, cit.*, p. 41; Barcellona, *Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)*, in *Il metodo della ricerca civilistica*, in *RDC*, 1990, p. 103.

[129] M. Luciani, *op.cit.*, p. 398, nt. 61, ma v., *passim*, l'intera Sez. I.

[130] Entrambe le citazioni sono di Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 211.

[131] *Ibidem*.

[132] Intrinseca precarietà semiotica, negligenza e imperizia nella formulazione, mutevolezza ed evoluzione della realtà di riferimento, crisi della rappresentanza politica, pressioni del "problema" e della casistica, ecc.

[133] Come affermano, ad esempio, M. Luciani, *op.cit.*, p. 419; Rescigno, *op.cit.*, *passim*.

eventualmente, in concreto, in relazione a stimoli e complicazioni di questo o di quel caso, di questo o di quel "problema".

Quali le difficoltà e, specularmente, lo spazio di decisione per l'interprete? Impossibile, evidentemente, dirlo a priori. L'unica certezza, se mi si passa il gioco di parole, è che non si andrà oltre un "grado tollerabile di incertezza"[134]. Non è poco, soprattutto considerando la necessaria combinazione tra "essere" e "dover essere".

La rassicurazione (riprendendo ancora l'insegnamento mengoniano), la fornisce il *sistema*, "chiuso normativamente". La fornisce, cioè, la pluralità di criteri propri del giurista/interprete: che muove dal testo della norma e, lungo una pluralità di piani (logico, storico, assiologico, sistematico), questo testo raccorda all'insieme di concetti e principi che tesse la tela su cui l'ordinamento si dipana, osservandone, al contempo, la pluralità delle tecniche normative. Sì da garantire anzitutto la razionalità assiologico/formale dell'ordinamento, ossia l'osservanza del principio di eguaglianza - nel suo significato di "valore oggettivo integrativo degli altri valori costituzionali" con funzioni, "secondo accreditate ricostruzioni dottrinali, di 'chiusura' del sistema"[135] – e, con esso, anche lo "strutturale" (possibile) livello di coerenza dell'ordinamento e di prevedibilità dei comportamenti dei consociati al fine della "'società civile' delle leggi" e del conseguente svolgimento della vita sociale[136]. Passaggio, questo, obbligato per qualsiasi ulteriore decisione concernente i contenuti delle regole, non certo prerogativa del positivismo legalista. Piuttosto - ampliando la visuale - sintonico con il (più o meno) recente ritorno del pensiero neorealista[137]: che abbraccia un realismo "minimo" o "negativo", tanto insuperabile quando fondamentale per la fecondità dell'agire e del dialogare comune.

Il quadro delineato fornisce legittimazione, come ad ogni interprete, anche al giudice, la cui attività naturalmente si distingue per i suoi compiti istituzionali. E questo quadro esclude, anche per il giudice, ogni altra legittimazione; come l'essere voce del diritto *ex parte societatis* – da taluni sostenuto sulla falsariga della impostazione tradizionale del *common law*[138]- che, nel quadro tratteggiato, non trova *strutturale* riscontro e, per questo, ne fuoriesce. È quanto scritto nell'art. 101 della Costituzione, che assoggetta il giudice "soltanto alla legge", da intendersi come *ius* e non come *lex*[139].

Assume invece maggior peso l'incessante e instancabile prassi dell'interpretazione, tra tutti coloro che hanno a che fare con il diritto, tra i vari "luoghi" sociali conformati dal diritto e da cui il diritto è conformato, all'insegna della "continuità"[140] e in interazione tra loro[141]. Emergono, in altre

---

[134] Mengoni, *Problema*, *cit.*, p. 53, richiamando Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Kohlhammer, 1974 (trad. it. con introduzione di Febbrajo, il Mulino, 1978); Id. *Dogmatica*, *cit.*, p. 6.

[135] Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 44; cfr., *amplius*, il cap. II per quanto concerne le interrelazioni tra eguaglianza e ragionevolezza. Su razionalità e ragionevolezza, più in generale, per tutti cfr., Zagrebelsky-Marcenò, *Giustizia costituzionale*, *I*, *Storia*, *principi*, *interpretazioni*, il Mulino, 2018, p. 163.

[136] Zagrebelsky-Marcenò, *op. cit.*, p. 163.

[137] Sulla cui scorta confidare in "uno *zoccolo duro dell'essere*, tale che alcune cose che diciamo su di esso e per esso non possano essere e non debbano essere prese per buone": non conduce alla verità, ma "incoraggia a cercare ciò che in qualche modo sta davanti a noi" (Eco, *Il realismo minimo*, in *la Repubblica*, *RCult*, 1 marzo 2012, p. 48). D'obbligo, al riguardo, citare almeno anche Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012.

[138] Vogliotti, *op. cit.*, p. 403.

[139] V., per tutti, Guastini, Sub *art. 101*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da Branca e continuato da Pizzorusso, Zanichelli-Foro it., 1994, p. 178. Sempre in quel quadro, il ruolo dell'interprete, quindi anche del giudice, cresce inevitabilmente al crescere del grado di incertezza del diritto: dinanzi ai cc.dd. casi difficili, per complessità o novità o qualsiasi altra ragione, possono sorgere "nuovi punti di vista socialmente rilevanti" che, di conseguenza, richiedono una "riflessione fatta consapevole del problema […] per percorrere nuove linee di concettualizzazione" (Mengoni, *Problema*, *cit.*, p. 56).

[140] Seguendo il pensiero di Ascarelli.

parole, la "discorsività" del diritto, nel confronto tra le argomentazioni[142]: la sua "positività": che "non *è*, ma *si produce*"[143], secondo una (auspicabile) proficua interazione tra legislatore e interpreti[144], che operano "intersoggettivamente"[145].

Resta non fissato, inevitabilmente, il tanto delicato quanto cruciale punto di equilibrio tra *apertura cognitiva* e *chiusura normativa* del sistema[146]: se mai possibile da fissare, non da me e non certo entro i confini di questa relazione[147]. Soltanto due osservazioni al riguardo mi siano permesse. L'intrinseco variabile grado di incertezza che accompagna chi si accosta al diritto *apre* le porte alla realtà e ad altre prospettive (sociologica, economica, comparativa, empirica, funzionalista, ecc.), chiedendo, per operare, l'ulteriore arricchimento del bagaglio metodologico[148] e, allo stesso tempo, esponendo al rischio della ben nota teuberiana "trappola epistemica"[149]. Al contempo, dinanzi a

---

[141] Osservano Viola-Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, 2003, p. 247: la "comunità dell'interpretazione giuridica collega … tra loro i componenti di una ben determinata tradizione giuridico-istituzionale che condividono una serie di pratiche sociali incorporanti un complesso di valori, scopi e finalità, e diviene parametro valutativo dell'accettabilità delle varie alternative di interpretazione da vagliare" (ed in merito alle ripercussioni su di essa del peso crescente, ma non decisivo, degli ordinamenti comunitari e internazionali, v. p. 248).

[142] Abignente, *Legittimazione, discorso, diritto. Il proceduralismo di Jürgen Habermas*, Editoriale scientifica, 2003, p. 148 Sulla valenza più generale dei processi comunicativi, a cominciare dalla genesi del diritto, fondamentali, come si sa, sono gli studi di Habermas (*Morale, Diritto, cit.*; Id., *Etica del discorso*, Laterza, 2004; Id., *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e associati, 1996) e di Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, 1985. Sottolinea il paradosso auto-referenziale del pensiero di Habermas, Teubner (*Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologica giuridica "costruttivista",* in *RCDP*, 1990, p. 296), paradosso che, secondo lo stesso autore, da un lato è risolto dal "radicale costruttivismo" di Luhmann (p. 300), dall'altro si imbatte nella "chiusura autocreata delle costruzioni auto-referenziali" (p. 302), rispetto alle quali il momento procedurale finisce comunque per essere decisivo (p. 320). Ma, sull'argomento, di Teubner v., *amplius*, *Il diritto come sistema auto-poietico*, Giuffrè, 1996, p. 94, dove è sviluppato il concetto di "interferenza sistemica", nonché, più in generale Prandini, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, in Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, 2005, p. 191. Di "riscatto discorsivo" per la "legittimazione del sistema sociale … in termini di valori relativi alla persona piuttosto che risultato di mercificazione" scrive Bauman, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Bollati Boringhieri, 2007, p. 215.

[143] Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, 1990, p. 222; Id., *Sul concetto di positività del diritto*, in Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, 1991, p. 344, che riconduce ad Hart (Id., *Il concetto di diritto*, trad. it. di Cattaneo, Einaudi, 1965, pp. 118 e 137) l'origine di tale concezione e ne rinviene importanti sviluppi nella elaborazione di Dworkin, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, 1989.

[144] Sottolinea la necessità di un rapporto di interazione e non di conflittualità tra legislatore e giudice per comporre la "complessa intelaiatura della democrazia costituzionale" Sorrenti, *op. cit.*, p. 79.

[145] Mengoni, *La questione*, *cit.*, p. 20. Il punto è rimarcato da Nogler (*L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-47/2006, p. 32), in relazione al concetto di "verità provvisoria", di cui il giurista deve "accontentarsi".

[146] Riprendendo infine la nota formula di Luhmann, *L'autoriproduzione del diritto e i suoi limiti*, in *PD*, 1987, p. 44.

[147] Ritorna sull'argomento, da ultimo, Del Punta (*Diritto del lavoro e valori*, in Del Punta (a cura di), *Valori*, *cit.*, p. 22), che, riferendosi al "rassicurante (per l'autonomia del diritto) schema apertura cognitiva-chiusura operazionale", esprime dubbi al riguardo osservando che "nei fatti tende ad esservi anche una pur limitata e intermittente apertura operazionale": a ben vedere, egli sembra considerare equivalenti chiusura normativa e chiusura operazionale, ma si tratta di concetti differenti; infatti la prima comporta, nei termini sintetizzati nel testo, un'apertura operazionale in quanto riflette l'apertura cognitiva sia pure nei limiti dati dal sistema.

[148] Sul tema, per tutti, cfr., con impostazioni diverse, Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *RDTP*, 2006, p. 604; Persiani, *Diritto del lavoro e autorità*, *cit.*, p. 1266; Id., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro,* in *ADL*, 2004, p. 923; Alpa, *Il metodo nel diritto civile*, in *CI*, 2000, p. 363; Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale scientifica, 1958, p. 63; Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 184; Mengoni, *Relazione introduttiva*, in *Il metodo della ricerca civilistica*, in *RDC*, 1990, p. 9; Id., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica*, *cit.*, p. 105; Rodotà, *op.cit.*, p. 275; Teubner, *Il diritto come soggetto*, *cit.*, p. 314; D'Antona, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Il metodo della ricerca civilistica*, in *RDC*, 1990, p. 224; Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Editoriale Scientifica Italiana, 1983, p. 120; Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, 1977, p. 29.

[149] Teubner, riflettendo in merito alla tensione tra autonomia ed eteronomia epistemica del diritto, scrive di "risultati ibridi dall'ambiguo sostrato epistemologico e dalle conseguenze sociali ignote" (*Il diritto come soggetto*, *cit.*, p. 314).

quell'incertezza, la partecipazione *responsabile* alla comunità degli interpreti, pur con tutte le imperfezioni di questa comunità e del "paradigma discorsivo"[150], non so se costituisca l'ultimo e decisivo momento valutativo di tesi e argomentazioni, ma, di certo, rappresenta un momento assai rilevante: ai fini dell'autorevolezza, più che dell'autorità, del punto di vista giuridico[151].

12. *Attualità della* fattispecie critica *e* discorsività *del diritto*.

Sperando che la parentesi non sia risultata lunga, possiamo ora riprendere il discorso sulla fattispecie e sulla sua ipotizzata crisi.

Muovendo dal quadro tracciato, anche il crescente ruolo di valori e principi costituzionali, come la prospettata conseguente marcata casistica, non sembrano fattori in grado di minare la rilevanza della fattispecie.

Essa, in quanto *schema tipico della norma*, quindi *della legge*, continua, come la legge, ad occupare un *posto di assoluto primo piano*. Almeno per due ragioni strutturali, intrecciate, che trovano intuibile sostegno in quanto sin qui detto in merito all'interpretazione della stessa legge.

La prima ragione attiene alla *tecnica normativa*. In quanto funzionale a "organizzare concettualmente la descrizione dei fenomeni giuridici"[152], nella sua generalità e astrattezza, la fattispecie mantiene, giocoforza, la veste di prioritario elemento per assicurare il principio di eguaglianza e quindi il *possibile ma indispensabile* livello di coerenza dell'ordinamento e di prevedibilità dei comportamenti dei consociati: assolvendo così al ruolo di *primo strumento per la razionalità assiologico/formale dell'ordinamento*; se si vuole, di strumento essenziale per la trama dogmatica, che, tramite essa, si svolge[153].

La seconda ragione concerne il *piano politico/istituzionale*. Ad essere sempre decisivo è il "giudizio di rilevanza" sul fenomeno fattuale, e quindi dei relativi interessi in gioco, presi in considerazione ai fini dei conseguenti effetti normativi, secondo il classico schema fattispecie/effetti su base sillogistica. A questo giudizio è sotteso l'"imprescindibile elemento di valore"[154], che lega fattispecie e ordinamento, espresso dal momento politico-legislativo: nella sua correlazione con gli effetti, la legge (come prima si diceva) definisce la "fisionomia" dell'assetto degli interessi in gioco, quindi il loro primo bilanciamento e la loro prima "mediazione", *secondo il circuito fondativo dell'ordinamento democratico*[155].

Ciò, ovviamente, non vuol dire che la fattispecie sia rimasta insensibile ai mutamenti del Novecento. Più semplicemente, la sua struttura le ha consentito di assorbirne le conseguenze.

---

[150] Una sintesi della letteratura critica al riguardo in Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 49, il quale efficacemente osserva che, nonostante i limiti intrinseci, "il modello habermasiano ... riesce a catturare plasticamente la dispersione del diritto contemporaneo in pulviscolari processi discorsivi, ed a delineare un pur rarefatto orizzonte normativo (nel senso filosofico del termine), sullo sfondo del quale la correttezza di tali processi può essere valutata".

[151] Sottolineata, tra gli altri, da Romagnoli, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *RTDPC*, 2006, p. 405; Caruso, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un "manifesto ermeneutico"*, in *RIDL*, 2013, I, p. 246.

[152] Monateri, *op. cit.*, p. 3. Sull'insieme dei profili racchiusi nel concetto di fattispecie ci si è soffermati nella precedente nt. 7.

[153] "Le valutazioni normative, infatti, si esprimono mediante concetti descrittivi di fatti e di conseguenze giuridiche, che è compito della dogmatica analizzare e ordinare secondo le loro connessioni logiche", così scrive Mengoni, in *Problema*, *cit.*, p. 50.

[154] Scognamiglio, *op. cit.*, p. 5.

[155] Per tutti v. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 2, p. 281; Id., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale*), in *EDAnnali*, 2008, p. 186; Persiani, *Ancora sul diritto civile*, *cit.*; Sorrenti, *op. cit.*, p. 78; M. Luciani, *op.cit.*, *passim*; Caretti, *op.cit.*, p. 27; Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017, p. 170; Cheli, *op. cit*., p. 58; Vettori, *Diritti*, *cit.*, p. 245; Zagrebelsky, *op. cit*., p. 210; Mengoni, *Problema*, *cit.*, p. 48.

Quanto sin qui osservato - anzitutto in merito alla questione del metodo in generale, poi alla prospettiva rimediale con particolare riguardo all'"effetto secondo" - dovrebbe indurre a rinvenire, non una crisi della fattispecie, bensì una *fattispecie critica*, nel senso kantiano del termine[156]: la comprensione del fondamento, delle possibilità e dei limiti della fattispecie ne determinano l'effettiva consistenza[157].

La dinamica sillogistica propria della fattispecie è ovviamente compatibile, in ipotesi, con una definizione discorsiva dei suoi elementi. La necessaria proposizione *se A allora B* richiede infatti che *A* e *B* siano definite all'atto dell'applicazione del sillogismo, ma questa definizione può ben comporsi di più e in più momenti. Al contempo, la definizione discorsiva non compromette la duplice funzione della fattispecie, normativa e politico/istituzionale. Che la fattispecie adempia la sua funzione normativa, di "primo" elemento necessario ad assicurare l'uguaglianza dei trattamenti e - per quanto possibile ma almeno in una certa misura - la prevedibilità dei comportamenti dei consociati, discende dal grado *tollerabile* di incertezza che la norma comunque presenta, pure (per intenderci) nei casi difficili, anzitutto in ragione del suo vincolo testuale. Riprendendo un passaggio della convincente recentissima sentenza della nostra Corte costituzionale sull'art. 18 dello Statuto[158], "la definizione di un elemento di fattispecie, che richiede un apprezzamento imprevedibile e mutevole, senza alcuna indicazione utile a orientarne gli esiti", si pone in contrasto con l'art. 3 della Cost.[159]. Per le medesime ragioni, non è pregiudicata la funzione politico/istituzionale della fattispecie, che si esprimerà *nei limiti* in cui il soggetto politico sarà in grado di farlo. Ciò condenserà l'ineliminabile "giudizio di rilevanza", quindi l'istanza democratica. Nella parte "incerta" la fattispecie, ai fini della sua messa a punto, sarà invece di competenza della comunità degli interpreti. Da questo punto di vista viene in mente chi riconduce l'imprescindibile componente valutativa espressa dalla fattispecie "all'ordinamento giuridico nel suo complesso"[160].

In breve, la fattispecie *critica* è, ineluttabilmente, la prima espressione di quella *positività del diritto che non è ma si produce*. Costituisce il primo elemento della *discorsività* del diritto.

Quale, a questo punto, la sorte dei valori/principi costituzionali, da cui la nostra riflessione sulla crisi della fattispecie ha preso le mosse? La loro importanza strutturale è fuor di discussione. Essi esprimono, nell'essenziale componente assiologica, ad un tempo legittimazione e spinta dinamica

---

[156] Secondo il "criticismo come 'filosofia del limite'" del pensiero kantiano (Abbagnano-Fornero, *L'ideale e il reale,2, Dall'Umanesimo a Hegel*, Paravia Pearson, 2013, p. 452).

[157] In relazione al dibattito rimedi-fattispecie, di sillogismo critico scrive Benedetti, alludendo all'*entimema* teorizzato da Aristotele (*Fattispecie*, *cit.*, p. 1009). In generale, a un "moderno positivismo critico" fa invece riferimento D'Amico (*L'insostituibile*, *cit.*, p. 17), che, senza ulteriori precisazioni, ritiene "un margine di discrezionalità" compatibile con la sussunzione (*Problemi*, *cit.*, p. 33, nt. 67). E a fine anni '90 Zaccaria (in *Ars Interpretandi*, VIII/2019, 1, p. 13), con specifico riferimento alla fattispecie, scrive che la sua "dimensione ermeneutica […] è uguale alla somma delle sue concepibili applicazioni corrette". Sulla stessa lunghezza d'onda, Falzea (*La prassi nella realtà del diritto*, in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1999, p. 431) afferma che la sussunzione propria della fattispecie non è un'operazione di carattere di mera deduzione logica, perché "la indeterminatezza della norma ammette specificazioni molteplici sia nella determinazione del fatto sia nell'individuazione dell'effetto, tutte egualmente legittime perché tutte compatibili tanto con la previsione normativa quanto con la verificazione fattuale".

[158] N. 125 del 19 maggio scorso.

[159] Sentenza che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18 dello Statuto, settimo periodo, secondo comma, "limitatamente alla parola 'manifesta'". La pronuncia segue le decisioni della Consulta 8 novembre 2018 n. 124, 16 luglio 2020 n. 150 e 1 aprile 2021 n. 59, che hanno rivisto - come noto - passaggi significativi delle recenti riforme della disciplina dei licenziamenti: su di esse, v., da ultimo e per tutti, Ghera, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, e Bianchi D'Urso, *La tutela contro i licenziamenti ingiustificati tra risarcimento e reintegra*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, *cit.*, rispettivamente, pp. 1047 e 1173.

[160] Cataudella, *Fattispecie*, *cit.*, p. 934.

dell'ordinamento. Tuttavia, l'apertura cognitiva del sistema si combina, pur sempre, con la sua chiusura normativa[161].

Ciò significa che l'applicazione diretta dei principi costituzionali – la cd. *Drittwirkung* – è da escludere, come sostiene l'opinione dominante[162]. I principi costituzionali trovano invece applicazione attraverso le predisposte tecniche normative proprie dell'ordinamento: le clausole generali - ipotesi, peraltro, nei suoi esatti termini discussa così come discussa è la sua ricostruzione al di fuori della logica della fattispecie[163] - e la cd. interpretazione conforme alla Costituzione. Entrambe (anche superfluo sottolinearlo) di marcato rilievo[164], ma, entrambe, dipendenti da una decisione politico/istituzionale e normativamente circoscritte. La clausola generale comunque passa attraverso una previsione normativa, e richiede (secondo l'opinione a mio avviso più convincente) "pur sempre 'una mossa interpretativa'"[165]. Così come l'interpretazione conforme alla Costituzione avviene in ogni caso "entro il campo semanticamente definito dal tenore testuale della norma"[166]. Limite quest'ultimo che, nel contesto multilivello, definisce pure i confini della disapplicazione del diritto interno e dell'interpretazione conforme rispetto al diritto dell'Unione europea[167].

---

[161] I principi, se hanno un'identità non rigida, presentano - non va dimenticato - indiscutibilmente un nucleo contenutistico che ne costituisce la ragion d'essere e fornisce "criteri per prendere posizione": Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 149.

[162] Corso, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, VIII/2019, 1, p. 87; Persiani, *Ancora sul diritto civile*, *cit.*; Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 7; Guastini, Sub *art. 101*, *cit.*, p. 187; D'Amico, *Problemi*, *cit.*, p. 5; Navarretta, *op.cit.*, *passim*; Nogler, *La disciplina dei licenziamenti*, *cit.*, p. 604; Id., *Agorà*, *cit.*, p. 119; Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 210; Sorrenti, *op. cit.*, p. 84. Sul tema è classico il riferimento a Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, p. 201. Per l'opinione contraria v., per tutti, Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *RDC*, 2010, I, p. 332; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980, p. 90; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 417.

[163]Cfr., tra gli altri, Navarretta, *Costituzione*, *cit.*, pp. 5, 162 e 221; D'Amico, *Problemi*, *cit.*, pp. 9 e 14, note 71, 125 e 127; Mengoni, *Autonomia*, *cit.*, p. 9.

[164] In particolare, sulla diffusione dell'interpretazione conforme a Costituzione cfr., in senso critico, M. Luciani, *op. cit.*, p. 469.

[165] Chiassoni, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *GI*, 2011, p. 1697 e, adesivamente, Ballestrero, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 39. Più di recente, della vastissima letteratura, v. Velluzzi, *Come s'interpretano le clausole generali. Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2018, 2, in *ordines.it*; D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, 2017; Pedrini, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, rist. emendata, Bonomia University Press, 2014. Nella riflessione giuslavoristica, v. anche, per tutti, Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *GDLRI*, 2015, p. 45; Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in *GDLRI*, 2015, p. 89; Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *GDLRI*, 2015, p. 3; Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, 1990.

[166] M. Luciani, *op. cit.*, p. 446. Su di un piano diverso, ancorché (come noto) discusso, si pone la Corte costituzionale con le sentenze cc.dd. manipolative, che "operano al di là della scelta entro la pluralità di interpretazioni possibili" - perché manipolare "è diverso da interpretare" - con scopi "ricostruttivi" del testo (Zagrebelsky-Marcenò, *op. cit*., p. 229). Comunque anche per la Consulta sussistono "limiti", individuati, secondo la nota teoria di Crisafulli, dalle "rime obbligate": sicché, pure nelle decisioni additive o sostitutive, la Corte "non crea [...] liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella - già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione - mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa" (Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II*, Cedam, 1984, p. 407). Sull'argomento v., da ultimo e tra gli altri, De Luca, *La Corte costituzionale torna sulle "rime possibili": un'insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazione a margine della sent. n. 185 del 2021)*, in *consultaonline*; Morrone, *Suprematismo giudiziario*, *cit.*, p. 251; Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *rivista AIC*, 2017, 3, in *rivistaaic.it*.

[167] Cfr. Ruggeri, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *rivista AIC*, 2014, 2, p. 11, nt. 42, in *rivistaaic.it*; Bernardi, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto contemporaneo*, 2013, p. 233, nt. 25.

C'è poi l'ipotesi della "lacuna", anch'essa oggetto di opinioni discordanti, e su cui - come si ricorderà - pone l'accento chi sostiene la prospettiva lavoristica sui rimedi. Considerandola ora in generale, v'è chi, in sua presenza, apre la porta all'applicazione dei principi costituzionali[168], ma non manca chi, invece, continua a tenere chiusa quella porta[169]. Sempre naturalmente ammesso che di lacuna si tratti e non di scelta di non legiferare[170] (distinzione, come tra breve vedremo, importante per la nostra materia). Comunque sia, anche la lacuna, in quanto tale, appare circoscritta e residuale rispetto all'intervento della legge; non a caso la presunta crisi della fattispecie cerca altrove le sue ragioni.

Viene da dire, siamo al riparo dai noti rischi della schmittiana "tirannia dei valori". La fattispecie rimane snodo essenziale del "processo dinamico della realtà giuridica"[171].

13. *La convergenza del diritto del lavoro nella sua "naturale" postura post-positivista*.

Prima di ritornare alla prospettiva rimediale nell'accezione lavoristica c'è ancora un passaggio da compiere. Per tante intuibili ragioni appare, infatti, necessario chiedersi se il quadro sinteticamente tracciato sia riferibile alla nostra materia.

Il tema meriterebbe, anch'esso, una trattazione a sé per il rilievo, anzitutto storico, e le molteplici implicazioni, che vanno oltre pure la classica questione del rapporto col diritto "primo", o, per meglio dire, col diritto civile, venendo in gioco categorie di teoria generale. Ma continuo, ovviamente, a limitarmi a quanto qui possibile e necessario, sempre procedendo per schematizzazioni.

Non dico nulla di nuovo ricordando che il lavoro subordinato, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva, ha costituito per molti decenni un *problema irrisolto* per il nostro ordinamento, all'insegna della tradizionale "chiusura" positivista nell'esperienza liberale delle origini e di operazioni mistificatorie nel periodo corporativo, alle quali non è estranea neppure la codificazione del '42, comunque di formalistica impostazione paritaria dei contraenti.

Sarà con la legislazione speciale che la subordinazione farà pieno ingresso nell'ordinamento, finalmente nella sua "reale" dimensione contrattuale contraddistinta dalla *persona che lavora* in situazione di soggezione. Saranno quindi i valori/principi costituzionali, nella loro originaria plurima ispirazione[172] - nella quale troverà posto e ancor prima assorbimento anche la possibile componente hegelo-marxiana della cultura giuslavoristica[173] - a soddisfare quell'apertura che, all'ordinamento, il diritto del lavoro chiedeva da tempo, nella sua "razionalità materiale"[174]. Il tramite, tuttavia, sarà anzitutto la legge, con le sue fattispecie. E se la legge esprimerà qui, appieno, la sua funzione di messa a punto dei programmi dei Costituenti, le relative fattispecie per molti

---

[168] D'Amico, *Problemi*, *cit.*, p. 11; Navarretta, *Costituzione*, *cit*., pp. 176 e 218.

[169] Cfr., tra gli altri, Nogler, *Agorà*, *cit.*, p. 107, il quale precisa che la possibilità della cd. "lacuna in senso proprio" costituisce "un'evenienza comunque assai improbabile considerata la presenza di un numero notevole di valvole di sfogo"; Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 1, p. 107. A parte quanto si dirà in seguito circa l'esistenza di norme costituzionali con valenza di regole, qui non interessa la questione relativa al se esse, in generale, abbiano o no fattispecie, questione - come noto - discussa: in proposito v., per tutti, Persiani, *Ancora sul diritto civile*, *cit*.; D'Amico, *Problemi*, *cit*., p. 9; Cataudella, *Nota breve*, *cit*., p. 248; Irti, *La crisi*, *cit*.; Mengoni, *L'argomentazione*, *cit*., p. 129.

[170] Cfr. D'Amico, *Problemi*, *cit.*, p. 12.

[171] Scognamiglio, *op. cit*., p. 5.

[172] Sulla logica di unità (più che di compromesso) dei valori/principi costituzionali, in chiave storica, v., per tutti, Passaniti, *La Costituente tra cronaca e storia. Il nodo giuslavoristico nell'ordine democratico*, in L. Gaeta (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014, p. 13.

[173] Rimarcata da Del Punta, *Epistemologia*, *cit.*, p. 40.

[174] *Ivi*, p. 41.

anni, nei valori/principi costituzionali, rinverranno una bussola "aggregante" anche per l'interprete[175], anziché risultare "destabilizzate" secondo quanto osservato dalla dottrina civilistica.

Nella medesima direzione di apertura alla realtà andrà l'incremento, ad opera della legislazione speciale, di norme più che di clausole cc.dd. generali o aperte, o comunque con formule elastiche, come, nel tempo, il giustificato motivo di licenziamento, l'equivalenza delle mansioni, la nozione di discriminazione indiretta, il modello organizzativo e gestionale dell'azienda quale esimente nella normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro e via dicendo.

Là dove il tessuto costituzionale potrà solo parzialmente sarà sul versante sindacale. La *realtà* del fenomeno collettivo risulta ancora troppo peculiare, o forse giovane, per trovare "adeguata" risposta da parte dell'ordinamento. In proposito la Costituzione, col principio dell'art. 39, c. 1, coniugato con l'art. 40, romperà la storica chiusura verso la dimensione effettiva di quel fenomeno, di libertà nella duplice componente individuale e collettiva, ma non riuscirà ad andare oltre. Timorosa del passato, per un verso, e, per altro verso, sospinta dalla fase di crescita socio-economica, quella libertà si appoggerà soltanto a ciò che l'ordinamento, ancora una volta nella sua tradizione positivista, saprà offrirgli, ovvero le regole del diritto privato, idonee a farle da volano. Terrà invece lontano quanto necessario ad armonizzare le intrinseche plurali espressioni della libertà individuale nella strutturale dimensione collettiva, cioè i commi dell'art. 39 successivi al primo. A quell'armonizzazione la libertà sindacale preferirà pensare da sé: giovandosi di una serie di favorevoli contingenze storiche tali da assicurare, in sintesi, una sufficiente coesione sociale. Avrà così origine una singolare esperienza di autoregolazione "fattuale", con protagonista l'autonomia collettiva: la realtà sprigionerà tutta la sua forza regolativa. Scenario che, specularmente alla debolezza del quadro normativo, darà spazio all'interprete, alimentandosi al contempo del suo sostegno, giurisprudenziale e dottrinale. E con la più importante espressione del secondo, precisamente con la teoria dell'ordinamento intersindacale[176], "il tema dell'autonomia scientifica e disciplinare del diritto del lavoro si è epistemologicamente intrecciato"[177].

In molte ipotesi sarà proprio il supporto dell'ordinamento intersindacale a consentire alla legge, tramite la ben nota tecnica del rinvio al contratto collettivo, ad arginare, se non a superare, le intrinseche incertezze presenti nella disciplina di questo o quel profilo delle relazioni di lavoro. Si pensi, ad esempio, ai contratti cc.dd. flessibili, alla gestione di vicende organizzative o di crisi aziendali, in generale a tutti gli istituti interessati dal cd. "garantismo collettivo".

In un siffatto quadro - come abbiamo sentito tante volte ripetere - sostanzialmente suppletivo dell'art. 39, seconda parte, Cost., la contrattazione collettiva costituirà, dunque, una risorsa tanto preziosa quanto unica nella sua duttilità, assai funzionale alla regolazione della complessità delle organizzazioni produttive e, più in generale, del lavoro.

È così che, per molti anni, molti hanno seguito l'assunto secondo il quale: "i buoni discorsi sul metodo sono i lavori metodologicamente ben fatti"[178]. Come dire, è venuta fuori la *naturale postura post-positivista* del diritto del lavoro, al positivismo tradizionale da sempre estraneo[179].

---

[175] Scrive Del Punta (*Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, p. 3), non senza una venatura critica: "la Carta costituzionale [ha] rappresentato, per la giurisprudenza ma più in generale per tutto il discorso giuslavoristico, la vera stella polare, o, per esprimersi in termini filosofici, il luogo dei fondamenti ultimi della materia".

[176] Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

[177] Caruso-Del Punta, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 2013, 4, p. 660.

[178] Così Romagnoli, richiamato da Mariucci, da ultimo, in *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, 4, p. 588. Rileva Nogler (*Sul pensiero giuslavoristico*, *cit.*, p. 249) che anche coloro che, meno sensibili alle spontanee dinamiche regolative sociali, comunque non sentivano il bisogno di parlare di "metodo" perché abituati ad operare sulla base di premesse concettuali "largamente accettate".

[179] Da ultimo cfr. Caruso-Del Punta-Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the Study of European Labour Law, *"Massimo D'Antona"*, maggio 2020, p. 18.

14. *(Segue) L'insegnamento di Mengoni e di D'Antona e il più recente contenzioso.*

Sul finire degli anni '80 lo scenario muta, sì da indurre uno studioso di grande levatura a dedicare una stimolante riflessione, di carattere metodologico, all'*anomalia post-positivista* del diritto del lavoro. Segnatamente egli rilevava, in relazione all'accentuazione dei suoi pregi e difetti, un "disagio post-positivista", che in sintesi concretizzerei: a) nella sopravvalutazione del "problema" e dei saperi-altri rispetto al "sistema" e al punto di vista giuridico (la già rammentata teuberiana "trappola epistemica"); b) nella perdita di efficienza del dialogo interno alla comunità scientifica sul piano della "reale comunicazione (nel senso habermesiano del termine)".

È diffusa l'opinione secondo cui lo scritto in parola, negli anni successivi, non sarà trascurato ma neanche avrà l'attenzione che avrebbe meritato. Di sicuro le riflessioni dei lavoristi espressamente dedicate al metodo aumenteranno, con taglio e approfondimenti diversi[180]. L'incremento numerico delle riflessioni sull'argomento, di per sé, non dice molto: la questione del metodo non può, evidentemente, esaurirsi nella sua applicazione, ma neppure nella sua discussione. In proposito qui, però, non è possibile andare oltre. Per proseguire sono invece sufficienti alcune significative considerazioni che, dalla menzionata riflessione, ancora a mio avviso di forte attualità, traggono spunto.

La prima considerazione muove anzitutto da quanto scritto da un altro nostro Maestro in merito alla già menzionata lezione mengoniana. Dopo Mengoni - egli scrive - "il ruolo dei giuristi del lavoro non è stato più lo stesso": essi "non hanno più potuto servirsi del privilegio che [...] consisteva nel fare dell'attitudine antilegislativa, antiformalista, antidogmatica della materia un pretesto per procacciare un salvacondotto metodologico anche al più disinibito eclettismo di saperi e schemi di ragionamento"[181]. Io aggiungerei, dopo Mengoni e dopo (anche) D'Antona: del resto il Maestro di cui parlo precisa che, quel privilegio, i giuristi del lavoro se lo "concedevano richiamandosi all'anomalia post-positivista del diritto del lavoro sui cui pregi e difetti s'interrogava anche [anzitutto, direi] Massimo D'Antona"[182].

---

[180] Cfr. Persiani, *Ancora sul diritto civile, cit.*; Id., *Diritto del lavoro e autorità, cit.*; Id., *Ricordando, cit.*, p. 923; Id., *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, p. 1; Bavaro, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 176; Gragnoli, *I valori e il diritto del lavoro*, in *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità*, cit., p. 347; Roselli, *Crisi della fattispecie, cit.* p. 210; Speziale, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 1; Id., *La giurisprudenza*, cit.; Ballestrero, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, p. 76; Caruso-Del Punta, *op. cit.*; De Luca Tamajo, *Il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro: luci e ombre di una attitudine creativa*, in *LD*, 2016, p. 814; G. Ferraro, *Teoria e cronache del diritto sindacale e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2016, p. 16; Mariucci, *op. cit.*, 2016; L. Zoppoli, *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, in *LD*, 2016, p. 685; Nogler, *Agorà, cit.*; Id., *Sul pensiero giuslavoristico, cit.*; Id., *Rilettura giuslavoristica di "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico"*, in *WD C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*-128/2011; Id., *L'itinerario, cit.*; Caruso, *Giudici, cit.*, p. 246; Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235; Id., *L'interpretazione, cit.*; Del Punta, *Epistemologia, cit.*; Id., *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, p. 461; Sciarra, *Post positivista e pre globale. Ancora sull'anomalia del diritto del lavoro italiano*, in *GDLRI*, 2009, p. 159; Tosi, *Il metodo nel diritto del lavoro. La lezione di Luigi Mengoni*, in *ADL*, 2007, p. 874; Romagnoli, *op.cit.*

[181] Romagnoli, *op. cit.*, p. 401, il quale - è interessante rammentarlo - nota come Mengoni si sia dedicato con una "continuità sconosciuta ai giuristi positivi a studi che [...] non sono di diritto del lavoro, ma che il suo crescente interesse al diritto del lavoro presumibilmente lo incitava a compiere". E altri hanno precisato (Nogler, *Rilettura*, p. 13, sottolineando l'influenza sul pensiero di Mengoni della monografia di Giugni del 1963, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene) come al diritto del lavoro Mengoni debba in particolare l'attenzione al giusrealismo americano e al "problema" prima che al "sistema".

[182] Romagnoli, *op. cit.*, p. 403. Il pensiero di Romagnoli assume ancora più significato considerando che a lui si deve l'affermazione già prima riportata, secondo cui "i buoni discorsi sul metodo sono i lavori metodologicamente ben fatti".

La seconda considerazione è strettamente legata a quanto appena osservato. Ho detto che non vado oltre la constatazione di un incremento delle riflessioni lavoristiche sulla questione metodologica negli ultimi decenni. Non è indifferente tuttavia aggiungere che, pur nella loro diversità, l'insieme dei vari contributi non mi pare proprio smentisca quanto scritto dal Maestro appena ricordato. È il caso invece di sottolineare come, più d'uno, si soffermi sull'importanza della comunità degli interpreti e, quindi, del confronto scientifico.

La terza considerazione riguarda il versante sindacale. È, non a caso, in particolare su questo versante che D'Antona rileva lo sbilanciamento verso "altri saperi", con una libera sostituzione tra *inventio* e *demonstratio*, che segnatamente prendeva corpo - a suo avviso - nell'insufficienza del "*consenso* dei gruppi sociali in conflitto come fattore di legittimazione extrapositiva del diritto sindacale" in riferimento all'area contraddistinta dalla presenza di una "multipolarità di interessi e valori concorrenti" in ragione della presenza del "momento" pubblico (utente, risorsa o struttura che fosse)[183]. Oggi - a parer non solo mio - tale sbilanciamento è andato oltre, interessando l'intero mondo del lavoro, ormai articolatosi e frammentatosi e perciò divenuto anch'esso "multipolare". La più ampia richiesta di un intervento legislativo, anche da buona parte del mondo sindacale, maturata dopo la vicenda Fiat[184] ne è prova consistente. E può esserlo pure dei frutti della lezione mengoniana se uno degli insegnamenti che si invitava a trarne era proprio quello di "smettere di correre dietro ai fatti con la temerarietà di un pattinatore principiante"[185]. La richiesta d'intervento legislativo - per dirla in termini consoni con queste pagine - appare una richiesta di *fattispecie sindacale*: ossia di *giudizio di rilevanza*, da parte del legislatore, del *problema* sindacale con i conseguenti *effetti di disciplina*, "all'interno dell'ordinamento più generale, e dei suoi criteri di legittimazione del diritto"[186] .

La quarta e ultima considerazione, inerente sempre all'eccessiva attenzione verso saperi-altri, attiene alla "preponderanza 'inflattiva', suggerita dalla tirannia dello scopo", precisamente di carattere economico[187]. Pensando all'attualità, la mente non può non andare, in particolare, al cd. contratto a tutele crescenti[188].

A questo punto mi pare che si possa tornare al quesito da cui questo paragrafo ha preso le mosse. In sintesi, non vi sono ragioni per non ritenere che, *pure per la nostra materia, la fattispecie costituisca un centrale snodo sistematico*. Si può probabilmente affermare che il diritto del lavoro, come già in altre circostanze[189], abbia avuto un ruolo pionieristico: vuoi per l'attenzione ai valori/principi costituzionali, vuoi per l'apertura al "problema". Tuttavia ciò esprime, semplicemente, un'attitudine alla veste "critica" della fattispecie, non certo un suo superamento.

---

[183] D'Antona, *L'anomalia*, *cit.*, p. 220.
[184] Per una sintesi del dibattito, cfr., da ultimo, Di Noia, *Rappresentatività e contratto collettivo. Libertà, pluralismo ed esigenze regolative*, Giappichelli, 2022, p. 189.
[185] Romagnoli, *op. cit.*, p. 403.
[186] Per riprendere ancora le parole di D'Antona, *op. cit.*, p. 221.
[187] Cosa diversa - precisa opportunamente D'Antona - dalla fisiologica presenza di "premesse empiriche nel ragionamento giuridico" (*op. cit.*, p. 222); o, riprendendo più recenti parole, dal "sincretismo metodologico" quale "cifra più aggiornata delle metodologie delle scienze sociali, inclusa quella giuridica", che fa, della "razionalità giuslavoristica", una "razionalità di sintesi" (Caruso-Del Punta-Treu, *op. cit.*, p. 18). D'Antona rilevava, per la precisione, la suddetta preponderanza inflattiva in riferimento a uno dei primi interventi della cd. stagione della flessibilità, il contratto di formazione lavoro, le cui differenze di trattamento la Corte costituzionale aveva giustificato per l'obiettivo economico-sociale dell'incremento dell'occupazione.
[188] In particolare, per quanto attiene al bilanciamento tra *sociale* ed *economico* nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, anche in relazione alla conseguente pronuncia della Corte costituzionale n. 194/2018 e al relativo dibattito, sia consentito il rinvio ad A. Zoppoli, *La Consulta interviene sul* Jobs Act *ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2014, p. 219.
[189] Lo sottolineano, da ultimo, Caruso-Del Punta-Treu, *op. cit.*, p. 18.

Taluni, invero, rilevano che il contenzioso è, da qualche anno, mutato in termini tanto qualitativi quanto quantitativi, con maggiore instabilità e contrasti, quindi con più "incertezza"[190]. Tanto da determinare anche una reazione legislativa inusuale, volta a ridurre l'intervento del giudice, non a caso piuttosto criticata dalla dottrina[191].

Al riguardo mi limito a due osservazioni speculari.

Già più volte anche qui si è ricordato come i generali mutamenti da tempo in atto, accentuatisi nel nuovo secolo, abbiano incrementato l'attenzione verso l'economia e l'impresa, comportando una ridefinizione degli equilibri tra interessi e valori della materia, con implicazioni, secondo alcuni, finanche sui suoi paradigmi. La bussola aggregante dei valori, sicché, ha ridotto la sua tenuta e la maggiore turbolenza assiologica, di conseguenza, ha aumentato la pressione sulla fattispecie critica anche nel diritto del lavoro[192].

Questi mutamenti sollecitano il ruolo della comunità degli interpreti. In proposito mi sembra utile ricordare l'incidenza della prevalente e convinta opinione di dottrina e giurisprudenza su tre vicende piuttosto emblematiche verificatesi nel corso degli anni: il rilievo nell'ordinamento statale riconosciuto alla proposta della Commissione di garanzia *ex* l. 12 giugno 1990, n. 146, sfociato nella "provvisoria regolamentazione" con la l. 11 aprile 2000, n. 83; la disputa sul carattere (temporaneo o meno) della causale del termine nella disciplina del d. lgs. n. 368/01, sostanzialmente conclusa con la sentenza della Cassazione del 27 aprile 2010, n. 10033; la ricostruzione tecnico-giuridica del "fatto" nella disciplina dei licenziamenti introdotta già dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, che ha sensibilmente delimitato l'ambito dei possibili significati della norma[193].

15. *Inconfigurabilità della soluzione giurisprudenziale per la prospettiva rimediale* lavoristica.

Si può ora ritornare alla prospettiva rimediale, nella *particolare accezione lavoristica* prima messa a fuoco.

Dunque, anche per la relativa riflessione, la fattispecie, nella confermata centralità di schema tipico della norma di legge e snodo del sistema normativo, costituisce un punto di partenza obbligato.

Sicché è da escludere la realizzazione della prospettiva rimediale per via giurisprudenziale. Al riguardo, il quesito prima lasciato sospeso circa il ruolo del giudice e i confini dell'interpretazione trova necessaria risposta *nelle funzioni della fattispecie*. Il rimedio, identificando secondo la prospettiva rimediale *lavoristica* un segmento di tutela, si sposta - come abbiamo visto - dal piano *della protezione* di un interesse/diritto rimasto insoddisfatto (nozione "civilistica" di rimedio) al piano *dell'individuazione* dell'interesse/diritto da soddisfare (nozione "lavoristica" di rimedio").

---

[190] Cfr., sul tema, Ballestrero, *op. cit.*; Caruso, *Giudici*, *cit.*; Del Punta, *Il giudice*, *cit.*; De Luca Tamajo, *op. cit.*; Speziale, *op. cit.*, p. 613.

[191] Due esempi per tutti: gli artt. 30 e 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183, concernenti, rispettivamente, il controllo giudiziale su quelle che il legislatore, nello stesso articolo, definisce "clausole generali", e la disciplina dell'arbitrato. Al riguardo, più in generale, v., tra gli altri, Ballestrero, *op.cit.*, *passim*; Id., *Tra confusione e sospetti*, *cit.*, p. 389; De Luca Tamajo, *op. cit.*, p. 818; A. Zoppoli, *Verso il tramonto dell'inderogabilità*, in Corazza-Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 48.

[192] Scrive L. Zoppoli (*I giuristi*, *cit.*): "il capitalismo italiano, giovatosi finché possibile del pluralismo giuridico del diritto sindacale italiano e con la testa sempre più volta alle opportunità dell'economia globale, ha colto al volo le occasioni offerte dal legislatore italiano degli ultimi anni per tornare a rendere calcolabile nel suo unico interesse il diritto di matrice legislativa, poco essendo interessato alla purezza e alla coerenza delle costruzioni giuridiche".

[193] Su queste vicende, cfr., per tutti, Rusciano (*L'*iter *formativo della legge n. 83/2000*, in D'Onghia-Ricci (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, 2003, p. 25; Gragnoli, *Articoli 2, 3, 5. Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero*, in Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 51; Speziale, *Lavoro a termine (voce)*, in *ED*, IX, Giuffrè, 2016, p. 497; Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 99; V. Luciani, *I licenziamenti individuali nel privato e nel pubblico*, Giappichelli, 2022, p. 62; Esposito-L. Gaeta-A. Zoppoli-L. Zoppoli, *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2021, p. 337.

Pertanto, attribuire al giudice il potere di individuare l'interesse/diritto da soddisfare vuol dire rimettere ad esso "il giudizio di rilevanza" di questo o quel (profilo di) fatto inerente a questa o a quella forma di lavoro ai fini dell'attribuzione appunto del conseguente diritto: un giudizio che *compete invece alla fattispecie* (con i suoi effetti). Appropriandosene, il giudice, varca il predetto confine per esercitare appieno il potere di *creare la norma*: *conclusione evidentemente incompatibile col nostro sistema normativo*. La sostituzione del giudice alla fattispecie quale schema tipico della norma di legge, generale e astratta: 1) precluderebbe l'organizzazione dei fenomeni giuridici e quindi la razionalità assiologico/formale del sistema, ossia l'osservanza del principio di eguaglianza e, con esso, la coerenza dell'ordinamento e la prevedibilità dei comportamenti dei consociati (nella misura possibile ma indispensabile); 2) eliminerebbe l'ineludibile momento politico/legislativo espressione del fondamento democratico dell'ordinamento.

Questo approdo richiede, però, ancora qualche precisazione.

A meritare attenzione è l'altra affermazione (più volte segnalata) che si rinviene nella prospettiva rimediale *lavoristica*, secondo la quale, "in mancanza" di regole di legge, a far da guida e argine all'arbitrio del giudice sono i principi costituzionali, in particolare in materia di retribuzione, tutela della salute, discriminazione, privacy, libertà e organizzazione sindacale. L'affermazione riporta, evidentemente, all'applicazione diretta di questi principi[194].

Secondo quanto sin qui osservato, neanche i principi costituzionali scardinano il ruolo sistematico della fattispecie.

Anzitutto è da escludere la loro applicazione diretta, la cd. *Drittwirkung*. Occorre - osservavo in precedenza - un intervento legislativo, con il relativo giudizio di rilevanza, che raccordi valore/principio e dato di realtà. Nella Costituzione invero - come sappiamo - si rinvengono pure norme che contengono, ad un tempo, principio e regola, ossia pure "tutte le condizioni necessarie per l'applicazione della regola"[195], oltre che un principio. Per quanto qui interessa, ciò può dirsi, più o meno pacificamente, per gli artt. 36, 37, 39, e 40[196]. Il che, però, sposta nuovamente l'attenzione dal principio alla fattispecie di riferimento della regola, cioè a una data relazione di lavoro. Peraltro si tratta di un numero ridotto di norme, di cui la tradizionale impostazione individua le fattispecie non oltre aree di lavoro comunque contraddistinte da dipendenza sociale ed economica[197].

---

[194] La questione - è appena il caso di ricordarlo - non ha nulla da vedere con l'altra più ampia, assai attuale, dei valori fondanti il diritto del lavoro, che pure impatta sui principi costituzionali, ma in un momento logicamente precedente, quello concernente contenuto e bilanciamento dei principi. Al riguardo cfr., per tutti e da ultimi, Del Punta (a cura di), *Valori*, *cit*.; Id., *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-395/2019; Perulli-Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022; Gragnoli, *I valori*, *cit*., p. 351; Pedrazzoli, *Assiologia del lavoro e fondamento lavoristico della Repubblica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu, I*, Jovene, 2011, p. 187; Veneziani, *Il lavoro tra l'*ethos *del diritto ed il* pathos *della dignità*, in *GDLRI*, 2010, p. 259; il numero 4 di *Lavoro e diritto*, 2016, dedicato al tema "*Culture e dottrine del giuslavorismo*".

[195] Mengoni, *L'argomentazione*, *cit.*, p. 129, da cui sono tratte le citazioni; in merito alla distinzione principi/regole v., tra i tanti, anche D'Amico, *Problemi (e limiti)*, *cit.*, p. 8; Navarretta, *Costituzione*, *cit.*, p. 22.

[196] Cfr., per tutti, Mengoni, *L'argomentazione del diritto costituzionale*, in *Ermeneutica*, *cit.*, p. 131; Nogler, *Agorà*,*cit*., p. 119; Cataudella, *Nota*, *cit*., p. 248.

[197] Per gli artt. 36 e 37 Cost. cfr. Vallauri, *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Giappichelli, 2020, p. 16; Delfino, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2019, p. 76; Pascucci, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?* FrancoAngeli, 2018, p. 88*;* L. Zoppoli, *La retribuzione*, in AA.VV., *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018, p. 358; Pedrazzoli, *Assiologia*, *cit.*, p. 202; Bellomo, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2002, p. 27. Per la libertà sindacale, la delimitazione indicata nel testo si rinviene costantemente nella manualistica; v. per tutti: Esposito-L. Gaeta-A. Zoppoli-L. Zoppoli, *op.cit.*, p. 150; Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *Diritto del lavoro*, *1*, *Il diritto sindacale*, Utet, 2018, p. 107; Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2014, p. 106; Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 39; Magnani, *Il diritto sindacale*, Giappichelli, 2013, p. 28; Ghezzi-Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, 1997, p. 45.

Né il discorso cambia avendo presente la positiva tendenza verso il carattere "universale" di alcune tutele - che prescindono dalla relazione di lavoro per guardare direttamente alla "persona" - grazie anche all'impulso delle direttive dell'Unione europea, come, secondo modalità e misura diverse, le tutele in materia di discriminazioni, di salute, di privacy[198]. Da un lato, la logica della fattispecie rimane immutata, evidentemente spostandosi verso la *persona che lavora*; dall'altro lato queste tutele coprono una ridotta parte dei molteplici profili del rapporto di lavoro. E al diritto sovranazionale non può chiedersi un più generale sostegno, in particolare invocando questo o quel principio: non solo perché pure al riguardo la *Drittwirkung* incontra gli ostacoli in precedenza evidenziati, con il conseguente necessario intervento del legislatore interno, ma ancor prima perché, comunque, la fonte di maggior interesse sul piano dei diritti sociali, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, s'imbatte nel limite strutturale della sua applicazione, secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia circoscritta alla "attuazione del diritto dell'Unione"[199].

V'è poi l'ipotesi dell'applicazione dei principi costituzionali in "mancanza" di regole legali, ossia l'ipotesi di lacuna normativa, che è quella a cui la prospettiva rimediale lavoristica fa espresso riferimento. Come prima ricordato, in mancanza di regole diviene possibile, ancorché non sia pacifica[200], l'applicazione diretta dei principi costituzionali. Tuttavia, se la questione delle *lacunae legis* e dei suoi corollari tecnici negli ordinamenti contemporanei non costituisce più elemento di chiusura dell'ordinamento bensì sovente fattore di destabilizzazione per l'inadeguatezza della rappresentanza politica a stare dietro alla realtà[201], non sembra esattamente questo il nostro caso. Come si sa, da qualche anno, molteplici sono gli interventi del legislatore italiano sulle varie forme assunte oggi dal lavoro e sulle relative tutele, per le quali – giova rammentarlo – l'inderogabilità continua a giocare un ruolo di primo piano. Sull'operato del legislatore si può discutere e, tra breve, lo si farà. Per il momento c'è da osservare che, seguendo il vecchio brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, appare francamente forzato configurare una lacuna nell'area della tipologia dei rapporti di lavoro e delle conseguenti discipline.

Gli interventi del legislatore, piuttosto, portano ad esaminare l'altra ipotesi prima emersa per realizzare la prospettiva rimediale *lavoristica*, ossia la "soluzione legislativa", dovendosi considerare conclusa, a questo punto, l'analisi sul versante giurisprudenziale.

III. Prospettiva rimediale lavoristica e soluzione legislativa.

---

[198] In proposito cfr. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Un'introduzione critica*, Wolters Kluwer, 2017, p. 154; Barbera, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in Barbera-Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 14; Id., *Impresa, cit.*, p. 417; R. Santagata De Castro, *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente". Nozioni, giustificazione, prova*, Giappichelli, 2019, p. 25; Natullo, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, 2012, p. 61; Id., *Ambiente di lavoro e tutela della salute dallo Statuto alla pandemia "Covid-19"*, in *Quaderni DLM, Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, I*, a cura di Rusciano-L. Gaeta-L. Zoppoli, 2020, p. 184; Pascucci, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro ... e sulle norme sulla sicurezza di* rider & co, in *DSL*, 2019, p. 40; Id., *Il campo di applicazione soggettivo e il compito dei lavoratori*, in L. Zoppoli-Pascucci-Natullo, *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa WKI, 2008, p. 94; Lazzari, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, FrancoAngeli, 2015, p. 71; Pisani-Proia-Topo, Privacy *e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2022; Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, p. 26; D'Arcangelo, *L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*, in *DLM*, 2020, I, p. 76.

[199] Al riguardo v., per tutti, Lo Faro, *L'Europa sociale oltre la Carta?* in *GDLRI*, 2018, p. 761; Navarretta, *Costituzione*, *cit.*, pp. 65, 85 e 148; Delfino, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali*, in *DLM*, 2014, p. 175. Per una diversa interpretazione v. Chieco, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova* governance *economica europea*, in *GDLRI*, 2015, p. 359.

[200] Cfr. la precedente nota 169.

[201] Sorrenti, *op. cit.*, p. 70.

16. *Soluzione legislativa per la prospettiva rimediale* lavoristica *e fattispecie*.

La soluzione legislativa, sebbene - si diceva prima – "debole", finisce per assumere, inevitabilmente, maggiore concretezza. È opportuno anzitutto far chiarezza su alcuni profili preliminari.

Dinanzi alle "tendenze centrifughe che attraversano l'economia e la società contemporanea" non v'è dubbio che occorrono "scelte pubbliche orientate a difendere e promuovere i fondamentali diritti delle persone"[202]. Tali scelte - punto su cui convergono, non da ora, le opinioni quanto meno di tanti – ormai non possono più essere adeguatamente governate tramite le due tradizionali e centrali fattispecie della "autonomia" e della "subordinazione". Ciò però, se vale per queste due fattispecie, soprattutto nella rigida espressione binaria - "vecchi schemi" retti da "presunti concetti totalizzanti" si è scritto[203] -, per quanto emerso nelle pagine precedenti non può estendersi alla "fattispecie" in generale, quale schema tipico della norma di legge: occorre guardarsi dalla fuorviante sovrapposizione tra la dicotomia (e le fattispecie) subordinazione-autonomia - con la forza attrattiva e totalizzante degli effetti propria della prima - e la fattispecie quale schema tipico della norma nonché snodo imprescindibile del sistema. Non è questione di "bisogni", vale la pena precisarlo: come ben emerso anche negli sviluppi del dibattito sui rimedi, il "bisogno" è sotteso a qualsiasi istanza di tutela; evidentemente la subordinazione sino a oggi ha esercitato la sua *vis attractiva* in primo luogo verso i bisogni, che adesso si avverte invece la necessità di articolare su più fattispecie.

Pur nella (o forse grazie alla) sua veste *critica*, dai margini di adattamento significativi, la "fattispecie" legale continua, dunque, a costituire un mezzo tecnico imprescindibile per governare la distribuzione delle tutele tra le varie forme di lavoro, a garanzia dei diritti fondamentali delle persone. Questo obiettivo, prima delle evidenti implicazioni di merito (quali tutele e a chi), non può prescindere dall'osservanza del principio di eguaglianza e dalla decisione politico/legislativa: sarebbe arduo disegnare un quadro organico, *il più organico possibile*, di distribuzione di quelle tutele senza la "fattispecie", strumento di razionalità assiologico/formale del sistema normativo[204].

Volendo ritornare al *common law*, indicazioni analoghe sembrano pervenire anche dai relativi ordinamenti: come si ricorderà, comunque è sulla fattispecie, in quanto componente della sequenza dello *stare decisis* o della norma di legge - tutt'altro che marginale pure in quell'esperienza - che insistono le sollecitazioni derivanti, oggi, soprattutto dalle nuove forme di organizzazione digitale del lavoro[205].

Orbene, a questo punto v'è da chiedersi come la prospettiva rimediale possa concretamente tradursi sul piano legislativo. Posta l'identificazione del rimedio nel singolo segmento di tutela, considerando il dibattito e l'esperienza storica, si può qui far riferimento a tre ipotesi.

La prima è incentrata sulle singole tutele previste per legge e sulle relative *rationes*. La seconda inserisce singole tutele nell'ambito di una disciplina a carattere più generale avente un referente soggettivo, entrambi (disciplina e referente) contemplati dal legislatore. La terza sposta il piano d'azione, concretizzandosi in un'articolazione della tecnica normativa: la necessità della fattispecie

---

[202] Esigenza opportunamente sottolineata da Treu, da cui sono tratte le citazioni (*Rimedi*, *cit*., p. 398).
[203] Treu, *Rimedi*, *cit*., p. 398.
[204] Sicché, questo appare l'obiettivo minimo o verso il quale occorre necessariamente tendere, ancorché si possa pensare che "i progetti originari di statuto dei lavori si proponevano, invero, un po' illuministicamente, di riordinare le discipline dell'intero spettro delle prestazioni di lavoro in un quadro organico" (Treu, *Rimedi*, *cit*., p. 399).
[205] Cfr. la precedente nota 104.

legale - è appena il caso di osservarlo - non vuol dire sua esclusività né esaustività[206]. All'esame di queste tre ipotesi è dedicata la restante parte della relazione.

17. *L'ipotesi "a matrice"*.

La prima è quella che presenta, almeno in partenza, una più convincente connotazione rimediale, perché pone al centro le singole tutele. Non a caso, di recente, è stata delineata dalla stessa autorevole voce a cui si deve, in generale, la prospettiva rimediale in versione lavoristica: stavolta l'attenzione è, appunto, rivolta alla soluzione legislativa[207].

La proposta prende le mosse, per un verso, dalla già accennata identificazione del "nuovo orizzonte della nostra materia […] con quello 'universalistico' prospettato da vari autori, non solo italiani, cioè con ogni relazione personale di lavoro"[208]; per altro verso, dalla critica al "percorso fin qui seguito dal legislatore" italiano, che ha tradotto la predetta tendenza riconducendo varie forme di lavoro "definito genericamente autonomo […] in un arcipelago di attività molto eterogenee fra loro per contenuti, per posizioni economico-sociali e quindi per necessità di tutele"[209]. Sicché, per l'autore in parola, il percorso è da "ripensare"[210]. In quest'ottica, egli propone di ricercare i "criteri per una selettività 'giusta' […] tenendo conto dei caratteri dei diversi istituti cui applicarla e quindi delle ragioni di *policy* da seguire nella distribuzione delle tutele"[211]. A tal fine – precisa – occorrerà "rendere espliciti gli obiettivi da perseguire nell'individuazione delle *policy*, i quali vengono prima delle fattispecie a cui applicare le varie normative"[212]. E, tra gli esempi, si indicano la sicurezza del lavoro (al riguardo si ipotizza espressamente di "stabilire una selettività basata […] sul rischio"), gli ammortizzatori sociali, la tutela della malattia, la regolazione della cessazione del rapporto, i diritti fondamentali di cui allo Statuto dei lavoratori. Tutto ciò viene configurato come "un approccio non più solo a cerchi concentrici come nei vecchi progetti di statuto dei lavori, ma piuttosto a matrice"[213].

Dunque, se le critiche al percorso sin qui seguito dal nostro legislatore appaiono del tutto condivisibili, e più avanti se ne illustreranno le ragioni, a qualche puntualizzazione non marginale induce l'approccio "a matrice" che, in ottica rimediale, pone al centro le singole tutele.

Anzitutto è opportuno osservare che il riferimento a concetti/termini come soglie o cerchi concentrici pare, in verità, complicare la riflessione. Già in precedenza si è avuto modo di soffermarsi sul punto, in relazione alla soluzione giurisprudenziale. Soglie e cerchi concentrici hanno tutta l'aria di essere elementi determinanti per la produzione di questo o quell'effetto. Sicché, nello scenario delineato, costituiscono, né più né meno, una "fattispecie". Al riguardo può essere

---

[206] Ciò nella natura *critica* della fattispecie è insito ma, nell'esperienza giuslavoristica, è reso ben evidente già dalla nota (in precedenza ricordata) tecnica del rinvio della legge alla contrattazione collettiva.
[207] Treu, *La digitalizzazione*, *cit.*, p. 197.
[208] *Ivi*, p. 197. Evidente il riferimento a Freedland-Kountouris, *The legal Costruction of Personal Work Relations*, OUP, Oxford, 2011: sull'articolazione e differenziazione delle relazioni personali di lavoro comunque delineate da questi autori, v. Perulli, *Oltre*, *cit.*, pp. 9 e 123. Nella tendenza "universalistica" Treu include tutele che spaziano da quelle "tradizionali sul rapporto di lavoro, alle norme sulla previdenza, sugli ammortizzatori sociali e sulla sicurezza del lavoro" (Treu, *La digitalizzazione*, *cit*., p. 197). Come noto, l'emergenza sanitaria per il Covid-19 ha dato risalto a questa tendenza, con una pluralità di interventi normativi: in proposito v., per tutti, Ciriello-Delfino (a cura di), *Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca del COVID*, Scuola Superiore della Magistratura, Quaderno 4, Poligrafico e Zecca dello Stato, 2021; Bonardi-Carabelli-D'Onghia-L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020; Garilli (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, 2020.
[209] Treu, *La digitalizzazione*, *cit*., p. 198.
[210] *Ibidem.*
[211] *Ibidem.*
[212] *Ibidem.*
[213] *Ivi*, p. 200.

utile richiamare un'affermazione emblematica, anche per la stagione a cui appartiene, secondo la quale pure il lavoro *sans phrase* è una "fattispecie"[214].

Detto questo, nello schema a matrice, per quanto si possa partire (nella "riga") dall'obiettivo e/o dall'evento della singola tutela, non si potrà prescindere dal riferimento (nella "colonna") a una forma di lavoro. La combinazione dell'uno e dell'altra configureranno, evidentemente, la "fattispecie", alla quale si raccorda il giudizio di valore dell'ordinamento, al fine dell'effetto ad essa correlato[215]. Di conseguenza, si potrà partire da *policy* e obiettivi in relazione a specifiche esigenze di questo o quel contesto, di questo o quel momento; assai più complicato appare farlo per i *molteplici strutturali* profili (con le relative istanze di tutela) di cui si compone il rapporto di lavoro, dando luogo a un numero di fattispecie pari ad essi: non sarebbe funzionale né alla concreta gestione dei rapporti di lavoro né a un quadro d'insieme il più organico possibile in osservanza del principio di eguaglianza. Arduo insomma non considerare *ex ante* le fattispecie, ossia tornare a muovere pur sempre dalle forme di lavoro, che continuano a essere decisive. L'ipotesi, forse, potrebbe apparire meno problematica se si accompagnasse a un'assai sensibile riduzione dello statuto protettivo del lavoro, che riducesse il rilievo della riconduzione a unità delle (minori di numero e di intensità) tutele e della loro concreta gestione. Ma è tutt'altra ottica[216]. Per converso, un'ipotetica accentuata diversificazione delle forme di lavoro – che pure in concreto si paventa - accentuerebbe l'esigenza di fattispecie unitarie di riferimento delle tutele.

18. *Il tormentato percorso della recente legislazione italiana: l'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, norma* sulla *fattispecie "subordinazione" (per l'effetto "di ritorno" della disciplina).*

---

[214] Pedrazzoli, *Lavoro* sans phrase *e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *RIDL*, 1998, I, p. 96. Specularmente, è interessante quanto scriveva qualche anno prima L. Gaeta (*Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, p. 241), auspicando una serie di "leggi speciali" con una "frammentazione degli statuti giuridici del lavoro" volte a "selezionare e disciplinare le *fattispecie* 'bisognose'" (mio il corsivo). Negli anni '90, come si ricorderà, l'ipotesi di uno Statuto dei lavori ha attirato l'attenzione di molti: cfr., anche per le varie proposte emerse, Del Punta, *Statuto dei lavori e processo di riforma del diritto del lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2004, 3, p. 11; Treu, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti. Intervento al seminario "Lo Statuto dei lavori"*, in *DRI*, 2004, p. 193; Biagi-Tiraboschi (a cura di), *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* (1997-1998), in *www.adapt.it*; Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, p. 429; Napoli, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, p. 29; Montuschi, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *ADL*, 1998, p. 683; Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *GDLRI*, 1998, p. 509; Id. *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, Utet, 1998, p. 9; Id. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, il Mulino, 1989; Pera, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *RIDL*, 1998, p. 371; De Luca Tamajo, *Per una revisione della categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emergenza del "lavoro coordinato"*, in *ADL*, 1997, p. 41; Spagnuolo Vigorita, *Riflessioni sul dibattito in tema di subordinazione e autonomia*, in *MGL*, 1997, p. 952; De Luca Tamajo-Flammia-Persiani, *Proposta sul lavoro coordinato*, in *Lav. Inf.*, 1996, p. 15; Ghezzi, *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, 1996, p. 195; Alleva, *Flessibilità del lavoro e unità - articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG*, 1994, p. 777; Rusciano, *Universalità* v. *specialità degli statuti giuridici del lavoro dipendente*, in *LD*, 1992, p. 425; Santoni, *Il lavoro e i lavori. Intervento*, in *LD*, 1989, p. 20. Per una sintesi di alcune di queste proposte v. Speziale, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*-51/2007, p. 62. Di recente, una proposta di modifica si rinviene nella *Carta dei diritti universali del lavoro* della CGIL, reperibile all'indirizzo: http://www.cgil-fvg.it/media/download/249_7017_files.pdf..

[215] Del resto, anche nella proposta delineata, s'ipotizza un'articolazione di questa o quella tutela in relazione a questa o quella figura: si fanno gli esempi del lavoro subordinato, del lavoro autonomo "puro", di colui che è economicamente dipendente da un committente, dei professionisti "provvisti di Casse" (Treu, *La digitalizzazione*, *cit*., p. 199).

[216] Interessante quanto scrive Racabi (*op. cit.*) a proposito dell'esperienza statunitense di *common law*, con un capovolgimento della tradizionale prospettiva: considerando che le normative sul lavoro "*are heavily skewed toward the interest of owners and management*" (p. 25), egli sottolinea come la richiesta di riconoscimento della qualificazione di dipendente da parte di un lavoratore autonomo sia più efficace delle rivendicazioni degli stessi dipendenti in ragione del relativo "*aggregate risk*" (p. 10) e cioè per le ripercussioni sull'applicazione di altre leggi, anche di Stati diversi o di livello federale, che un eventuale accoglimento della richiesta potrebbe avere.

Veniamo alla seconda ipotesi di soluzione legislativa per la prospettiva rimediale.

Dicevo che essa dovrebbe realizzarsi attraverso l'inserimento di singole tutele in una più generale disciplina dei molteplici profili del rapporto di lavoro avente un referente soggettivo, entrambe – tutele e disciplina – previste dal legislatore. Come accennavo, in effetti, qui la connotazione rimediale assume carattere descrittivo, essendovi comunque già, appunto, una fattispecie di riferimento e il relativo insieme di tutele. Tuttavia è utile per riflettere sull'estensione di singole tutele da una fattispecie all'altra: visuale che acquista concretezza, in particolare, in riferimento al percorso seguito dal nostro legislatore negli ultimi anni. Merita quindi particolare attenzione.

Il senso del percorso ovviamente è quello già ricordato, della tendenza verso l'estensione delle tutele dalla subordinazione al lavoro autonomo, più precisamente ad alcune sue forme. Il percorso, da un lato, conferma la centralità della fattispecie, non senza soluzioni originali, dall'altro presenta varie e rilevanti debolezze, tanto da rendere difficili non solo ricostruzioni in chiave sistematica ma anche soluzioni interpretative sufficientemente convincenti. Invero, l'impressione è che il legislatore si sia fatto prendere la mano dalle pressioni del contingente, risentendo ancora una volta dell'incapacità politica di trovare sufficiente coesione e adeguata determinatezza, l'una e l'altra necessarie per più solide soluzioni giuridiche, ovviamente anche in merito al *senso* della tutela, alle sue ragioni. In tal modo, anziché avvalersi della fattispecie, in chiave pure innovativa, ha finito per "maltrattarla"[217], con inevitabili ripercussioni sull'istanza di razionalità assiologico-formale.

A tanto inducono i passaggi caratterizzanti questo percorso, entrambi oggetto di attenzione da parte della dottrina: le cc.dd. collaborazioni eterorganizzate di cui all'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81[218], e il lavoro autonomo dei ciclofattorini tramite piattaforme digitali *ex* art. 47-*bis* dello stesso decreto, che apre il capo V-*bis* dedicato appunto alla "tutela del *lavoro* tramite piattaforme digitali"[219]. Le critiche attengono ad aspetti concettuali e tecnici delle soluzioni adottate dal legislatore. Su di essi ci si concentrerà nelle pagine che seguono.

Non si considererà invece quello che talvolta viene enfaticamente definito il nuovo statuto del lavoro autonomo, ossia le tutele per esso introdotte dalla l. 22 maggio 2017, n. 81. È una parte del nuovo *trend* legislativo sensibilmente insoddisfacente secondo una valutazione assai diffusa, ma le critiche si appuntano sul merito delle tutele contemplate: ritenute scarne, frutto di una non adeguata considerazione delle esigenze, in primo luogo, del collaboratore coordinato e continuativo di cui all'art. 409, n. 3, c. p. c., e, in secondo luogo, del lavoratore autonomo in generale[220]. Il tema attiene

---

[217] L. Zoppoli**,** *I* riders *tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, maggio 2020, n. straordinario, pubblicato *online*, p. 279.

[218] Da ora art. 2.

[219] Da ora art. 47-*bis*. Il capo V-*bis*, come si rammenterà, è stato introdotto dal d. l. 3 settembre 2019 n. 101, conv. con l. 2 novembre 2019 n. 128.

[220] Cfr., per tutti, Giubboni, *Il "*Jobs Act*" del lavoro autonomo: commento al capo I della Legge n. 81/2017*, in *GDLRI*, 2017, p. 471; Quadri, *Il lavoro ai confini della subordinazione nelle recenti riforme: una rottura con il passato nelle tecniche di tutela*, in *DML*, 2017, p. 489; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, I, p. 369; Alaimo, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele? (L. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *NLCC*, 2018, p. 589; Canavesi, *Mercato del lavoro, servizi per l'impiego e lavoro autonomo, un "*gap*" culturale difficile da colmare*, in *ADL*, 2018, p. 685; Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il* Jobs Act *del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018; D. Garofalo, *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale. Aggiornamento al d.l. 12 luglio 2018, n. 87 cd. decreto dignità*, Adapt University Press, 2018, II, p. 117; Loi, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *DLRI*, 2018, p. 843; Zilio Grandi-Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018. In una diversa prospettiva v. I. Zoppoli, *Abuso di dipendenza economica e lavoratore autonomo: un microsistema di tutele in difficile equilibrio*, in *RIDL*, 2019, I, p. 93.

strettamente alla distribuzione delle tutele, di certo rilevante, ma divergente rispetto all'asse focale di questa analisi[221].

Cominciamo dalle cc.dd. collaborazioni eterorganizzate, che, introdotte dall'art. 2, c. 1, hanno aperto una nuova fase legislativa e, tuttora, ne costituiscono il perno[222]. Dopo un primo periodo di sordina, il lavoro digitale le ha portate alle luci della ribalta[223].

---

[221] Altra fattispecie introdotta dal legislatore negli ultimi anni è il "lavoro agile" (art. 18 e s. della l. 81/2017), oggi al centro dell'attenzione per tante (sin troppo note) ragioni - a cominciare dai molteplici e non marginali interventi "emergenziali" del periodo pandemico (con i relativi equivoci accentuati dalla comunicazione mass-mediatica) - anche della contrattazione collettiva, nel lavoro tanto pubblico quanto privato. Le questioni inerenti alla fattispecie attengono a suoi possibili profili "ibridi", relativi anzitutto all'accordo individuale e all'esercizio di poteri datoriali, *in primis* direttivo, nonché al possibile rilievo strutturale dell'"obiettivo", che, secondo alcuni, in modo o misura diversi, avvicinerebbero il lavoro agile al lavoro autonomo (cfr. Perulli, *Il* Jobs Act *del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-341/2017; Id., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-365/2018; Boscati, *L'inquadramento giuridico del lavoratore da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello* smart working *oltre l'emergenza,* in *ADL*, 2020, p. 61). Si ripropone il problema qualificatorio del rapporto di lavoro, in suoi aspetti centrali. Ma la visuale è chiaramente diversa da quella qui seguita. Mi limito soltanto ad osservare, in sintonia con un'opinione quanto meno diffusa in dottrina, che nella disciplina del lavoro agile troviamo una precisa indicazione normativa, in virtù della quale esso costituisce una "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato" (art. 18, c. 1): con tale indicazione l'interprete, orientato in altra direzione, deve fare adeguatamente i conti (nello stesso senso, sia pure con accenti diversi, cfr. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Il* Jobs Act, *cit.*, p. 177; Casillo, *La subordinazione "agile",* in *DLM*, 2017, p. 529; Monda, *Il lavoro agile "ordinario" tra accordo individuale e (in)derogabilità della norma*, in *LDE*, 2021, 3). Sul lavoro agile cfr. anche, tra i tanti, L. Zoppoli, *Lavoro digitale, libertà negoziale, responsabilità: ancora dentro il canone giuridico della subordinazione*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, *cit.*,p. 1485; D. Garofalo (a cura di), *op.cit.*, parte III, p. 345; Ichino, *Lo* smart working *e il tramonto della* summa divisio *tra lavoro subordinato e autonomo*, in *LDE*, 2021, 1; Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*-419/2020; Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-430/2020; Alessi-Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi-Carabelli-D'Onghia-L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19, cit.*, p. 131; Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello* smart working *oltre l'emergenza*, in *Quaderno ADL*, 2020, 18; Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*-335/2017; v. inoltre i contributi di Martone, Sartori, Gramano, Pasqualetto, Fenoglio, Preteroti, Bellavista, in Zilio Grandi-Biasi (a cura di), *Commentario breve*, *cit.*; e, nella sezione "*Nuove riflessioni sul lavoro agile dopo il protocollo del 7 dicembre 2021*" di *LDE*, 2022, 1, i contributi di Albi, Cetrulo, Rinaldini, Bavaro, De Camillis, D'Onghia, Ponterio, Brollo, L. Zoppoli.

[222] Come noto, il citato d.l. n. 101/2019, ha modificato l'art. 2, c. 1, estendendo le collaborazioni eterorganizzate anche al lavoro prevalentemente (e non più solo esclusivamente) personale ed eliminando la precisazione relativa alle modalità di esecuzione della prestazione che recitava "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". La seconda modifica ha complicato ancor più l'interpretazione della norma: sia consentito, al riguardo, il rinvio ad A. Zoppoli, *Collaborazioni eterorganizzate: vincoli*, *cit.*, p. 721 (a questo scritto si rimanda, sin da ora, per una più ampia analisi dell'art. 2). Per quanto concerne la prima modifica, cfr., per diversi approcci, Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, p. 82; M.T. Carinci, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *DRI*, 2020, p. 495; Mazzotta, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e di modelli contrattuali*, in *LLD*, 2020, p. 22; Pisani, *Le leggi "mal fatte" sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l'incertezza sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *MGL*, maggio 2020, n. straordinario, *cit.*, p. 193; Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, p. 372. Là dove si rinvenissero problemi di applicazione delle regole della subordinazione in ragione dell'aspetto in questione, si tratterebbe di un'ulteriore conseguenza, sul piano della disciplina, della sovrapposizione di due fattispecie diverse, ma su questo v. *infra*. È altrettanto noto che, al c. 1 dell'art. 2, il d.l. n. 101/2019, ha aggiunto un secondo periodo, dove si legge: "Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali": pure su questo punto ci si soffermerà più avanti, trattando il già menzionato art. 47-*bis* che apre il capo V-*bis* - come già ricordato - dedicato al lavoro tramite piattaforme digitali.

[223] Al riguardo, della vastissima letteratura, limitandosi qui alle pubblicazioni degli ultimi anni (e comunque senza intenti esaustivi), oltre agli autori citati nella nota precedente, v. Perulli, *Oltre*, *cit.*, p. 129; Id., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative, e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, p. 270; Pilati, *Le collaborazioni organizzate dal committente e le incertezze della giurisprudenza sul lavoro tramite piattaforma*, in

In seguito alla già più volte citata sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020, non dovrebbero esservi più dubbi su un dato da cui partire per ogni ulteriore considerazione, peraltro, in verità, piuttosto chiaro sin da subito. Sì perché - consentitemi di dirlo - l'articolo 2, se è indubbiamente frutto di "una tecnica approssimativa"[224], contiene un'indicazione che dà, con ogni evidenza, una certezza, (per riprendere le precedenti osservazioni) *un limite in negativo* all'interprete: esclude l'identificazione della collaborazione eterorganizzata con il lavoro subordinato. L'indicazione si rinviene nel suo *incipit*: poiché - vi si legge - la disciplina della subordinazione si applica "a far data dal 1° gennaio 2016", prima di tale data il rapporto in questione *non può essere di lavoro subordinato*. Una diversa lettura della norma deve, senza alternative, superare questo limite testuale, altrimenti viola l'art. 12 delle preleggi.

La tesi secondo cui la collaborazione eterorganizzata non è subordinata è, invece, senz'altro sostenibile, ancorché la norma si presenti "incerta" nel criterio di distinzione. Ho provato a fornire un contributo al dibattito, individuando nella sussistenza di un potere unilaterale in capo al committente, differente per quantità e qualità dal potere direttivo del datore di lavoro benché anch'esso originato dal e interno al contratto[225], l'elemento distintivo rispetto alla subordinazione[226]. Elemento di non facile concreta rilevazione né perimetrazione e, come tale, di non semplice lettura nell'esatta identificazione della figura sociale ed economica di riferimento. Ma questo è un tratto, sì, da valutare, ovviamente, però sul piano del fondamento e dell'incisività dell'intervento legislativo: è cioè un primo elemento da considerare ai fini della ricostruzione di un solido quadro sistematico. In proposito è significativo che, proprio in ragione della scarsa utilizzazione, vi è chi, arricchendo il ventaglio qualificatorio, ha definito l'art. 2 una "norma

---

LLI, 2021, 2, p. 1; G. Santoro Passarelli, *La subordinazione in trasformazione*, in *LDE*, 2021, 3; Id., *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei* riders, in *DRI*, 2021, p. 111; Barbieri, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui "*riders*"*, in *LLI*, 2020, 2, p. 61; Bellocchi, *Collaborazioni etero-organizzate: la Cassazione chiarisce la disciplina*, in *LDE*, 2020, 1; Biasi, *Tra fattispecie ed effetti: il "*purposive approach*" della Cassazione nel caso* Foodora, in *LDE*, 2020, 1; F. Carinci, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *LDE*, 2020, 1; Faioli, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella* gig-economy: *i ciclo-fattorini (*riders*) tra giurisprudenza del 2020 e legislazione del 2019*, in *RGL*, 2020, II, p. 252; G. Ferraro, *Il diritto del lavoro ha ancora bisogno della subordinazione?*,in *LLI*, 2020, 2, p. 48; Id., *Collaborazioni e subordinazioni*, in *LDE*, 2020, 2; L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile*?, in *LLI*, 2020, 2, p. 58; Ichino, *Gli effetti della sentenza della Cassazione sul lavoro dei* riders, 25 gennaio 2020, in *lavoce.info*; Martelloni, *Le collaborazioni eterorganizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in *LDE*, 2020, 1; Pallini, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *LLI*, 2020, 2, p. 77; Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in *LLI*, 2020, 2, p. 133; M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, 2020, I, p. 47; Romei, *I* rider *in cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *RIDL*, 2020, 1, p. 89; Magnani, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 1, p. 105; Spinelli, *I* riders *secondo la Cassazione: collaboratori etero-organizzati regolati dalle norme sul lavoro subordinato*, in *DLM*, 2020, p. 171; Proia, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, p. 499; Caruso, *Il lavoro digitale*, *cit.*; Del Conte-Razzolini, *La* gig economy *alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *GDLRI*, 2018, p. 673; il numero straordinario di *MGL*, maggio 2020, *cit*., con i contributi di Albi, Ales, Ballistreri, Bellocchi, Bettini e Vigliotti, Cinelli e Parisella, Ciucciovino e Monterossi, Ferrante, Fiorillo, Gragnoli, Lassandari, Maresca, Mocella, Passalacqua, Perulli, Pessi e Zumbo, Pisani, G. Santoro Passarelli, Santucci, Sigillò Massara, Tampieri, Topo, Vallebona, Venditti, L. Zoppoli.

[224] Magnani, *Subordinazione*, *cit.*, p. 110.

[225] Sostengono invece il carattere "esterno" del potere di eterorganizzazione Perulli, *Collaborazioni etero-organizzate*, *cit.*, p. 270; M.T. Carinci, *I contratti*, *cit*., p. 52, che - da notare - argomenta dal punto 32 della sentenza della Cass. n. 1663/2020, nel quale però la Corte utilizza l'aggettivo "esterno" per differenziare l'art. 2 dall'art. 409, n. 3, c.p.c., cioè per mettere in evidenza "la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo delle parti che [nell'art. 2, *n.d.a.*] è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato".

[226] Ciò peraltro è l'ennesima conferma che, della subordinazione, il potere direttivo costituisce l'elemento identificativo.

fantasma"[227]. Da tale angolazione vi sono anche altri profili da tener presente, lo vedremo più avanti.

V'è a questo punto anzitutto da escludere ricostruzioni diverse dell'art. 2. Penso alla tesi secondo cui l'eterorganizzazione è semplicemente subordinazione e, quindi, l'art. 2 costituisce solo una "norma apparente"[228]; o all'opinione che vi rinviene un contenuto meramente interpretativo/specificativo dell'art. 2094 c.c.; e ancora a chi, nell'art. 2, legge la recezione della giurisprudenza sui cc.dd. noti indici sintomatici della subordinazione o sulla c.d. subordinazione attenuata, perpetuando in tal modo, sulla base di un'equivoca utilizzazione del metodo tipologico nella sua versione ridotta, la confusione tra detti indici e l'elemento costitutivo della subordinazione, ossia il potere direttivo, pur sempre perno di quella giurisprudenza[229]. Con l'art. 2 non ha nulla a che vedere neanche la tesi della "doppia alienità", originata dalla famosa sentenza della Corte cost. del 12 febbraio 1996, n. 30, concernente il socio di cooperativa e che a tale fattispecie va rapportata, nonostante l'uso che talvolta se ne è fatto e continua a farsi[230].

Al di là ovviamente se si condivida o no la mia opinione sul criterio distintivo, ciò che qui rileva è comunque che l'art. 2 contempla un rapporto di lavoro autonomo, a cui collega l'applicazione della disciplina della subordinazione. Senza con questo tacere ovviamente la nota discussione sulla sua natura, norma di fattispecie o di disciplina. La risposta sembrerebbe piuttosto lineare. C'è una disciplina, cioè un effetto, che si raccorda a un fatto, una modalità di prestare lavoro, espressione del relativo giudizio di rilevanza del legislatore: tutto ciò configura una norma di fattispecie, per restare nel dibattito[231].

A ben vedere, però, la questione potrebbe osservarsi da un'altra angolazione, qui più rilevante, strettamente collegata al piano degli "effetti".

---

[227] Cfr. Barbieri, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge e le tutele del lavoro autonomo tramite piattaforme digitali*, in Carabelli-Fassina (a cura di), *La nuova legge sui* riders *e sulle collaborazioni eterorganizzate*, Ediesse, 2020, p. 97.

[228] Questa interpretazione, come ogni altra che priva di qualsiasi rilievo l'art. 2, risulta in contrasto anche con il principio di conservazione degli atti giuridici, come affermato da Cass. n. 1663/2020 (punto 17). Il principio di conservazione degli atti giuridici - scrive Grassetti (*voce Conservazione (principio di)*, in *ED*, IX, 1961, p. 173) - è un canone ermeneutico "che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 cod. civ., ispira tutto il nostro ordinamento". In proposito, in giurisprudenza cfr., tra le altre e da varie angolazioni, le sentenze: C. Cost. 29 marzo 1996, n. 89; 27 luglio 1992, n. 368; 19 maggio 1988, n. 559; 19 dicembre 1984, n. 292; 29 luglio 1982, n. 152; Cass. 28 gennaio 2015, n. 7884; Cass. 27 settembre 2015, n. 49317; Cons. St. 25 luglio 2013, n. 3964; Cons. St. 10 dicembre 2013, n. 5917.

[229] Cfr., da ultimo e per tutti, Caruso-Del Punta-Treu, *op.cit.*, p. 22.

[230] Sia consentito rinviare, per una più ampia argomentazione (e anche per alcune riflessioni sul pensiero di Mengoni sul tema della subordinazione), al mio scritto *Collaborazioni eterorganizzate*, *cit.*, p. 716. Sulla "doppia alienità" v., di recente, Garilli (*La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, in Aimo-Fenoglio-Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, p. 510), che, ricordando il pensiero di Massimo Roccella, a ragion veduta sottolinea come egli proponesse un "intervento legislativo di consolidamento dell'orientamento della Corte costituzionale". Sulla "doppia alienità" cfr., nello stesso volume, anche i contributi di Fenoglio, *Autonomia dei lavoratori nella subordinazione*, p. 471; Giubboni, *I* riders *delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, p. 524; Martelloni, *La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica*, p. 570; Pallini, *Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza: apologia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE*, p. 868. V. altresì Barbieri, *Il luminoso*, *cit.*, p. 79.

[231] Se non ci fosse la fattispecie, o più precisamente il "fatto", avremmo un effetto (la disciplina) senza il dato di realtà per cui la stessa è stata elaborata e disposta, senza cioè l'elemento decisivo per la valutazione di rilevanza dell'ordinamento: ipotesi del tutto priva di senso. La rinuncia al "nesso tra fattispecie e tutele" - scrive efficacemente Ales (*In favore dell'etero-organizzazione come "concetto" autonomo:* timeo danos et remedia ferentes, in *MGL*, maggio 2020, n. straordinario, *cit.*, p. 24) – "appiattisce e confonde i modelli socialtipici di riferimento, in una notte giuridica nella quale tutte le mucche sono nere, anche quelle chiare", con "fortissimi dubbi di costituzionalità sotto il profilo della razionalità".

Il punto di partenza è la formulazione letterale dell'art. 2, che induce decisamente a propendere per l'applicazione *integrale* della disciplina della subordinazione. Al riguardo l'art. 2 è univoco: in tal senso depone anzitutto il comma 1, dove non sono previste esclusioni di regole; poi il comma 2, che la possibile selezione rimette alla contrattazione collettiva. È, questa, anche la posizione della citata pronuncia della Cassazione n. 1663/2020, a dispetto peraltro dell'impropria qualificazione di tale soluzione in termini "rimediali"[232]. Salvo quanto sempre la Corte scrive nel famoso *obiter dictum*, dove non esclude la diversa soluzione dell'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione in ragione della sua "ontologica incompatibilità" con la fattispecie da regolare[233]; ipotesi, questa sì, rimediale, benché dalla Cassazione così non qualificata. L'*obiter dictum*, come tale, dovrebbe tuttavia essere irrilevante nell'equilibrio della pronuncia: se fosse diversamente, avremmo palesi e rilevanti contraddizioni nel ragionamento della Corte[234] e, quello che più conta, si aprirebbero scenari "enigmatici", dagli imprevedibili apporti interpretativi[235]: in ipotesi, un *tertium genus* che creerebbe più problemi di quanti ne risolverebbe[236]. Nondimeno il dibattito non esclude affatto questa soluzione. Il pensiero ritorna decisamente alla "norma fantasma".

Ma anche l'alternativa non è più rassicurante.

L'*integrale* applicazione della disciplina della subordinazione - verso cui, come ho detto, il testo della norma decisamente spinge - una volta scattata, determinerebbe, inevitabilmente, un effetto "di ritorno" sulla fattispecie di partenza, in virtù della necessaria correlazione tra l'una e l'altra[237]. I tratti costitutivi dell'eterorganizzazione sarebbero rimossi: con il lavoratore sottoposto non più al parziale e circoscritto potere del creditore di lavoro eterorganizzato, bensì al pervasivo potere del datore di lavoro subordinato. Dunque, non l'integrazione limitata della disciplina del contratto - come nel caso del suo antecedente trans-tipico l'art. 409, n. 3, c.p.c. - ma un mutamento del "tipo" contrattuale, dell'intero assetto d'interessi definito dalle parti. Se così non fosse, saremmo - come ha scritto una delle tante voci non più tra noi ma che fortunatamente continuano a parlarci - dinanzi a "una vera e propria metafisica del sofisma giuridico: [...] uno strano ircocervo: un lavoro in sé autonomo a cui tuttavia si applicherebbe la disciplina del lavoro subordinato"[238]. Anche questa ipotesi, ciò nonostante, è presente nel dibattito.

Se invece, come a me pare, la si esclude, l'art. 2 si presenta come *un nuovo canale di accesso alla fattispecie della subordinazione:* al centro della scena torna cioè l'articolo 2094 c.c. già per quanto concerne la modalità di prestare lavoro, nel suo profilo quindi strutturale. In questa logica,

---

[232] Cfr. punto 26 della sentenza.

[233] Cfr. punto 41 della sentenza.

[234] Cfr. A. Zoppoli, *Le collaborazioni eterorganizzate*, *cit.*, p. 740.

[235] Al riguardo non fornisce indicazioni rassicuranti il dibattito dottrinale (v. la precedente nota 223) né, tanto meno, la scarna giurisprudenza, per la quale v.: Corte di Appello Torino sent. 4 febbraio 2019, n. 26, che esclude l'applicazione della disciplina del licenziamento sulla base dell'argomentazione, almeno apodittica, secondo la quale il rapporto non è subordinato; Trib. Firenze 9 febbraio 2021 (decreto) che esclude l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, affermandone la natura processuale; di diverso avviso, Trib. Milano 28 marzo 2021 (decreto), Trib. Bologna 30 giugno 2021 (decreto), Trib. Firenze 24 novembre 2021, n. 781. Per un commento a questa giurisprudenza cfr., per tutti, Monda, *Contrattazione collettiva e* gig economy*: la parola passa alla giurisprudenza*, in *DLM*, 2021, p. 665.

[236] Configura l'eterorganizzazione come un *tertium genus* la citata sentenza della Corte di Appello di Torino del febbraio 2019.

[237] Se la fattispecie è - come è - per l'effetto, cioè la disciplina, la correlazione tra questa e quella dovrebbe essere biunivoca. L'integrale applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe ripercuotersi sui contenuti della collaborazione eterorganizzata, sulle posizioni tanto attive quanto passive di entrambi i contraenti: con un'estensione delle tutele del lavoro ma, al contempo, pure dell'insieme dei poteri datoriali in ragione dei quali quelle tutele sono costruite.

[238] Mariucci, *Culture*, *cit.*, p. 607.

l'art. 2 sarebbe una norma *sulla* fattispecie dell'art. 2094, in quanto ne allargherebbe la porta d'ingresso, ma non *di* fattispecie[239].

Il problema è che questa conclusione, alle perplessità socio-economiche prima evidenziate, aggiunge problemi giuridici, a parer mio, difficilmente superabili, giacché s'imbatte in vincoli "di sistema", come tali particolarmente rilevanti e resistenti. Da questo punto di vista si comprendono le perplessità manifestate al riguardo e chi opta per l'assai problematica (sotto ogni profilo) applicazione selettiva della disciplina[240].

19. (Segue) *I vincoli di sistema e le sue debolezze, una norma* improvvisata.

Vediamo questi vincoli più da vicino.

Sul versante del committente, trasformato in datore, il cambiamento tutto sommato non dovrebbe sollevare perplessità. La posizione del creditore, dal lato attivo, è rafforzata, con il più ampio e ricco potere direttivo, che il datore sceglie liberamente se e in che misura esercitare. Dal lato passivo, ovviamente, vi è un aggravio, con la soggezione a inderogabili vincoli normativi ed economici a protezione del lavoratore; che, tuttavia, può spiegarsi nella stessa ottica in cui si spiega l'apparato di tutela della subordinazione: anzitutto in ragione dei limiti imposti all'iniziativa economica privata per finalità sociali di tutela del lavoro, secondo un bilanciamento possibile per il legislatore.

I dubbi si fanno più nitidi e numerosi guardando invece il cambiamento sul versante del lavoratore.

Sarebbe decisamente semplicistico osservare – anche superfluo dirlo – che l'integrale trasformazione del rapporto corrisponda comunque all'interesse del lavoratore, giacché garantisce una maggiore tutela. Le implicazioni sono maggiori e la soluzione scelta dal legislatore appare irragionevole sotto più di un profilo e, al contempo, non rispettosa della libertà e dignità del prestatore di lavoro.

In relazione al fine della tutela del lavoratore eterorganizzato in quanto tale, il mezzo scelto è, per un verso, incongruo, ossia palesemente estraneo al fine perseguito: il passaggio dall'eterorganizzazione all'eterodirezione non ha nulla a che vedere con l'istanza di tutela perseguita; per altro verso, sproporzionato, perché non adeguato e prima ancora non necessario: le tutele vanno evidentemente tarate sulla eterorganizzazione non sull'eterodirezione.

In relazione al fine di scoraggiare "l'abuso di schemi contrattuali", ossia l'utilizzazione di uno schema anziché di un altro, per "svelare possibili fenomeni elusivi" delle tutele del lavoro eterorganizzato, collocato in una zona grigia tra "autonomia" e "subordinazione"[241], il mezzo adoperato dal legislatore è, di nuovo, del tutto incongruo, in quanto fuori bersaglio. Il legislatore, nel timore di un evento, interviene, d'autorità, e lo impone, senza la sussistenza di elementi per ritenere che, il primo e più diretto interessato, segnatamente il lavoratore, questo evento avrebbe voluto. L'unico ipotetico elemento a sostegno della "imposizione" legislativa sarebbe aprioristico e soprattutto lesivo delle scelte del lavoratore anzitutto in quanto individuo: ritenere che egli abbia "subito" l'eterorganizzazione, non avendo avuto la forza contrattuale sufficiente per stipulare un contratto di lavoro subordinato. Come dire, il legislatore avrebbe considerato il lavoratore "incapace" di scelta contrattuale, imponendogli la sua, decisamente diversa: con il passaggio da un lavoro svolto in autonomia, delimitato da circoscritte prerogative unilaterali del committente, a un

[239] Troverebbe così spiegazione uno dei passaggi più criticati della sentenza della citata sentenza della Cassazione, secondo la quale l'art. 2 è norma "di disciplina".
[240] V. ad esempio Maresca, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, in *MGL*, maggio 2020, n. straordinario, *cit.*, p. 140.
[241] Punto 26 Cass. n. 1663/2020.

lavoro caratterizzato dalla soggezione al potere pervasivo del datore e dalla speculare disponibilità delle energie lavorative. In questione, con ogni evidenza, non è la fase giuridica della regolazione di una relazione di lavoro liberamente scelta dalle parti, come nella subordinazione, bensì, in primo luogo, la libertà di scelta, dell'individuo, del tipo di relazione: e, con essa, la libertà e dignità del lavoro.

Qualora invece si ritenesse il lavoratore già comunque soggetto al potere direttivo in ragione della sua presunta posizione di soggezione, non solo si darebbe decisamente predominanza al profilo socio-economico, ma, sul piano giuridico, si cadrebbe nell'errore già prima stigmatizzato, ossia di ritenere che l'eterorganizzato sia un subordinato, finendo per ritornare al carattere "apparente" dell'art. 2.

L'esclusione, inevitabile, dell'"ircocervo" porta alla violazione dei principi sanciti anzitutto dai primi quattro articoli della nostra Carta costituzionale.

In definitiva, sono troppi e troppo accentuati i punti di debolezza dell'art. 2, c. 1. Se, in chiave sistematica, si volevano ridefinire i "dintorni" (e anche di più probabilmente) della subordinazione, occorreva – come prima dicevo - maggior chiarezza d'intenti, di decisione e di coraggio politico. Allo stato l'art. 2 non credo abbia risolto quell'esigenza, di cui pure è certamente espressione. Al più è sospeso tra la violazione di fondamentali principi costituzionali - come a me sembra - e un'assai complicata applicazione selettiva delle tutele della subordinazione. A causa anzitutto di un'utilizzazione della fattispecie, come strumento di normazione, certamente condivisibile, ma, nella sua concreta espressione assunta, assai discutibile, che ne intacca la strutturale correlazione con gli effetti (disciplina). Donde il "maltrattamento" della fattispecie, che la conduce al di là della sua veste pur *critica.*

A questo punto - superando la tentazione (come suggerisce un noto aforisma) cedendovi - arricchisco anch'io il ventaglio qualificatorio e, a proposito dell'art. 2, parlerei di una norma, apprezzabile nelle finalità, ma "improvvisata". Difetto d'origine non corretto nel 2019 da un legislatore, certo, poco accorto, ma, forse, anche non adeguatamente indirizzato verso altre direzioni dal dibattito.

20. *La problematica definizione della fattispecie dell'art. 47-*bis *del d. lgs. n. 81/2015: in particolare l'eterorganizzazione* occasionale *(critica).*

Veniamo ora al secondo passaggio del percorso legislativo in precedenza indicato, concernente espressamente ed esclusivamente le *digital labour platforms*: più precisamente, il lavoro autonomo dei ciclofattorini tramite piattaforme digitali previsto dall'art. 47-*bis*; novità strettamente correlata all'art. 2 per più di una ragione[242]. Ritorniamo, dunque, nel pieno della *gig economy*, da cui la

[242] In merito all'art. 47-*bis* v., tra gli altri, i già citati contributi nel numero straordinario di *MGL*, maggio 2020, *cit.*; L. Zoppoli, *Lavoro digitale*, *cit.*, p. 1485; Garilli-De Marco, *L'enigma qualificatorio dei* riders. *Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*-435/2021; G. Santoro Passarelli, *I* riders *nella giurisprudenza italiana, nelle sentenze delle Corti Supreme di taluni paesi europei e nella ordinanza* Yodel *della Corte di giustizia*, in Aimo-Fenoglio-Izzi, *Studi in memoria di Massimo Roccella*, *cit.*, p. 639; Id., *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei* riders, in *DRI*, 2021, p. 111; Carabelli-Fassina (a cura di), *La nuova legge*, *cit.*; M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta*, *cit.*,p. 49; Romei, *I* rider, *cit.*, p. 89; Spinelli, *Le nuove tutele dei* riders *al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *LLI*, 2020, 1, p. 89; Barbieri, *Della subordinazione*, *cit.*, p. 2; Pascucci, *Note*, *cit.*, p. 46. Più in generale, sul lavoro tramite piattaforme digitali cfr., nella vastissima letteratura, Tufo, *op. cit*., *passim*; M.T. Carinci-Dorssemont, *Platform Work in Europe*, Intersentia, 2021; De Stefano-Durri-Stylogiannis-Wouters, *Platform work and the employment relationship*, in *International Labour Organization*, *Working papers*, 2021, 27; Racabi, *op. cit*.; Albi, *La subordinazione algoritmica nell'impresa-piattaforma*, in *RIDL*, 2020, II, p. 826; Donini, *op. cit*.; Alessi-Barbera-Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019; Maio, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazioni del rapporto e tutele*, in *ADL*, 2019, p. 582; Szimansky, *op. cit*.; De Stefano, *op. cit*.; Biasi, *Uno sguardo oltre confine: i "nuovi*

prospettiva rimediale lavoristica ha preso l'avvio. Il principale problema dell'art. 47-*bis* attiene alla "delimitazione della fattispecie"; il piano degli effetti, qui, rimane sullo sfondo[243].

Nel 2019, con l'introduzione dell'art. 47-*bis* e del già segnalato nuovo periodo nel c. 1 dell'art. 2, il legislatore italiano ha espressamente dedicato specifiche regole al lavoro tramite piattaforme digitali. Analoga soluzione era stata adottata dalla Francia, nel 2016, ordinamento che non conosce un *tertium genus* tra autonomia e subordinazione[244]. A differenza di altri Paesi, come la Spagna[245], la Germania[246] o l'Inghilterra[247], rispetto ai quali quanto osservato in merito all'art. 2 rende invece problematico l'accostamento.

---

lavori" della gig economy. *Potenzialità e limiti della comparazione*, in *LLI*, 2018, 2, p. 3; Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018; Treu, *Rimedi*, *cit*.; Id., *La digitalizzazione*, *cit.*; Voza, *op. cit.*

[243] Romei, *I* rider, *cit*., p. 97.

[244] La legge a cui si fa riferimento è la *Loi El Khomri* n. 2016-1088, il cui art. 60 ha introdotto un capitolo nel Codice del lavoro sulla responsabilità sociale delle piattaforme, non attribuendo ai relativi lavoratori un preciso statuto nel senso dell'autonomia o della subordinazione (così l'opinione prevalente: cfr. Fabre, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariès? Premières réponses frileuses des juges français*, in *DS*, 2018, p. 547), ma riconoscendo ad essi alcune tutele, ossia il diritto all'assicurazione contro infortuni e malattie professionali, il diritto alla formazione, il diritto di costituire o aderire ad un'organizzazione sindacale. Sull'argomento v. anche Pasquier, *Sens et limites de la qualification de contrat de travail. De l'arrêt FORMACAD aux travailleurs "ubérisés"*, in *RDT*, 2017, p. 105; Dockès, *Les salariat des plateformes*, in *LLI*, 2019, 5, p. 1. Sull'esperienza francese più in generale, cfr. Digennaro, *Subordination or subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems*, in *LLI*, 2020, 1, p. 26. Per quanto riguarda invece la giurisprudenza, particolarmente rilevante è la pronuncia della *Cour de Cassation* sentenza 4 marzo 2020, n. 374 (19-13.316): in proposito v. Antonmattei, *La Cour de cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de VTC*, in *DS*, 2020, p. 374; Donini, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *LLI*, 2020, 1, p. 9; Lokiec, *L'arrêt Uber et les réactions qu'il suscite posent des questions pour l'avenir sur le choix des statuts*, Intervista per AEF info, 2020; Radé, *Grandeur et décadence du contrat de travail: à propos de l'arrêt Uber*, Jurisprudence Sociale Lamy, 19 giugno 2020, n. 500; I. Zoppoli, *I* travailleurs ubérisés*: meglio qualificati o meglio tutelati in Francia? (nota a* Cour de Cassation, chambre sociale, *sentenza 4 marzo 2020, n. 374)*, in *RIDL*, 2020, II, p. 778. Tra i precedenti giurisprudenziali, per tutti, v. la sentenza della *Cour de Cassation*, Soc. 28 novembre 2018, *Take Eat Easy*, n. 17-20.079.

[245] La *Ley* 11 luglio 2007, n. 20, disciplina il rapporto di lavoro del c.d. "TRADE" *(Trabajador autónomo economicamente dependiente*). Da ricordare sono l'importante sentenza del *Tribunal Supremo* 25 settembre 2020, n. 805, e l'"articulo unico", c. 2, *Real Decreto-ley 11 maggio 2021, n. 9*,cheha introdotto una presunzione di subordinazione, qualora l'attività abbia ad oggetto la distribuzione di qualsiasi merce o prodotto, il datore di lavoro abbia potere direttivo o di controllo (diretto o indiretto), sia utilizzato un algoritmo per gestire i servizi o per determinare le condizioni di lavoro. Sull'esperienza spagnola, in dottrina, cfr., tra gli altri, Baylos Grau, *Una breve nota sobre la ley española de la laboralidad de los riders*, in *LLI*, 2021, 1, c. 1; Aa.Vv., *Trabajo autónomo: regulación jurídica y perspectivas: régimen profesional, modalidades y seguridad social*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020; Monereo Pérez-López Insua-Guindo Morales, *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos: entre derecho normal y derecho de la emergencia*, Laborum, 2021; Joaquín Pérez Rey, *El régimen profesional del trabajo autónomo economicamente dependiente: novedades legales y jurisprudenciales*, Bomarzo, 2016.

[246] Riguardo ai "*arbeitnehmerähnliche Personen*" (GE) (art. 12a, c. 1, della legge sulla contrattazione collettiva - *Tarifvertragsgesetz* - del 9 aprile 1959) e, più in generale, al lavoro tramite piattaforme digitali nell'esperienza tedesca, cfr. Gramano, Arbeitnehmerähnliche Personen *e collaboratori coordinati e continuativi: ai confini della subordinazione. Un confronto tra le tecniche di tutela in Italia e Germania*, in *ADL*, 2021, 4, p. 895; R. Santagata De Castro, *Rethinking the concept of employee: the digital transformation of work in Germany and in Italy*, in Treu-Casale (a cura di), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law And Social Security*, 2019, p. 1237; Däubler-Klebe, *Crowdwork: die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*, in *NZA*, 2015, p. 1035; Borzaga, *Wirtschaftlich abhängige Selbständigein Italien und Deutschland: eine rechtsvergleichende Analyse*, in Busch-Feldhoff-Nebe (a curadi), *Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt*, Nomos, 2012, p. 99; Digennaro, *op.cit*., c. 19; C. Schubert, *Crowdworker, Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger*, in *Recht derArbeit*, 2020, IV, p. 248; Däubler, *Das Arbeitsrecht.Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, Leitfaden für Arbeitnehmer*, Rowohlt, 2009, p. 1064; Hromadka, *Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes*, in *NZA*, 2007, p. 838. In merito alla giurisprudenza cfr. Gramano-Stolzenberg, *Lavoro su piattaforma e subordinazione: un'interessante sentenza del* Bundesarbeitsgericht *del 1 dicembre 2020*, in *LDE*, 2021, 3; Nogler, *La Corte federale del lavoro tedesco risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme*, in *GDLRI*, 2020, p. 835; BAG, 21.1.2019 - 9 AZB 23/18; BAG 19.7.2006 - 9 AZR 61/05, Rn. 14; BAG 15.2.2005 - 9 AZR 51/04.

Anche l'Unione europea - è noto - ha rivolto attenzione alla questione, con una proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 9 dicembre del 2021, per "il miglioramento delle condizioni di lavoro in piattaforma", in attuazione di un importante profilo del Pilastro sociale europeo[248]. Evidente l'interesse dell'iniziativa. In questa sede sono sufficienti tre osservazioni. In primo luogo, la Commissione muove dall'accentuata espansione del lavoro tramite piattaforme, con una valutazione di crescita dei ricavi della relativa economia nell'Unione del 500% nell'ultimo lustro, e con una stima d'incremento degli oltre 28 milioni di attuali lavoratori sino alla soglia dei 43 milioni nel 2025; tendenza - rileva la Commissione - cui si accompagna un contenzioso giurisprudenziale comunque già significativo[249]. In secondo luogo, la direttiva si propone di "migliorare le condizioni delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali garantendo la corretta determinazione della loro situazione occupazionale, promuovendo la trasparenza, l'equità e la responsabilità nella gestione algoritmica del lavoro" e "favorendo nel contempo le condizioni per la crescita sostenibile delle piattaforme di lavoro digitali nell'Unione" (art. 1.1)[250]. In terzo luogo, per la suddetta "corretta determinazione occupazionale", basata "principalmente sulla "effettiva esecuzione del lavoro" (art. 3.2), si pongono al centro la "fattispecie", nella classica versione dicotomica – benché (come prima accennato) la subordinazione non costituisca esclusivo referente delle tutele – e (questa di certo meno classica) una presunzione relativa di lavoro subordinato[251]. Ovviamente il dibattito è già ampiamente aperto e non mancheranno di certo occasioni e luoghi per continuare la discussione.

---

[247] Sui *worker* (s. 230 (3) (b) ERA 1996) e sul lavoro tramite piattaforme digitali, v. Kountouris**,** *Regulatory and jurisprudential perspective on platform work: The UK Case*, in M.T. Carinci-Dorssemont, *Platform Work*, *cit.*, p. 153; Digennaro, *op.cit.*, c. 23; Delfino, *La qualificazione del rapporto di lavoro nella* platform economy. *Riflessioni a partire dalle sentenze Uber*, in *Il diritto del lavoro e la sua evoluzione. Scritti in onore di Roberto Pessi*, Cacucci, 2021, p. 833; Aloisi, "*Time is running out". The Yodel order and its implications for platform work in the EU*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2020, p. 67; Bales-Bogg-Novitz, '*Voice' and 'choice' in modern working practices: problems with the taylor review*, in *Industrial Law Journal*, 2018, p. 57; Ewing-Hendy-Jones, *A Manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of workers' rights*, Institute of Employment Rights, 2016. Per la giurisprudenza v. *Employment Tribunal*, *Uber B.V. and Others* v *Mr Y Aslam and Others*, 26 ottobre 2016, [2017] IRLR 4; *Employment Appeal Tribunal*, *Uber B.V. and Others* v *Mr Y Aslam and Others*, 10 novembre 2017, UKEAT 0056 17 DA; *Court of Appeal (Civil division)*, *Uber B.V. and Others* v *Mr Y Aslam and Others*, 19 dicembre 2018, [2018] EWCA Civ 2748; della *United Kingdom* Supreme *Court*, *Uber B.V. and others (Appellants)* v *Aslam and others (Respondents)*, 19 febbraio 2021, UKSC 2019/0029. Su questa giurisprudenza cfr. anche Ford-Bogg, *Between Statute and Contract: Who is a Worker?*, in *Law Quarterly Review*, 2019, p. 347; Adams, *One step forwards for employment status, still some way to go: the Supreme Court's decision in Uber v. Aslam under scrutiny*, in *The Cambridge Law Journal*, 2021, p. 221.

[248] In proposito cfr. Bronzini, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale",* in *LDE*, 2022, 1; Ferrante, *La nozione di lavoratore subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*-158/2022; Magnani, *La proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Bollettino Adapt*, 9 maggio 2022, n. 18; Ponterio, *La direzione della direttiva*, in *LDE*, 2022, 1; Tosi, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva sul lavoro su piattaforme*, in *LDE*, 2022, 1; Allamprese-Borelli, *Prime note sulla proposta di direttiva della Commissione sul miglioramento delle condizioni di lavoro su piattaforma*, in *RGL online*, 2021, 12; Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, 2021, 2, p. 1.

[249] Su questo contenzioso, v. gli autori e la giurisprudenza citate nelle precedenti note 242 e ss.

[250] La proposta prevede espressamente il miglioramento della "trasparenza del lavoro mediante piattaforme digitali, anche in situazioni transfrontaliere".

[251] L'applicazione della presunzione, incentrata su indici (almeno 2 di 5) di natura disomogenea e riferiti a una nozione che appare più ampia della tradizionale identificata dall'eterodirezione (art. 4.2), dovrà essere garantita dagli Stati membri in conformità ai propri ordinamenti (art. 4. 1) e in relazione alla nozione definita "dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore negli Stati membri, tenuto conto della giurisprudenza della Corte di giustizia" (art. 3.1). Il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia riprende la "scelta (inedita) sostanzialmente compromissoria" già fatta dall'Unione nella direttiva n. 2019/1152 "relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili" (art. 1.2) [la citazione è di Aimo, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in Aimo-Fenoglio-Izzi (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Roccella*, *cit.*, p. 679, alla quale si rinvia per un esame di questa giurisprudenza. In proposito cfr. anche Monda, The notion of the worker in EU Labour law: "expansive

Ritornando al nostro art. 47-*bis*, sempre nella visuale sin qui adottata, va anzitutto rilevato che, inevitabilmente, anch'esso deve fare i conti con le evidenziate debolezze dell'art. 2. Le due norme sono strettamente correlate: l'una è alternativa all'altra, come indica univocamente e da subito l'espressa "salvezza" dell'applicazione dell'art. 2 posta in apertura dell'art. 47-*bis*. È appena il caso di ricordare che, a fronte del più ampio riferimento all'eterorganizzazione "mediante piattaforme anche digitali", introdotto nell'ultimo periodo del c. 1 dell'art. 2, l'art. 47-*bis*, costituisce un intervento di "microchirurgia giuridica"[252], senz'altro innovativo, giacché prevede "livelli minimi di tutela" per una precisa figura di lavoro tramite piattaforma[253]. Una fattispecie, dunque, ben connotata, da inquadrare però, secondo quanto espressamente indica il legislatore, nel lavoro autonomo, la cui disciplina fa al riguardo da sfondo. Qualificazione tecnicamente possibile e significativa se in sintonia con tale disciplina e col dato di realtà.

Tuttavia, sia pur entro questo più ristretto perimetro, non è agevole - come si sa - individuare la linea di confine tra le due norme. Per il c. 2 dell'art. 47-*bis* "si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione": in questa determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione tramite piattaforma più d'uno vi ha letto l'eterorganizzazione di cui all'art. 2, con la sua unilateralità. Naturalmente l'applicazione dell'una o dell'altra norma non è per nulla differente, essendo in gioco l'ingresso nell'area delle tutele della subordinazione, nel caso dell'art. 2 (sia pure nei problematici termini prima descritti), o in quella individuata dall'art. 47-*bis*, composta da una serie di tutele "minimali"[254].

Come anticipavo, non interessa entrare nel merito di queste nuove tutele, "peraltro intricate e talvolta mal scritte anch'esse"[255]. Sufficiente rilevarne, da un lato, l'inserimento - secondo la prospettiva che prima ho definito rimediale descrittiva - nell'ambito di una disciplina a carattere più generale, quella cioè del lavoro autonomo (secondo l'espressa indicazione del legislatore); dall'altro lato, il raccordarsi a una specifica "fattispecie", per intuibili motivi evidentemente ritenuta meritevole di rilevanza giuridica.

I problemi però - dicevo - si annidano proprio qui, la fattispecie: si avvertono appieno sia le debolezze dell'art. 2 sia la difficoltà di distinzione rispetto ad esso.

Si potrebbe osservare: se si sostiene l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, c. 1, la questione risulta semplificata, giacché l'art. 47-*bis* diviene l'unico protagonista della scena. Anche accettando l'ipotesi - ed è ovviamente il mio caso - la soluzione non è affatto così semplice. Come più volte osservato, l'art. 2 è elemento portante del quadro legislativo che stiamo considerando: eliminandolo, viene meno quello che, nelle scelte del legislatore, costituisce un importante accesso all'area di più ampia tutela per una forma di lavoro tramite piattaforma, oggi di particolare rilievo sociale.

Ma, spostando la visuale su chi segue percorsi diversi, che tengono in piedi l'art. 2, e dedica particolare attenzione all'art. 47-*bis*, non si aprono orizzonti più confortanti.

---

tendencies" and harmonization techniques, in corso di pubblicazione in *DLM*; Perrone-Sitzia, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione nel diritto europeo: l'integrazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in Basenghi (a cura di), *Le politiche del lavoro della XVIII legislatura*, Giappichelli, 2020, p. 158].

[252] Loi, *Garanzie e tutele per il lavoro digitale*, in Carabelli-Fassina (a cura di), *La nuova legge*, *cit.*, p. 115.

[253] Esattamente quella dei "lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'art. 47, c. 2, lett. a), del codice della strada, di cui al d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali".

[254] Attinenti - come si ricorderà - alla forma del contratto, al profilo informativo, alla determinazione del compenso, alla tutela antidiscriminatoria, della libertà e dignità, della *privacy*, contro infortuni sul lavoro e malattie professionali.

[255] Barbieri, *Contraddizioni sistematiche*, *cit.*, p. 93.

V'è chi rinviene, nella determinazione delle "modalità di esecuzione della prestazione" tramite piattaforma dal suo c. 2 prevista, l'eterodirezione propria della subordinazione, con "strabiliante" contraddizione con il c. 1 della stessa norma che definisce i lavoratori in parola - come più volte detto - "autonomi"[256]. Rilevo che la contraddizione può superarsi facendo tesoro del dibattito in merito alla medesima espressione concernente le "modalità di esecuzione" della prestazione nelle collaborazioni eterorganizzate: interpretando, cioè, l'espressione quale determinazione "parziale" di queste modalità, differente dall'eterodirezione. L'autore in parola comunque giunge a ritenere decisiva, ai fini della distinzione tra art. 2 e art. 47-*bis*, "la continuità o meno della prestazione"[257].

L'opinione trova conforto nella circolare del 17 novembre 2020 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dove si legge che il capo V-*bis* trova applicazione "in particolare, qualora ... [i *riders*] svolgano una prestazione di carattere occasionale".

Altri, pur condividendo la soluzione, non mancano di avanzare dubbi d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 a causa dell'irragionevole distinzione tra due prestazioni (entrambe eterorganizzate) sulla base della sola presenza o meno del carattere continuativo[258]. Ed eloquentemente rinvengono, nelle tutele introdotte dal capo V-*bis*, anche il *plafond* minimo inderogabile da parte della contrattazione collettiva che abbia introdotto una specifica disciplina in luogo di quella della subordinazione ai sensi del c. 2 dell'art. 2[259].

In verità, mi risulta difficile rinvenire nel capo V-*bis* una soglia di tutela intangibile da parte della contrattazione collettiva *ex* art. 2, c. 2. Con l'art. 2, c. 2, non v'è alcun raccordo[260], anzi le indicazioni delle norme vanno in altro senso. Il testo dell'art. 47-*bis*, già con la "salvezza" contenuta nell'*incipit* "lapidario"[261], indica che fattispecie e disciplina ivi previste sono alternative a fattispecie e discipline dell'art. 2, c. 1: e alle "disposizioni di cui al comma 1", recita l'*incipit* del c. 2 dell'art. 2, si rivolgerà la contrattazione collettiva dallo stesso c. 2 contemplata. Dunque, art. 47-*bis* e art. 2 hanno chiaramente ambiti di applicazione *diversi*. A me sembra, questo, un altro di quei "limiti" per l'interprete imprescindibili.

Diverso il discorso per l'osservazione sollevata, sempre dallo stesso autore, in merito al carattere continuativo o meno della prestazione. Al riguardo è stato, invero, opportunamente notato che nella norma "manca ogni riferimento alla occasionalità o alla continuità della prestazione del *rider*"[262]. Comunque, se questo fosse l'unico elemento di differenziazione tra le due fattispecie, il dubbio di ragionevolezza sulla differenza di trattamento, quindi di possibile violazione dell'art. 3 Cost., assumerebbe consistenza. Il dubbio dovrebbe però riguardare già il c. 1 dell'art. 2: nella sua applicazione della disciplina della subordinazione alle sole collaborazioni a carattere continuativo. Mi spiego.

---

[256] *Ivi*, p. 91.
[257] *Ivi*, p. 93. Interpretazione, come noto, diffusa: cfr., tra gli altri, Giubboni, *I* riders, *cit.*, p.527; Ballestrero, *Ancora sui* rider. *La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 19 gennaio 2021, p. 5; Id., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, 2020, 2, p. 12; Garilli-De Marco, *op.cit*., p. 25; G. Santoro Passarelli, *I* riders *nella giurisprudenza italiana*, *cit*., p. 644.
[258] Perulli, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente e le tutele del lavoro autonomo tramite piattaforme digitali*, in Carabelli-Fassina (a cura di), *op.cit*., p. 38. V. però diversamente, dello stesso autore, *Oltre la subordinazione*, *cit.*, p. 183.
[259] Perulli, *La nuova definizione*, *cit.*, p. 38; Id., *Oltre la subordinazione*, *cit.*, p. 183.
[260] L'art. 2, c. 2, configura, ai fini della disapplicazione della disciplina della subordinazione, un preciso e ampio intervento della contrattazione collettiva (per "discipline specifiche riguardanti il trattamento economico-normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore"), mentre l'art. 47-*bis* prevede, anch'esso, espressamente l'intervento della contrattazione collettiva, ma ai soli fini della determinazione del compenso. Neppure l'individuazione dei soggetti negoziali è la stessa.
[261] Tosi, *Le collaborazioni organizzate del committente nel "decreto crisi"*, in *Guida al lavoro*, 2019, 47, p. 11.
[262] Romei, *I* rider *in Cassazione*, *cit.*, p. 98.

Sino a prima dell'art. 2 il carattere continuativo della prestazione aveva rilievo, come sappiamo, in relazione alle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., con effetti di disciplina assai ridotti. Oggi, dopo appunto l'art. 2, se si accede alla suddetta interpretazione, non sarebbe più così: dalla presenza o meno della continuatività della collaborazione eterorganizzata deriverebbe l'ingresso nell'area della subordinazione mentre, ai fini della subordinazione, l'occasionalità della prestazione non ha mai rilevato[263]. Si potrebbe obiettare: rileva perché la

[263] Neanche per quanto concerne la disciplina del cd. lavoro occasionale, regolato dall'art. 54-*bis* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, (in esso inserito dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96, modificato poi dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. con l. 9 agosto 2018, n. 96), benché al riguardo qualche precisazione sia opportuna. È appena il caso di rammentare che i problemi sottesi al lavoro occasionale attengono non all'estensione delle tutele oltre la subordinazione, bensì alla riduzione delle tutele per chi presta lavoro subordinato. Prescindendo dalle vicende referendarie che hanno preceduto l'ultima disciplina, come noto della questione si è discusso in dottrina sin dalle origini della fattispecie, ossia in relazione al cd. lavoro accessorio, di cui all'art. 70 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Nel costante silenzio legislativo, sulla natura del rapporto si sono registrate le più disparate opinioni, a fronte di scarsi apporti della giurisprudenza: non solo con oscillazioni tra autonomia e subordinazione, giacché taluno si è spinto sino a ritenere la questione "inutile" [cfr., tra gli altri, F. Marinelli, *Il lavoro occasionale in Italia*, Giuffrè, 2019; Cordella, *Libretto di famiglia e contratto di lavoro occasionale: individuazione della fattispecie*, in *DRI*, 2018; D. Garofalo (a cura di), *op.cit.*, parte IV, p. 527; Occhino, *Il lavoro accessorio (artt. 48-50, d.lgs. n. 81/2015)*, in Magnani-Pandolfo-Varesi (a cura di), *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Giappichelli, 2016, p. 234; Pinto, *La riforma (mancata) del lavoro accessorio*, in Zilio Grandi-Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam 2016, p. 675; Zilli, *L'inclusione sociale attraverso i* voucher *per prestazioni di lavoro accessorio*, in Brollo-Cester-Menghini, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Edizioni Università di Trieste, 2016, p. 110; Balletti, *Il lavoro accessorio*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo* jus variandi, Adapt e-Book series, 2015, p. 302; Tullini, *Il lavoro accessorio*, in Fiorillo-Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Giappichelli, 2015, p. 246)]. C'è stato anche chi ha negato la natura contrattuale del rapporto [Bellocchi, *Il lavoro occasionale di tipo accessorio tra politiche previdenziali e riforma dei "lavori"*, in Bellocchi-Lunardon-Speziale (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro, Titoli VII, VIII e IX - Artt. 61-86*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, 2004, IV, p. 124] - ma, per la verità, una simile conclusione richiede adeguati elementi normativi a supporto, mai invece rinvenibili. Piuttosto, la disciplina introdotta nel 2017 è abbastanza articolata, introducendo limitazioni di vario genere (soggettivo, oggettivo, economico, temporale), senza però sostanzialmente mutare l'impianto della precedente: nulla dice circa la qualificazione del rapporto o le modalità di svolgimento della prestazione. L'art. 54-*bis* contiene alcune previsioni da cui l'interprete potrebbe trarre, indirettamente, elementi utili per risolvere la questione, ma si tratta di previsioni ambigue: da un lato, si prevedono regole estranee alla subordinazione (l'iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 26, c. 2, l. 8 agosto 1995, n. 355, ai fini dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti) e l'applicazione solo di *alcune* delle tutele proprie del lavoro subordinato (riposi giornalieri e settimanali, pause), inducendo ad escluderne la configurazione con il suo più ampio statuto protettivo; dall'altro lato, si introducono elementi che indirizzano nella direzione opposta: l'applicazione di quelle medesime tutele; la conferma della rilevanza della dimensione temporale (per l'esattezza, oraria) della prestazione di lavoro, con la definizione di un tetto massimo annuale concepito in termini di ore (280); la trasformazione "in rapporto a tempo pieno e indeterminato", prevista dal c. 20 per i casi dallo stesso contemplati, dove l'accento appunto è posto sul tempo pieno (oltre che indeterminato) e non sulla trasformazione della natura del rapporto (in merito a cui il legislatore nulla dice), sì da indurre a propendere, appunto, per il carattere subordinato *ab origine*. Invero, le delimitazioni introdotte dalla nuova disciplina sembrano aver tolto concreto rilievo al problema. Tuttavia, qualora si dovesse riproporre la questione sulla natura del lavoro occasionale, vi sarebbe da chiedersi, in particolare, se le sue tutele andrebbero oltre quelle indicate dal legislatore. Premesso che il legislatore ha evidentemente voluto evitare il nodo di fondo della qualificazione del rapporto, il persistente silenzio normativo e la speculare attenzione ad altri profili non modificano assetti consolidati: non si sovrappongono né alla dicotomia autonomia-subordinazione, entro cui ogni attività di lavoro è da inquadrare nell'attuale quadro normativo, né alla priorità del piano fattuale per quanto concerne le modalità della prestazione svolta, determinanti ai fini qualificatori. Di conseguenza, questi risvolti non potrebbero certo escludere la subordinazione del lavoro occasionale là dove essa in concreto sussistesse: vi osterebbe anzitutto la ben nota indisponibilità del tipo contrattuale, ossia la presenza di "norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato" (C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121; il passo è poi ripreso nelle successive pronunce 31 marzo 1994, n. 115, e 7 maggio 2015, n. 76; in dottrina, sull'argomento, v. per tutti: Avondola, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 1; Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra* bis, in *RIDL*, 2011, I, p. 1; Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*,

collaborazione eterorganizzata non è lavoro subordinato. Vero, ma ad essa oggi si applica la disciplina della subordinazione.

21. (Segue). *Prestazione di lavoro occasionale ma a carattere consensuale: comunque fattispecie "maltrattata"*.

V'è, in effetti, un altro possibile criterio distintivo tra art. 2 e art. 47-*bis*, e attiene al carattere unilaterale o consensuale della determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione.

La piattaforma digitale costituisce "una modalità di organizzazione del committente, elemento di per sé neutro rispetto alle varie fattispecie di rapporti di lavoro"[264]. Se così non fosse, d'altronde, non si porrebbe neppure il problema qualificatorio. Sicché, vien da pensare, l'art. 47-*bis* trova applicazione là dove la piattaforma sia solo uno strumento per la determinazione "consensuale" delle modalità di esecuzione della prestazione: siamo fuori dall'art. 2.

Anche a tal proposito l'obiezione appare prevedibile. L'interpretazione contrasta con l'art. 47-*bis* c. 2, che depone invece per la "unilateralità" di quella determinazione considerando "piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che [...] sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione": il riferimento all'utilizzazione da parte del committente fa pensare alla determinazione unilaterale dello stesso. L'argomentazione sarebbe debole. Piattaforme digitali e procedure informatiche rimangono "strumentali" e nulla il citato comma 2 dice in merito al carattere unilaterale o consensuale della fissazione del compenso e della determinazione del prezzo: in questa logica potrebbero essere "strumentali" a un incontro della volontà delle parti. Del resto, che il compenso non sia fissato unilateralmente lo prevede, questo sì espressamente, l'art. 47-*quater*, con la competenza dei contratti collettivi: l'indicazione, da parte dei contratti, di criteri o parametri è già sufficiente a escludere, concettualmente e concretamente, l'unilateralità.

In breve, mi pare francamente più proponibile l'interpretazione che vado delineando piuttosto che la sovrapposizione tra art. 2 e art. 47-*bis*, derivante appunto dalla necessaria unilateralità della determinazione delle modalità esecutive della prestazione in entrambe le norme, palesemente contraria al lapidario *incipit* dello stesso art. 47-*bis*, c. 1, che le due fattispecie considera alternative.

Né detta interpretazione appare astratta perché, sul piano fattuale, la definizione consensuale è più realistica di quanto a prima vista possa sembrare. Penso all'ipotesi in cui il *rider* non ha l'obbligo di accettare la prestazione richiesta, assai discussa - come si sa - per la sua compatibilità con la subordinazione[265]. Si può ipotizzare, non senza realismo, il caso in cui la piattaforma "proponga" una prestazione definita in buona parte dei suoi elementi (tempo, luogo, oggetto e compenso), senza ovviamente poter poi reintervenire riguardo a questi elementi né ai restanti: se il *rider* "accetta" siffatta proposta, la sua volontà "incontra" quella espressa dal committente tramite la piattaforma in relazione ai suindicati vari profili della prestazione e, in merito allo svolgimento della stessa, non vi sarà, sul versante creditorio, alcun potere unilaterale, sul versante del lavoratore alcuna disponibilità. Il consenso del lavoratore, in questa ipotesi, non attiene solo all'*an* ma anche al

---

2001, I, p. 95; De Luca Tamajo, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, p. 41; Avio, *La subordinazione* ex lege *non è costituzionale*, in *RIDL*, 1995, II, p. 277; D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 63; Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *LD*, 1993, 1, p. 24.

[264] M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta*, *cit.*, p. 167.

[265] Al riguardo opportunamente si è ricordato che occorre tener presente la disciplina del lavoro intermittente: Barbieri, *Contraddizioni sistematiche*, *cit*., p. 93.

quomodo della prestazione. Per dirla in termini tradizionali, l'incontro delle volontà definisce l'*opus* da compiere.

Il problema piuttosto è un altro, ed è ben noto: il *rider* ha realmente la libertà di accettare il lavoro e, quindi, le modalità del suo svolgimento? Il problema però non ha a che vedere con la piattaforma, implica invece - lo sappiamo - un delicato intreccio tra piano giuridico e piano fattuale. In breve: se non vi è effettiva libertà, viene giocoforza meno, per ogni profilo, la consensualità; se invece libertà vi è, può ritenersi che non vi sia unilateralità di sorta. Da questo punto di vista è apprezzabile la nota sentenza del Tribunale di Palermo del 4 novembre 2020, che, sulla scorta anche di un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di altri Paesi[266], pone in primo piano la natura "reale" della libertà del prestatore di scegliere se lavorare[267]. E al riguardo, condivisibilmente, dà importanza "anzitutto" al carattere continuativo della prestazione e, poi, alle riduzioni che il lavoratore subisce nelle opportunità di lavoro in conseguenza del suo comportamento[268] nonché alle concrete possibilità di interloquire con la piattaforma. L'approdo nel senso della subordinazione, e non dell'art. 2, è conosciuto[269].

L'interpretazione qui delineata, a ben guardare, per più di una ragione si presenta sintonica con la delimitazione del capo V-*bis* a prestazioni di lavoro occasionale. In primo luogo perché l'occasionalità della prestazione è un elemento di semplificazione della valutazione circa l'effettiva sussistenza della libertà del lavoratore di accettare la prestazione, deponendo tendenzialmente a suo favore e, quindi, a favore della reale consensualità delle modalità di esecuzione del rapporto. In secondo luogo, sul versante opposto, perché questa consensualità è, per il datore - ossia sul piano organizzativo - più "accettabile" in relazione a rapporti occasionali. In terzo luogo, perché essa consente di spiegare più agevolmente le differenze tra le tutele minimali previste per le prestazioni occasionali ma a carattere consensuale dei *riders* e quelle comunque più ampie previste per le prestazioni di carattere continuativo ma su base unilaterale delle collaborazioni eterorganizzate, allontanando la violazione dell'art. 3 Cost.

---

[266] In particolare l'ordinanza *Yodel* della Corte di giustizia del 22 aprile 2020, C. 692/19, e la già citata pronuncia del *Tribunal Supremo* di Spagna, del 25 settembre 2020, n. 805.

[267] P. 35: come osserva F. Carinci, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui* rider*: sono lavoratori subordinati*, in *LDE*, 2021, 1, p. 10. Sulla sentenza v. anche Albi, *La subordinazione*, *cit.*, p. 826; Barbieri, *Il luminoso*, *cit.*; Martelloni, *La condizione*, *cit*., p. 563; Nuzzo, *Sulla subordinazione dei* rider*: un'innovativa pronuncia del Tribunale di Palermo*, in *RIDL*, 2020, II, p. 835. V'è da ricordare che talvolta il contenzioso dei *riders* viene accostato al contenzioso relativo agli addetti al ricevimento e al pagamento delle scommesse, dove si registra una giurisprudenza favorevole alla sussistenza della subordinazione anche in presenza della libertà del lavoratore di accettare o non accettare di volta in volta il lavoro (cfr. Cass. 13 febbraio 2018, n. 3457; 5 maggio 2005, n. 9343; 1 luglio 1999, n. 6761). In verità, i rapporti degli addetti al ricevimento e al pagamento delle scommesse hanno caratteristiche piuttosto precise, con una costante e completa presenza datoriale nel corso dello svolgimento della prestazione, secondo il più tradizionale modello di lavoro subordinato. Infatti, la giurisprudenza, ai fini del riconoscimento della subordinazione, fa riferimento: a) all'inserimento della prestazione "nell'assetto organizzativo secondo modalità e funzioni predeterminate dalla impresa"; b) a un rapporto ove "le modalità della prestazione siano standardizzate e la prestazione, nell'ambito di un rapporto di breve durata, sia soggetta a continui controlli e diretti interventi di correzione" e, per questo, il potere disciplinare ha "limitato spazio di concreta presenza"; c) al "potere direttivo del datore [che] si esprime, oltre che nel controllo da parte del personale a tanto destinato, nella predisposizione [...] di ogni pur minima modalità della prestazione" (le citazioni sono tutte tratte da Cass. n. 3457/2018, che riprende la precedente giurisprudenza citata).

[268] Al riguardo v., adesso, il divieto di cui all'art. 47-*quinquies*, c. 2, del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181. Per inciso - facendo seguito a quanto detto nella precedente nota 230 -, della sentenza del Trib. di Palermo non si condivide invece il richiamo alla tesi della doppia alienità ai fini della subordinazione. Vale la pena di rilevare che, però, il Tribunale di Palermo non manca di precisare che comunque, nel caso esaminato, la subordinazione si rinviene anche "sulla scorta del paradigma della eterodirezione".

[269] Il Tribunale di Palermo nel caso di specie ritiene la prestazione completamente organizzata dall'esterno (p. 35), con "un potere di controllo totale" (p. 37) e "vere e proprie sanzioni disciplinari atipiche" date dai meccanismi premiali.

Ampliando il discorso, la specificità della fattispecie dell'art. 47-*bis*, segnatamente il carattere predefinito delle modalità di coordinamento tramite piattaforma, inerente a una parte significativa della prestazione, (ancorché su base consensuale) potrebbe giustificare pure la diversa disciplina rispetto alla collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., con cui, quella fattispecie, condividerebbe, secondo l'interpretazione delineata, appunto l'inesistenza di poteri unilaterali in capo al committente.

Nondimeno, che il tema sia spinoso lo dimostra, qualora ve ne fosse bisogno, chi osserva come l'art. 47-*bis* comunque pone problemi in relazione all'art. 3 Cost. in quanto esclude dalle relative tutele "i prestatori di lavoro autonomo che non consegnano beni, ma svolgono servizi (ad es. Uber), o che utilizzano autovetture (categoria che non rientra nell'elenco di cui alla lett. a) dell'art. 47 del Codice della strada), o che svolgono tale attività di consegna in ambito extraurbano"[270]. Ancor più lo dimostra chi allarga non di poco la visuale, richiedendo l'estensione di quelle tutele "a tutti i lavoratori autonomi"[271].

Senza ampliare ulteriormente l'analisi, mi limito a rilevare che si tratta di dubbi forse inevitabili nel momento in cui il legislatore sta provando a staccare gli ormeggi dalla rassicurante dicotomia subordinazione/autonomia.

Per chiudere questa parte della riflessione, ritorno alle sue premesse. Osservo come i miei sforzi interpretativi, quand'anche condivisi, trovano l'ostacolo dapprima evidenziato, ossia la estrema debolezza dell'art. 2, di cui invece è sempre più palese il rilievo. Anche solo limitandosi a quanto emerso in relazione all'art. 47-*bis*, la tutela dei *riders* "eterorganizzati", quindi con un lavoro continuativo, ne risentirebbe in modo importante. Significativa in proposito è pure la soluzione seguita dal Tribunale di Palermo, che dimostra come la pronuncia della Cassazione n. 1663/2020, e con essa l'art. 2 - al di là dell'autorevolezza del giudice - abbiano il fiato corto: nei rapporti di lavoro dei *riders* continuativi la subordinazione "incombe". Ritorniamo alla "norma fantasma". Questa considerazione evidentemente vale anche per le letture dell'art. 2 meno critiche della mia. Tali letture, inoltre, presentano i dubbi di legittimità costituzionale prima rammentati: delineano una sovrapposizione tra le fattispecie dell'art. 2 e dell'art. 47-*bis*, entrambe contraddistinte dall'eterorganizzazione, finendo per collegare l'applicazione della disciplina della subordinazione al solo criterio della continuatività/occasionalità della prestazione.

Insomma, il quadro normativo descritto pare assai intricato. Il peso della radicale strutturale debolezza dell'art. 2 si avverte forte anche sull'art. 47-*bis*. Giova sottolinearlo, è l'intero quadro, comunque si disegni, a sottoporre la fattispecie *critica*, anche in questo caso, a una considerevole pressione, in verità patologica.

22. *L'articolazione delle tecniche normative: interprete/giudice, contrattazione collettiva e dottrina nella* discorsività *del diritto.*

Resta da esaminare la terza ipotesi di soluzione legislativa alla prospettiva rimediale, basata su un'articolazione della tecnica normativa.

Sempre facendo tesoro dell'esperienza (anche di quella molto vicina: la sentenza n. 1663/2020 della Cassazione) ma spostandosi sul piano *de iure condendo*, si potrebbe proporre anzitutto il criterio della "compatibilità" quale tecnica di coordinamento tra le discipline di due fattispecie, ben noto alla nostra materia per la regolazione anzitutto dei cc.dd. rapporti speciali (artt. 2128, 2134, 2239 c.c.), dando spazio all'interprete, quindi al giudice. Ciò vorrebbe dire introdurre, con legge, l'espressa previsione della verifica di "compatibilità" e, di conseguenza, un'applicazione selettiva di

[270] Romei, *I* rider, *cit.*, p. 99.
[271] M.T. Carinci, *I contratti*, cit., p. 58.

regole, rimessa all'interprete/giudice, in luogo dell'applicazione della disciplina della subordinazione senza alcuna precisazione, cioè integrale, come scritto oggi nell'art. 2.

In realtà, rappresento l'ipotesi al solo fine di sgombrare il campo da qualche altro dubbio. Infatti, rispetto alla nostra esperienza sull'utilizzazione del criterio della compatibilità - peraltro di non facile applicazione sì da essere sopravanzato dalle discipline legislative speciali - rimane una differenza tanto profonda quanto evidente. Il criterio della compatibilità è contemplato per il coordinamento tra la disciplina del rapporto di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. e la disciplina di un rapporto diverso per questo o quel profilo ma comunque da inquadrare nell'ambito della subordinazione, ossia un rapporto di lavoro speciale a prescindere da come si voglia configurare questa specialità[272]: quindi in presenza di fattispecie e di disciplina di riferimento dei rapporti da comparare omogenee. Nell'estendere il criterio della compatibilità all'area dell'autonomia avremmo invece una sfasatura tra fattispecie ed effetti non ricomponibile neanche dalla sua espressa previsione. In altri termini, nonostante l'espressa previsione del criterio in parola, si ripresenterebbe l'enigmaticità che accompagna l'art. 2 oggi là dove si optasse per un'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione. Il problema ovviamente permarrebbe qualunque scenario delle fattispecie si disegnasse. Da questa *impasse* si esce soltanto sganciando fattispecie ed effetti e attribuendo al giudice l'individuazione dell'una o dell'altra. Ciò però vorrebbe dire ritornare a un giudice creatore di diritto in senso pieno, eventualità inaccettabile, come ampiamente detto prima.

Lo scenario cambia del tutto volgendo lo sguardo a una ipotesi legislativa rimediale basata sulla combinazione legge-contratto collettivo, non a caso già attuale, benché anch'essa non semplice.

Il riferimento – si sarà intuito – è all'art. 2, c. 2, lett. a), che rimette ai contratti collettivi "stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" la possibilità di prevedere, per le collaborazioni eterorganizzate, "discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore", anziché l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato di cui al c. 1.

È stato efficacemente scritto che la previsione "potrebbe rappresentare il modello di una sperimentazione normativa di respiro più ampio"[273].

La norma, invero, può apparire un po' paradossale: introdotta nella stagione in cui l'azione sindacale, in particolare a livello nazionale, non ha certo goduto dei migliori favori da parte del legislatore, non solo riporta indietro nel tempo, agli anni del cd. "garantismo collettivo", ma lo fa con l'attribuzione all'autonomia collettiva di un potere derogatorio sconosciuto pure a quegli anni. E lo fa senza ricorrere a nuove figure, di assai incerta legittimità costituzionale[274] - e assai fragili non solo per questo - come il contratto collettivo di prossimità, anch'esso, ma per ragioni ben diverse, del tutto estraneo al periodo del garantismo collettivo.

Andando appena un po' in profondità, ci si rende però conto che non c'è nulla di paradossale. C'è solo la presa d'atto, anche da parte del legislatore del 2015, di un dato di realtà, e cioè della preziosa risorsa normativa di cui il diritto del lavoro dispone, la contrattazione collettiva. Non a caso torna alla mente uno scritto degli anni '80, dove ritroviamo ancora una volta parole assai incisive di Mengoni. Pure in questa circostanza, eloquentemente, l'autore prende le mosse dalla questione del metodo e, in particolare, dalla "crisi del normativismo", cioè dalla difficoltà dell'intervento diretto dello Stato nei rapporti socio-economici attraverso la norma generale ed

[272] Questione, come noto, dibattuta: cfr., anche per una sintesi del dibattito, Speziale, *Il lavoro subordinato, cit.*, p. 8.
[273] Caruso-Del Punta-Treu, *op.cit.*, p. 23.
[274] La Corte di Appello di Napoli, con ordinanza del 3 febbraio 2022, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 138, per violazione degli artt. 2 e 39, c. 1, nonché c. 4, Cost.

astratta[275]: si ripropone il nodo della fattispecie. Ne consegue l'attenzione, da parte di Mengoni, per il diverso modello proposto dalla dottrina giuridico-sociologica tedesca col nome di "diritto riflessivo", a cui egli preferisce l'espressione "neoistituzionalismo", che esprime un intervento indiretto dello Stato volto "a predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale"[276].

Sono tematiche note a tutti, molto se n'è discusso. In una stagione ormai passata, si potrebbe rilevare; ma si coglierebbe solo in parte nel segno.

Alla base ci ritroviamo, in estrema sintesi, le stesse comprensibili ragioni che animano la prospettiva rimediale: difficoltà della "legge", e della politica, a stare dietro alla complessità e alle diversificazioni indotte dai mutamenti della società, nelle sue diverse sfaccettature: alzando lo sguardo, scorgiamo il problema principale del post-positivismo, ossia "l'adeguamento costante delle strutture concettuali del sistema cognitivo ai valori ancorati nel sistema reale"[277]. Sicché, ritorniamo all'impostazione *discorsiva* e alla centralità delle "tecniche comunicative di formazione del consenso", che danno ingresso - scrive Mengoni - ai soggetti sindacali. Possibili vettori di quel "consenso sociale sulla congruenza dei contenuti normativi agli orientamenti di valore fissati nella Costituzione" che costituisce, scrive sempre Mengoni, "il criterio di legittimazione del diritto legale più generalmente accettato".

L'art. 2, c. 2, lett. a), però invita, se non obbliga, a chiedersi: la contrattazione collettiva, oggi, può svolgere ancora siffatto ruolo? La contrattazione collettiva è tuttora uno strumento utile, come in passato, al diritto del lavoro per convivere con, anzi sostenere la, fattispecie *critica*? Questo è il nodo della questione, viepiù da considerare - anche inutile ricordarlo - in ragione della frammentazione e mutevolezza dell'attuale morfologia del lavoro, accentuata ovviamente dalla digitalizzazione.

Sul piano della tecnica normativa in senso stretto e dei problemi posti dall'art. 2, molti sarebbero gli argomenti a favore della risposta positiva.

Per quanto concerne il problema del mutamento del tipo contrattuale determinato dal c. 1 dello stesso art. 2 prima sottolineato, il c. 2, lett. a), dovrebbe esserne indenne. Esso, infatti, si può scomporre in due parti. 1) L'*incipit* (la "disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione") risolve, in radice, detto problema: se il comma 1 non si applica, non vi è l'effetto "di ritorno" nella correlazione fattispecie-disciplina, con la descritta ripercussione della seconda sulla prima; la fisionomia strutturale della eterorganizzazione non muta, non si ha la trasformazione in eterodirezione. 2) L'applicazione di "discipline specifiche riguardanti il trattamento economico-normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" risolve il secondo problema: la necessità di regole *ad hoc* per il lavoro eterorganizzato, che muovano dalla sua struttura – oltre che evidentemente dalle ulteriori e più specifiche caratteristiche assunte di volta in volta dal rapporto –, e siano tarate sulle esigenze degli specifici contesti produttivi e organizzativi.

In questa visuale la lettera *a)* del comma 2 assume il centro della scena per un motivo esattamente opposto a quelli che pregiudicano il primo comma: la sua ragionevolezza, che ne fa una novità di consistente peso. La contrattazione collettiva è chiamata ad esprimere appieno le sue potenzialità normative per differenziare in modo ragionato le discipline e trovare i necessari equilibri in relazione ai diversi e compositi contesti soggettivi ed oggettivi: per assicurare una flessibilità ragionevolmente governata. Ciò, sul piano della tecnica normativa, si presta a rispondere

[275] Mengoni, *La questione*, *cit.*, p. 20.
[276] *Ibidem*.
[277] *Ivi*, p. 23.

alla necessità tanto di indicazioni sufficientemente strutturate, in grado di circoscrivere al meglio i percorsi interpretativi, quanto di adeguate regole sulle caratteristiche dell'eterorganizzazione e dei contesti di riferimento.

Ed è, a mio avviso, questa "ragionevolezza"[278], controluce ben leggibile nell'espresso ancoraggio al dato produttivo-organizzativo, che pone la norma al riparo da qualsiasi dubbio legato alla c.d. indisponibilità del tipo[279], da alcuni sollevato.

Né, invero, mi pare che sussistano reali problemi per la legittimità dell'art. 2, c. 2, lett. a), in riferimento all'ordinamento eurounitario, come pure più d'uno sostiene. Mi riferisco al noto possibile contrasto con l'art. 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media c.* Regno di Olanda in relazione ai cc.dd. "falsi autonomi". Vi sono almeno tre buone ragioni per escludere problemi. In primo luogo, come ha sottolineato la Cassazione nella più volte citata sentenza n. 1663 del 2020[280], il legislatore ha esteso al lavoratore eterorganizzato la disciplina della subordinazione perché ritiene questo lavoratore, evidentemente, comunque espressione della medesima *istanza sociale*: la rimozione della "diseguaglianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro"[281]. In secondo luogo, e in senso convergente, in *FNV* la Corte di giustizia, ai fini di individuare l'ambito di applicazione degli artt. 101e ss. TFUE, assume a riferimento una fattispecie che ha "un'estensione infinitamente maggiore di quella di 'lavoratore subordinato' propria dell'ordinamento nazionale"[282]; infatti la Corte, non solo prende in considerazione la nozione messa a punto a livello europeo, ossia quella relativa alla libertà di circolazione secondo il *leading case Lawrie-Blum*[283], ritenuta più ampia della tradizionale contraddistinta dall'eterodirezione, ma, al contempo, pone al centro, ai fini della

---

[278] Ballestrero-De Simone, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 139.

[279] Non invece, come pure si è sostenuto, facilmente superabile invocando il carattere autonomo dell'eterorganizzazione, giacché, come sottolineato anche dalla Cassazione, il lavoratore eterorganizzato, sul piano del bisogno di tutela, è meritevole della "stessa protezione di cui gode il lavoratore subordinato" (punto 27).

[280] V. la nota precedente.

[281] Kahn-Freund, *Labour and the Law*, Stevens, 1977, p. 6.

[282] Pallini, *Libertà*, *cit*., p. 865, richiamando in proposito la dottrina che mette in guardia da affrettati accostamenti tra i due ordinamenti (tra gli altri v. Giubboni, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2018, p. 207; Borelli, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 del Trattato CE*, in *RIDL*, 2009, II, p. 225).

[283] Corte di Giustizia sentenza 3 luglio 1986, C-66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, dove - al punto 17 - la Corte individua come tratto discretivo del rapporto di lavoro "la circostanza che una persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra persona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione": al riguardo la Corte, coerentemente con la finalità di tutela della libertà di circolazione (Roccella-Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2007, p. 80), ha fatto emergere negli anni - sottolinea Aimo, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in Aimo-Fenoglio-Izzi (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Roccella*, *cit*., p. 660 - un "concetto ampio ed elastico" di eterodirezione, sul cui "carattere 'sfumato'" vi è "concordanza di opinioni". Significative, sul punto, le sentenze della Corte di giustizia 13 gennaio 2004, C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington de Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional, già Education Lecturing Services, Secretary of State for Education and Employment*, e 14 dicembre 1989, C-3/87, *The Queen e Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd*, riprese anche da *FNV*, che pongono "l'accento sulla limitazione della libertà di determinare l'orario di lavoro, il luogo o il contenuto del lavoro e della libertà di scegliere i collaboratori" (Monda, The notion, *cit.*). Sulla sentenza FNV, da ultimi v., con diversi accenti e prospettive, anche Aimo, *op. cit*., p. 537; Borelli, *Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo di integrazione europea. Appunti a partire dai lavoratori delle piattaforme*, in Aimo-Fenoglio-Izzi (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Roccella*, *cit.*, p. 748; Guarriello, *L'accesso alla contrattazione collettiva per i lavoratori delle piattaforme: una corsa a ostacoli*, in Aimo-Fenoglio-Izzi (a cura di), *Scritti in memoria di Massimo Roccella*, cit., p. 551. Aimo (*op. cit.*, p. 660), e Monda (The notion, *cit*.) rimarcano anche come la nozione "ampia" di lavoratore, elaborata dalla Corte di giustizia per la libertà di circolazione, sia stata fatta propria dalle sentenze concernenti le direttive in materia di non discriminazione, sicurezza e salute nei luoghi di lavoro nonché di orario di lavoro, nella logica di un'armonizzazione "coesiva" (D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *RTDPC*, 1994, p. 700).

questione, la dicotomia tra lavoratore-impresa non tra autonomia-subordinazione: l'accento è quindi, con ogni evidenza, sulla nozione di "impresa": da identificare a livello europeo - si è sottolineato - in difformità dagli artt. 2082 e 2083 del nostro codice civile, con "qualsiasi entità che esercita un'attività economica" ossia una "attività per cui sussiste un mercato, attuale o potenziale, di domanda e offerta a titolo oneroso dei beni o dei servizi da produrre o da scambiare"[284]. Sicché, "falso autonomo", in questa logica, è il lavoratore che non risponde alla suddetta nozione di impresa: certo non sovrapponibile al nostro lavoratore subordinato. In terzo luogo, la negazione della contrattazione collettiva per gli autonomi pone problemi con il diritto internazionale - rischi di "entropia normativa" si è scritto [285]- che tutela, al di là della subordinazione, la libertà sindacale e il diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva[286]. A questo punto non c'è affatto da stupirsi se l'Unione europea sembra intenzionata ad assumere posizioni più esplicite nel senso qui indicato: considerazione rivolta, sì, al futuro, ma non per questo oggi trascurabile, visti il contesto e la direzione assunta[287].

Sul piano cui prima accennavo l'art. 2, c. 2, lett. a), desta però perplessità. Non possono nascondersi dubbi in merito alla capacità della contrattazione collettiva di raccogliere, anche in questa fase storica, il consenso necessario per supportare i raccordi tra realtà, valori e norme; in breve, di costituire un'affidabile tecnica comunicativa di formazione del consenso, sì da essere parte decisiva del *discorso* giuridico. La mente va inevitabilmente al contratto collettivo Assodelivery-UGL del 15 settembre 2021[288]: più che un'isolata rondine, un segno dei tempi. Torna l'annosa e

---

[284] Pallini, *Libertà*, *cit.*, p. 866: attività che quindi comporta l'assunzione del relativo rischio. Secondo l'autore, di conseguenza, la fattispecie di lavoratore sottratta alla disciplina a tutela della concorrenza è quella del *worker* dell'ordinamento britannico, il quale "presta personalmente un lavoro o un servizio in favore di un'altra parte, che, in virtù del disposto contrattuale, non ha lo status né di un cliente né di un consumatore finale di una professione o attività commerciale effettuata dallo stesso individuo" (*ivi*, p. 868).

[285] Borelli, *Diritti sindacali*, *cit.*, p. 754.

[286] Convenzioni OIL n. 87/48 e n. 98/48, artt. 5 e 6 della Carta Sociale Europea, art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Al riguardo, da ultimo, cfr. anche Guarriello, *op. cit.*, p. 347; De Stefano, *L'ambito di applicazione soggettivo degli* International Labour Standards *dell'OIL*, in *LD*, 2019, p. 436, il quale, in relazione all'OIL, precisa che la "verifica dell'ambito soggettivo di applicazione delle norme internazionali del lavoro [...] va operata caso per caso e facendo attenzione a evitare conclusioni affrettate basate sull'erronea idea che esse si riferiscano sempre al solo lavoro subordinato" (p. 435). E in merito alla nozione di lavoro subordinato l'autore, preliminarmente e opportunamente, rileva che "un'unica, universale e conclusiva definizione [...] non esiste nel diritto prodotto dall'Oil", né essa "è, probabilmente, fattibile. Le enormi differenze in termini di tradizione giuridica e di sviluppo economico che esistono tra i 187 Paesi dell'Oil rendono gli sforzi in questo senso vani" (p. 431); dello stesso autore, più di recente, v. anche *Not as Simple as it seems: The Ilo and the personal scope of International Labour Standards*, in *International Labour Review*, 2021, 22, p. 1. In proposito è interessante ricordare anche la *Employment Relationship Recommendation* 2006 n. 198, "*the most prominent international legal instrument about employment status and its determination*" che, al par. 13 "*provides for a non exhaustive list of possible indicators of the existence of such a relationship*", *e* "*the determination of what elements are important or even determinative is a matter that should be settled through a continually evolving national policy*" (De Stefano-Durri-Stylogiannis-Wouters, *op. cit.*, par. 4.2).

[287] V. la proposta - menzionata da Bronzini in *LDE*, 2022, 1, p. 8 - in fase di consultazione con le parti interessate, "di *guidelines* in ordine alla legittimità di tutele contrattuali dei lavoratori autonomi in condizioni di debolezza contrattuale che identifica una serie di situazioni nelle quali si legittima una schermatura contrattuale dei lavoratori genuinamente autonomi perché questi, per ragioni soprattutto produttive e/o esistenziali, non potrebbero essere considerati degli 'imprenditori' sulla base della nota giurisprudenza della Corte di giustizia". Sull'argomento v. anche Borelli, *Diritti sindacali*, *cit.*, p. 755; Guarriello, *op.cit.*, p. 547.

[288] Per il relativo dibattito v. Monda, *Contrattazione collettiva*, *cit.*; F. Carinci, *Il CCNL* rider *del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, 1; Martelloni, *CCNL Assodelivery – Ugl: una buca sulla strada dei diritti dei* riders, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2020; Lombardi, *Il Ccnl tra Assodelivery e Ugl sui* riders*: una "storia infinita", fra questioni contrattuali e disciplina legale*, in *RGL*, I, p. 757*;* Tiraboschi, *Il CCNL Assodelivery-UGL* Rider*: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *Bollettino Adapt*, 28 settembre 2020, n. 35; Ichino, *Contratto per i* rider*: è davvero "pirata"?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020. È opportuno ricordare, però, anche l'Accordo integrativo aziendale del 29 marzo 2021, stipulato dalla Takeaway.com Express Italy, del gruppo Just Eat Takeaway, con Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil trasporti, relativo ai rapporti di lavoro dei

rilevante questione della rappresentatività sindacale, resa ancor più pressante - dicevo poc'anzi - dalle caratteristiche del lavoro indotte dalle tecnologie digitali. Non mi attardo al riguardo. Mi limito a far mio, magari ampliandolo, un auspicio espresso da una voce autorevole più volte prima ricordata, secondo la quale "il controllo umano delle tecnologie digitali" costituisce, oggi, uno dei terreni principali "per sostenere l'azione collettiva" da parte delle *policy* pubbliche[289].

L'auspicio torna particolarmente utile perché riporta anzitutto a un versante istituzionale costantemente presente in queste pagine: la "politica" e la sua valutazione, più volte sottolineate in relazione al momento fondante la fattispecie, il giudizio di rilevanza del legislatore sul dato di realtà. Se si vuole rivedere, in questa o quella misura, in questo o quel modo, la dicotomia subordinazione/autonomia - densa di significati e di storia nell'espressione del cruciale equilibrio tra *sociale* ed *economico*, tra *lavoro-persona* e *organizzazione* - non può prescindersi dalla *responsabile, e quindi adeguata, decisione politica*: quale che sia la soluzione tecnica scelta.

L'auspicio, però, riporta - lo dicevo a proposito del richiamo alla contrattazione - ancor prima alla *discorsività* del diritto e, con essa, alla "comunità degli interpreti". Qui, allora, mi sembra opportuno concludere riprendendo anche il ruolo di un altro di questi interpreti, direi almeno uno dei principali, la dottrina. Non solo né tanto nella classica veste di consigliere del principe, bensì per il carattere fondamentale, direi costitutivo, del responsabile contributo alla *discorsività* del diritto, in ogni fase: quale voce decisiva per la sua già sottolineata autorevolezza, di cui, evidentemente, non ci si può privare. Men che meno quando, al centro dell'attenzione, vi sono i fondamenti della materia.

---

riders assunti con contratti di lavoro subordinato: in proposito cfr. Barbieri, *Le ragioni di un commento a un accordo aziendale importante*, in *LLI*, 2021, 1, p. 72; Ingrao, *Le parti e la natura dell'accordo di secondo livello che disciplina la "subordinazione adattata" dei ciclo-fattorini Just Eat-Takeaway.com Express Italy*, in *LLI*, 2021, 1, p. 114; Recchia, *L'accordo integrativo aziendale Just Eat Takeaway: quando la* gig economy *(ri)trova la subordinazione e il sindacato*, in *RGL*, 2021, I, p. 449; Leccese, *Il part-time e il lavoro intermittente nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *LLI*, 2021, 1, p. 140. Sul tema v. anche Loi, *Garanzie*, *cit.*, p. 111; Tullini, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in *LLI*, 2018, 1, p. 1; Lassandari, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, *Quaderni di RGL*, 2017, 2, p. 59.

[289] Treu, *La digitalizzazione*, *cit*., p. 205, che si sofferma in particolare sui diritti di informazione e di consultazione.