

Gli argomenti sono tratti dal libro *Lavoro, diritti, tutele* di Pasquale Melissari ed. Falzea

2.1 - Il metodo analitico e il metodo creativo: la flessibilità

Passare dal piano della descrizione a quello della definizione, significa addentrarsi nel cuore del concetto, mettere a fuoco le sue articolazioni e le sue implicazioni, all'interno di un quadro non contraddittorio sul piano della teoria e conforme sul piano dell'esperienza.

Il *metodo* è il procedimento utilizzato per raggiungere lo scopo prefisso, *metodologia*, la scienza che formula le norme di qualsiasi procedura.

Ciò comporta elaborare un insieme di procedimenti tecnici di accertamento e di controllo atti a garantire alla disciplina in questione l'uso sempre più efficace, delle tecniche di procedura di cui dispongono.

Tali tecniche comprendono ovviamente: ogni procedura linguistica od operativa, ogni concetto, come ogni strumento di cui ci si avvale per l'acquisizione e il controllo dei risultati che si intende raggiungere.

Quindi, la *metodologia ha per scopo la determinazione delle condizioni formali del sistema architettonico dell'ens faber*.

Ecco che l'*homo faber* nella sua dimensione *ontica*, rappresenta la struttura architettonica dell'ens faber e come tale genera un'ampia gamma di idee che manifesta attraverso i propri comportamenti, riconducendo le differenze ad unitarietà.

Il metodo qui proposto è un metodo *sinettico*¹ cioè quello di portare alla luce le differenze di pensiero e dar loro la possibilità di non essere immediatamente censurate da criteri di fattibilità, dall'altro di farle sviluppare fino a raggiungere il perfezionamento ed il completamento.

La metodologia consiste nel partire dalla definizione del problema e arrivare all'identificazione possibile.

Ne consegue che è necessario individuare i ruoli specifici e quindi fare delle scelte durante il percorso e, quindi, motivare l'*homo faber* a procedere.

Il ruolo delle risorse, cioè delle *competenze*, contribuisce a fornire materiale creativo e a selezionare le idee prodotte.

La *competenza* è “una caratteristica intrinseca di un individuo causalmente collegata ad una performance eccellente in una mansione..... si compone di motivazioni, tratti, immagine di sé, ruoli sociali, conoscenze abilità”².

Essa include “i modi di comportarsi o di pensare che si ripetono nelle loro grandi linee nelle diverse situazioni e perdurano per un periodo di tempo ragionevolmente lungo”³.

Ciò significa “che la competenza è parte integrante e duratura della personalità di un individuo”⁴ quindi risalire alla natura intrinseca della competenza significa dare rilevanza a due caratteristiche essenziali di essa: la *ripetibilità del comportamento (performance*⁵) e il *mantenimento della sua qualità*, indipendentemente delle molteplici situazioni in cui essa si può manifestare.

In questo senso la competenza è un *attributo della personalità dell'homo faber, perciò costituisce il suo nucleo centrale e stabile*.

Il metodo sinettico, aiuta a trasformare un'idea grezza in un'idea pronta ed operativa, a trasformare i *minus* di un'idea in altrettanti *plus*.

¹ La sinettica è la traduzione italiana di *Synecics*, il nome che identifica la metodologia di *Problem Solving Innovativo*, messo a punto dall'omonima società nel 1961 negli Stati Uniti, significa “*ricondurre le differenze ad unitarietà*”.

² Klemm G.O. Jr. (1980), *The Assessment of Occupational Competence, Report to the National Institute of Education*, Washington D.C.; Boyatzis R.E. (1984), *Identification of Skill Requirements for Effective Job Performance*, McBer, Boston; Spenser L.M. Spencer M.S. (1993), *Competence at Work*, Wiley, New York (trad. it. *Competenza nel lavoro* Angeli, Milano, 1995).

³ Guion R.M.(1991), *Personnel Assessment, Selection and Placement*, in Dunnette M.D., Hough L.M. (a cura di) *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*, Consulting Psychologist Press, Palo Alto (CA) pag.335.

⁴ Spencer *op.cit.* pag.30

⁵ La *performance* è costituita dall'insieme dei comportamenti con cui un individuo raggiunge gli obiettivi che gli vengono posti all'interno di un ruolo, quindi essa appartiene alla dimensione comportamentale.

In questa prospettiva, si può contrapporre il pensiero creativo al pensiero analitico, che di norma si esercita su idee e soggetti esistenti.

Che cosa distingue questi due tipi di pensiero?

Il pensiero analitico procede da un tutto agli elementi che lo compongono (idee-dati) per cercare di comprendere il perché dell'unica soluzione adottata.

Il pensiero creativo, invece, si propone di trovare tutte le possibili combinazioni alternative tra gli elementi (idee-dati) che caratterizzano una soluzione problematica.

In definitiva il pensiero creativo produce soluzioni alternative, il pensiero analitico le valuta.

Il pensiero creativo non determina l'annullamento delle nostre conoscenze e la nostra esperienza di adulti.

Tutt'altro.

Il tipo di pensiero creativo richiesto per la soluzione di problemi pratici è proprio quello che si realizza grazie alla combinazione di quello che sappiamo (la nostra esperienza, la nostra conoscenza) e quello che vogliamo ottenere (il nostro obiettivo).

L'ostacolo principale al pensiero creativo è costituito dal *sistema educativo*.

Fin da piccoli siamo abituati a ragionare secondo modelli logici che ci spingono a considerare le premesse e le conseguenze rigidamente legate tra loro.

Questo ci abitua a non essere creativi e molto spesso crea delle *illusioni conoscitive* che porta con sé il virus del *buco nero*, del *bias*, del conformismo, della sicurezza dell'ovvio, del giudizio affrettato e quindi la paura di sembrare matti, quando vengono prodotte idee inusuali, non conformiste, bizzarre.

E' sufficiente ricordare ciò che subì Galileo nell'affermare che la terra gira intorno al sole e combattere l'illusione conoscitiva della teoria tolemaica.

Il sistema educativo deve essere un sistema sinottico, teso a sviluppare le capacità dell'individuo, cioè deve sviluppare quelle attitudini di cui esso è dotato, che possano consentirgli di eseguire con successo una determinata prestazione, quindi rendere possibile la riuscita nell'esecuzione di un compito o, in termini più vasti, di una prestazione lavorativa.

Certo è che questa possibilità di riuscita è a sua volta condizionata dall'attitudine che rappresenta il substrato costituzionale di una capacità che è dunque espressione di attitudine che ha trovato condizioni esterne (contestuali) e interne (motivazionali) favorevoli al suo manifestarsi in comportamenti.

Saper usare la creatività significa saper utilizzare la complessa struttura delle conoscenze, ciò comporta sul versante soggettivo una sensazione di controllo e di potere sulla situazione.

Ciò consente di sviluppare le competenze attraverso l'articolata combinazione tra *capacità, conoscenze ed esperienze finalizzate*.

Quello che realmente interessa nella nostra società non sono i titoli in sé, rappresentativi di capacità, conoscenze ed esperienze finalizzate, ma le reali risorse conoscitive ed esperienziali che l'*homo faber* possiede e che è possibile attivare immediatamente perché pienamente sperimentate e gestite in completa determinazione ed autonomia.

In definitiva il *metodo intuitivo* e il *metodo creativo* ritagliano in realtà due tipi diversi di oggetti, per cui, aderire all'una o all'altra scelta metodologica significa semplicemente scegliere di occuparsi di più o meno ed in maniera diversa dell'*homo faber*⁶.

⁶ Popper sostiene che sia l'induzione ripetitiva o per enumerazione e sia l'induzione per eliminazione sono logicamente invalide-
"...La prima è l'induzione ripetitiva (o per induzione per enumerazione), che consiste di osservazioni spesso ripetute, osservazioni che dovrebbero fondare qualche generalizzazione della teoria. La mancanza di validità di questo genere di ragionamento è ovvia: nessun numero di osservazioni di cigni bianchi riesce a stabilire che tutti i cigni sono bianchi (o che la probabilità di trovare un cigno che non sia bianco è piccola). Allo stesso modo, per quanti spettri di atomi d'idrogeno osserviamo non potremo mai stabilire che tutti gli atomi d'idrogeno emettono spettri dello stesso genere....Dunque l'induzione per enumerazione è fuori causa: non può fondare nulla..... A prima vista- dice Popper- questo tipo di induzione (cfr. la seconda) può sembrare molto simile al metodo della discussione critica che io sostengo, ma in realtà è molto diverso. Infatti Bacone e Mill, e gli altri diffusori di questo metodo dell'induzione credevano che, eliminando tutte le teorie false, si possa far valere la teoria vera..."K.R.POPPER, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, in *in Scienza e filosofia*, Einaudi, Torino 1969, p.151

Il che significa che la conoscenza scientifica prende in considerazione non già *questioni di fatto (il quid facti?* di Kant), ma soltanto questioni di *giustificazione o validità (il quid juris?*, di Kant)⁷

Infatti, il metodo creativo consente di coinvolgere l'*homo faber* in modo attivo nell'organizzazione e di garantire un più elevato livello di prestazioni future socializzando l'informazione.

Infatti, l'interesse dell'organizzazione non è attivare un processo valutativo, ma comunicare in modo diretto all'*homo faber*, che la sua prestazione sia nel caso che sia positiva, sia nel caso che essa sia negativa, sia atta a garantire una continuità positiva nel tempo.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico (organizzazione normativa) vengono utilizzati due metodi, che servono per colmare le c.d. lacune (*bias*) ivi presenti: il metodo tipologico e quello della sussunzione.

Tali tipi in effetti sono delle specificazioni del metodo analitico e del metodo creativo.

Infatti il metodo tipologico come quello *analitico procede da un tutto* (modello formale - tipo) *agli elementi che lo compongono (idee-dati) per cercare di comprendere il perché dell'unica soluzione da adottare per qualificare il comportamento "diversamente" orientato.*

Invece, il metodo della sussunzione come quello *creativo, invece, si propone di trovare tutte le possibili combinazioni alternative tra gli elementi (idee-dati) che caratterizzano la soluzione problematica da adottare per qualificare il comportamento "diversamente" orientato.*

Il c.d. metodo tipologico che è un metodo di qualificazione giuridica logicamente diverso dal metodo tradizionale della sussunzione, quindi, va abbandonato.

Ogni tentativo in tal senso, dovrebbe tener conto della sussunzione che significa essenzialmente sussumere un oggetto sotto un concetto, mentre il tipo, che costituisce il referente dell'altro metodo (sussunzione per identità), non è un concetto, ma un aggregato variabile di caratteristiche manipolabile a piacere dall'interprete.⁸

La vera contrapposizione però, non è tra metodo sussuntivo e metodo tipologico ma tra sussunzione per identità (della fattispecie concreta rispetto alla fattispecie astratta) e sussunzione per prevalente o approssimazione, con l'ausilio del metodo tipologico.

Osserviamo il fenomeno della disoccupazione, che induce a sperimentare nuove modalità di organizzazione e gestione del lavoro, tutte all'insegna della maggiore flessibilità.

Il passaggio dalla società industriale alla società dell'informazione, legittima complessi processi di decentramento e di *outsourcing*, induce ad un continuo cambiamento e ad una maggiore flessibilità rispetto a una tecnica di gestione del fattore lavoro sempre più ispirata alla Qualità Totale e al *just-in-time*.

A livello aziendale si parla di *fine della divisione del lavoro*, perché si vanno affermando nuovi sistemi produttivi che prevedono gradatamente rapporti di lavoro più coinvolgenti, fino a forme di partecipazione dei lavoratori che in qualche caso possono sovrapporsi o addirittura scontrarsi con le prerogative, i meccanismi relazionali ed i metodi propri degli organismi deputati al funzionamento dei sistemi di cogestione e, in particolare, del Consiglio d'azienda e delle rappresentanze sindacali nelle imprese.

Così è ad esempio nelle forme organizzative che trasferiscono competenze da reparti indiretti alla produzione, per effetto dei nuovi principi di utilizzo della forza lavoro (lavoro di gruppo e lavoro autoregolato, ad esempio), o ancora in relazione al *just in time*, alle forme di partecipazione diretta degli addetti (circoli di qualità, forme incentivanti).

⁷ in DEFINITIVA Popper sostiene che l'epistemologia, o logica della conoscenza scientifica, si interessa a questioni di questo genere: ".....Può un'asserzione essere giustificata? E, se lo può, in che modo? E' possibile sottoporla a controlli? E' logicamente dipendente da certe asserzioni? O le contraddice?...." POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino 1970, pp.9-10

⁸ La controversia tra sostenitori delle due tecniche qualificatorie è antica e persistente, in particolare sul punto vedi BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* pp.49-52 (in polemica con Croce) e pp. 99-105 (in polemica con Gorla; BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, pp. 169-181.

Analoghe considerazioni possono essere sviluppate nelle situazioni in cui i lavoratori tradizionali vengono progressivamente sostituiti dai c.d. *regolatori di sistema* la cui introduzione mette in crisi la stabilità delle strutture gerarchiche.

Ciò significa che il consenso non è più ricercato attraverso i meccanismi e gli equilibri di cogestione, ma attraverso il coinvolgimento effettivo sul posto di lavoro, prima, e da un coinvolgimento all'intera gestione d'impresa, poi.⁹

Rispetto ai rapporti individuali di lavoro il cambiamento richiede flessibilità e, dunque, adattabilità: in una parola *deregolamentazione*¹⁰.

Flessibilità significa capacità di adattamento senza schemi precostituiti, quindi, modificare le regole e la visione prospettica di ciò che accade senza perdere in competitività.

Sono tre le forme di flessibilità tradizionali: quella nelle regole del rapporto di lavoro, quella relativa alla retribuzione e l'altra riguardante gli orari. A queste va aggiunta una quarta: quella delle funzioni

Nel corso degli anni ottanta vi sono state iniziative legislative di deregolazione per lo più c.d. controllata, cioè affidata alla gestione/controllo dell'autonomia collettiva.

L'inizio degli anni novanta presenta invece tendenze legislative di riregolazione con ampie deleghe all'autonomia collettiva, proprio sul piano della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (dalla legge n.190 del 1990 alla legge n.223/1991 fino alla legge 196/97).

Sempre più spesso la contrattazione collettiva introduce innovazioni che riguardano le componenti economiche tese a ridimensionare in generale la dinamica automatica della retribuzione, estendendo la parte variabile della retribuzione, ossia quella parte soggetta a variazioni collegate a indici di produttività o redditività dell'azienda e talvolta del singolo dipendente (per es. di partecipazione dei chimici, di risultato dei metalmeccanici, per obiettivi degli alimentaristi).

Dette innovazioni, vanno nella direzione di aumentare la flessibilità salariale.

Ancora, la contrattazione collettiva ha istituito, sostituendola all'automatismo della indennità di contingenza abolita, l'indennità di vacanza contrattuale destinata a neutralizzare gli effetti derivanti ai lavoratori dal ritardo nella conclusione del nuovo contratto collettivo.

⁹” I nuovi regolatori si sistema svolgono una nuova forma di lavoro qualificato in produzione che consiste nella sorveglianza e regolazione dei sistemi produttivi automatizzati, accompagnata da compiti di manutenzione e di controllo della qualità”. H. KERN, *Problemi di consenso e della sua creazione nel moderno processo di produzione. Il caso della Germania federale* pag. 58

¹⁰“Il rapporto di lavoro nell'impresa ha costituito, come è noto, il presupposto per l'applicazione della disciplina inderogabile, dettata non solo per l'applicazione della disciplina inderogabile, dettata non solo dal codice ma da tutte le leggi speciali successive, con un'evidente e progressiva limitazione dei poteri del datore di lavoro, concretatasi anche nella proceduralizzazione dell'esercizio degli stessi. La normativa vincolistica sul rapporto di lavoro si consolida nell'arco degli anni '60, con la legge sull'appalto di mano d'opera, del 1960, con quella del 1962 di sostanziale sfavore per il contratto a termine, con la legge del 1966 sui licenziamenti individuali, che riduce sensibilmente l'area del recesso libero del datore di lavoro, e infine con lo Statuto dei lavoratori che irrigidisce la disciplina del rapporto sia nel momento costitutivo del rapporto, intervenendo nuovamente in materia di collocamento rispetto alla disciplina del 1949, sia in materia di mansioni sia infine nel momento estintivo del rapporto prevedendo e regolando la reintegrazione del lavoratore in caso di licenziamento..... un altro fattore di rigidità costituito dall'automatismo retributivo dell'indennità di contingenza, e.... della applicazione giurisprudenziale, per un certo tempo, della tesi dell'omnicomprensività della retribuzione..... Dalla metà degli anni '70 la crisi economica e l'alto tasso d'inflazione provocato dalla crisi petrolifera determinarono una lievitazione del costo del lavoro (accentuata dalle normative vincolistiche) non più compatibile con le esigenze di competitività delle imprese, imposta dalla internazionalizzazione dei mercati e dalla filosofia mercantilistica dell'integrazione comunitaria....E la necessità per le imprese di ridurre i costi di produzione, mentre favorì la flessibilizzazione della disciplina del rapporto - e cioè la diversificazione delle tutele, nell'ambito dello stesso tipo di ragione della presenza o assenza di requisiti o modalità del rapporto o di esecuzione della prestazione - non mise in discussione l'unità del tipo....Basti pensare alla legge n.863 del 1984 che disciplina una nuova forma di contratto di formazione e lavoro,il contratto a tempo parziale e così pure i contratti di solidarietà, diretti a ridurre orario di lavoro e retribuzione per evitare licenziamenti o promuovere nuove assunzioni, mentre la legge n.56 del 1987 porta a termine, capovolgendo l'originario orientamento di sfavore per questo tipo di contratto e assegnando alla contrattazione collettiva il compito di introdurre nuove ipotesi di contratto a termine..... Il sindacato viene coinvolto nella gestione del tempo di lavoro considerata fino ad allora competenza esclusiva del datore di lavoro.... negli anni '90, il legislatore è intervenuto in materia di collocamento eliminando totalmente la chiamata numerica e prevedendo un nullaosta successivo all'assunzione, come pure in materia di mansioni, la legge n.223 del 1991, ha consentito, alla contrattazione collettiva di derogare al divieto stabilito dall'art. 2103 cod. civ. Rimane ferma, invece, la disciplina limitativa dei licenziamenti, la quale, anzi, con la legge n. 108 del 1990 si è rafforzata perché ha esteso la tutela obbligatoria anche ai datori di lavoro con non meno di quindici dipendenti.....Il legislatore ...(TREU) ha preferito percorrere la strada della diversificazione delle tutele, contrassegnate tutte dalla temporaneità del vincolo obbligatorio, ad eccezione del lavoro a tempo parziale”. G.SANTORO PASSARELLI *Flessibilità e rapporto di lavoro* in ADL - *Argomenti di diritto del lavoro* CEDAM, 1997 n.4 pag. 75.

Nella direzione di aumentare i margini di flessibilità, va la riduzione dei livelli e delle categorie d'inquadramento volta ad aumentare la fungibilità tra mansioni. Ritorna a fare capolino il discorso sulla opportunità di adeguare la retribuzione alle condizioni territoriali, con possibili rischi di tenuta del contratto collettivo nazionale¹¹ (contratti d'area e di riallineamento).

A questi dati di evidente flessibilizzazione della disciplina del rapporto ne vanno aggiunti altri che concernono il superamento delle rigidità contemplate dalla disciplina dell'art. 2103 cod.civ..

Il mutamento *in pejus* delle mansioni, fino a qualche anno fa assolutamente vietato, con la eccezione della lavoratrice in gravidanza (art.3, quinto comma, legge 30 dicembre 1971, n.1204) è ormai ammesso dalla giurisprudenza in caso di sopravvenuta inidoneità del lavoratore e al fine di evitare il licenziamento.

E, come è noto, anche la legge n.223 del 1991 (art.4, undicesimo comma) ha demandato alla contrattazione collettiva il potere di stabilire, in deroga al secondo comma dell'art. 2103 cod. civ. l'assegnazione a mansioni diverse dei lavoratori delle imprese in crisi altrimenti destinati al licenziamento.

Come pure l'art.4, quinto comma della legge n.223 del 1991 riconosce al contratto collettivo la possibilità di utilizzare diversamente il personale eccedentario mediante contratti di solidarietà e forme di flessibilità di gestione del tempo di lavoro.

Pertanto la flessibilità si risolve "*in una diversificazione delle tutele in ragione della presenza o assenza di requisiti o modalità della prestazione o del rapporto..... in altre parole la disciplina del tipo continua ad essere applicata tranne che nelle parti in cui non sia derogata dalle normative particolari in ragione di determinati requisiti del rapporto di lavoro.*"¹²

Aumenta, quindi, ovunque il ricorso a tipologie di lavoro atipico e *sui generis*: lavoro a tempo parziale, contratti di lavoro a termine "a catena", lavoro interinale, lavoro a chiamata, contratti di lavoro coordinato, ma nell'esperienza italiana la dicotomia lavoro autonomo-lavoro subordinato viene solamente scalfita dal lavoro parasubordinato che, del resto ha avuto una rilevanza prevalentemente processuale.

Aumentano i decentramenti e gli appalti, e ovunque si attenuano i vincoli delle assunzioni e nei licenziamenti.

L'orario di lavoro viene modulato su base annuale, mentre crescono le forme di orario di lavoro personalizzato: *flexitime*, lavoro notturno, *weekend work*, lavoro ripartito (c.d. *job sharing*).

La questione del tempo di lavoro effettivamente lavorato, la sua regolamentazione, quindi il suo costo orario e le modifiche degli orari di lavoro, è stata affrontata concentrando l'attenzione su tre aspetti: lo straordinario, l'assenteismo, il part-time ed i contratti tipici.

Sullo straordinario è intervenuta la nuova normativa (l.549/95) che ha corretto, ma solo in parte, l'anomalia italiana costituita dal fatto che un'ora di straordinario costa meno di un'ora di lavoro ordinario¹³.

La nuova normativa, riducendo di fatto le ore convenzionali utilizzabili per il calcolo del costo orario, ha riequilibrato ma non eliminato il vantaggio relativo.

Solo nel caso dei tessili si giunge ora ad un costo dello straordinario più elevato rispetto all'ora lavorativa ordinaria.

I CCNL hanno tentato di introdurre con i contratti atipici ed il part-time nuovi strumenti di flessibilità nella regolazione del rapporto di lavoro.

¹¹ P. LAMBERTUCI, *Determinazione giudiziale della retribuzione, minimi sindacali e condizioni territoriali*, in Arg. Dir. Lav., 1995, n.1, pag. 201 e segg.

¹² G. SANTORO PASSARELLI *op.cit.* pag. 76.

¹³ Sino al 1995 un'ora di straordinario costava meno di un'ora di lavoro ordinario. Il minor costo variava da contratto a contratto in funzione: del numero delle voci escluse dal calcolo della maggiorazione, della percentuale di maggiorazione e del numero di ore convenzionali utilizzate per il calcolo. Considerando i tre principali contratti dell'industria privata si nota come la convenienza relativa abbia subito continue oscillazioni in funzione dei cambiamenti nei parametri di riferimento utilizzati, ma secondo una tendenza che in generale sino al 1995 è stata in aumento.

Utilizzando i dati ISCO e Ue è facile rilevare che i lavoratori italiani sono mediamente meno disponibili dei propri colleghi europei, ma la situazione si sta modificando soprattutto tra i lavoratori maschi delle fasce centrali d'età.¹⁴

Aumenta il lavoro creativo ed intellettuale perché aumentano le competenze e la professionalità, cresce la richiesta di adattabilità, di capacità di collaborazione con il datore di lavoro; cresce la richiesta di mobilità, di disponibilità nei trasferimenti, di conoscenza di lingue e di competenze informatiche, diminuiscono i lavori ripetitivi e i lavori manuali.

Sul piano dei rapporti collettivi la contrattazione collettiva si fa sempre più decentrata e la retribuzione diventa sempre più incentivante.

Il processo di individualizzazione e automazione dei rapporti di lavoro, accentuato dalle pratiche di esternalizzazione e di *outsourcing*, è sempre più evidente e delineato.

Da qualche tempo, infatti, gli studiosi di problemi del lavoro si vanno chiedendo se le trasformazioni a cui stiamo assistendo siano il segno d'una crisi del lavoro *tout court* (e, per estensione, della società fondata sul lavoro), ovvero di un tipo storicamente dato di lavoro che si contrappone a nuove forme che a quella vengono valutate per difetto, cioè in base alla quantità e all'intensità delle deviazioni rispetto allo standard e, quindi, ricondotte nella grande famiglia dei lavori atipici.

L'intero diritto del lavoro e di conseguenza quello previdenziale e assistenziale ha visto il generale passaggio dalla filosofia della rigidità, a quella della flessibilità¹⁵.

Questo fenomeno ha provocato una rilevante diversificazione delle tutele ed ha toccato i due istituti centrali del rapporto di lavoro: l'orario di lavoro e la retribuzione.

Si è cominciato con **la retribuzione**, a partire dell'accordo di luglio 1993 e alle successive tornate per la stipulazione dei contratti collettivi nazionali di categoria e degli accordi aziendali, con la parziale decontribuzione del salario di produttività e di redditività (ved. il D.L. 21.10.1996 n.535, convertito in L. 23.12.1996, n.647)¹⁶.

Per quanto riguarda **l'orario di lavoro** un impulso è stato offerto dalla legge n.196/97¹⁷, che traduce al massimo possibile l'indicazione comunitaria¹⁸ dell'orario multiperiodale.

L'orario di lavoro ha seguito una tendenza di lungo periodo verso la riduzione in tutti i paesi sino alla fine degli anni Settanta. L'enorme crescita della produttività del lavoro ha consentito, in poco più di un secolo, di dimezzare le ore lavorate ogni anno.

La diminuzione della spinta alla riduzione dell'orario si è accompagnata ad un incremento della flessibilità degli orari e delle prestazioni lavorative atipiche.

Il fattore cruciale della competitività non è tuttavia tanto la durata del lavoro, quanto la flessibilizzazione degli orari.

¹⁴ *Il rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro* CNEL 1997 Milano

¹⁵ "La flessibilità deve essere oramai considerata un profilo essenziale del diritto del lavoro attuale. Essa infatti, ha tratto non soltanto alla disciplina del mercato del lavoro, ma anche a quella del rapporto di lavoro della retribuzione e della previdenza" G. SANTORO PASSARELLI, *Misure contro la disoccupazione e tutela del lavoratore*, in *Dir.Lav.* 1995, I, pag. 341 e segg.; e in *Flessibilità e diritto del lavoro*, I, Torino, 1997, pag. I e segg. *Flessibilità e rapporto di lavoro* in *ADL - Argomenti di diritto del lavoro* CEDAM, 1997 n.4 pag. 75.

¹⁶ "Questa è una via obbligata per la valorizzazione di moduli retributivi flessibili sia perché scongiura effetti moltiplicatori incontrollabili sia perché, assicurando una nitida demarcazione tra parte minima fissa e parte variabile della retribuzione, scongiura altresì l'eventualità di interventi correttivi alla stregua dell'art. 36 Cost. sulla base di personali valutazioni dell'interprete (salva l'ipotesi marginale di palese squilibri della seconda parte rispetto alla prima). È allora anzitutto auspicabile la rimozione delle rigidità legislative operanti, a valle del canone fondamentale di proporzionalità e sufficienza retributiva, con riguardo al contenuto di specifici elementi o istituti del trattamento economico del lavoro subordinato. Dovrebbe quindi essere sancita la piena delegificazione di tale trattamento attraverso la previsione che "la misura e le componenti della retribuzione sono determinate e regolate dalle norme dei contratti collettivi di lavoro" secondo, lo schema già adottato dalla legge n.649/1979 per il rapporto di lavoro nautico. P:TOSI in *Il diritto del lavoro tra flessibilità e tutela* 1992 Giuffrè pag.32-33.

¹⁷ La durata del lavoro e le modalità secondo cui viene prestato sono un elemento chiave sia del funzionamento delle imprese e dell'intero sistema produttivo, sia dell'organizzazione della vita quotidiana degli individui. Proprio per questo, nella gran parte dei paesi la durata del lavoro ha avuto una regolamentazione legislativa, mentre l'organizzazione e le modalità di utilizzo del lavoro sono state spesso argomento di contrattazione fra sindacati dei lavoratori e imprese. Fonte ISTAT Rapporto sull'ITALIA 1998- Il Mulino - pag. 67.

¹⁸ Una direttiva della Commissione europea adottata nel 1997 ha stabilito che l'orario medio di lavoro settimanale, incluso lo straordinario, non può superare le 48 ore.

È cresciuta nel tempo la varietà nelle tipologie di occupazione e di orario e ciò ha diminuito la rilevanza della settimana lavorativa standard.

Se ancora oggi, nei paesi Ocse, l'orario settimanale più frequente si situa intorno alle 40 ore, la quota di lavoratori, dipendenti che segue questo regime orario è in calo. Le cause di tutto ciò sono molteplici.

La crescita del settore dei servizi, dove spesso la produzione e il consumo devono necessariamente avvenire nello stesso tempo, implica uno sfasamento di orari lavorativi tra i produttori del servizio e i consumatori.

L'innovazione tecnologica ed organizzativa, da un lato, consente forti guadagni di produttività ma, dall'altro, implica una forte flessibilità nell'uso dei fattori produttivi e, quindi, maggiore eterogeneità e variabilità dei regimi orari allo scopo di utilizzare al massimo gli impianti.

Un'altra strada percorsa dalle imprese nella ricerca della flessibilità è quella dell'ampliamento delle capacità richieste a ciascun individuo, fenomeno, questo, che si sta sempre più realizzando mediante una rilettura dell' *homo faber* in azienda e un passaggio dalla logica della posizione a quella delle competenze.

Ciò che è mutato rispetto a quanto accadeva in passato è che per l'*homo faber* la necessità di acquisire capacità, (*skills*), non si presenta quando si prepara ad abbandonare il suo ruolo per assumerne uno differente, ma contestualmente allo svolgimento delle sue attività; anzi acquisisce le nuove competenze tramite l'assunzione di responsabilità in ruoli e progetti differenti cui viene assegnato o chiede di essere assegnato.

In termini di strumentazione per la gestione del futuro in azienda, i sentieri di carriera, cioè le tavole dei tempi di sostituzione e di rimpiazzo sono concepiti essenzialmente in una logica verticale, vengono sostituiti da alberi di competenze (*job tree*)¹⁹.

Anche il rapporto tra lavoro e formazione è destinato a divenire sempre meno consequenziale, per prevedere invece situazioni di alternanza e di formazione continua.

La flessibilità, quindi, mina alle fondamenta il lavoro subordinato, mentre la terziarizzazione dell'economia e l'innovazione tecnologica alimentano il lavoro autonomo²⁰.

È flessibile l'area del lavoro c.d. grigio, né autonomo né subordinato, che sfugge alla rappresentanza sociale, ai sindacati, alle leggi.

Infatti bisogna prendere atto che i rapporti di lavoro irregolari realizzano una sorta di flessibilità di fatto.

Salari e costi più bassi permettono il sopravvivere di aziende e produzioni marginali, ma con rischi gravi per i lavoratori, qualche volta con abusi.

Questo tipo di flessibilità di fatto è inaccettabile e dannosa.

A questo punto sarebbe da indagare, e forse meglio si vedrà nel corso di queste pagine, la relazione tra appartenenza giuridica del tipo in forza del esser-ci è appartenenza giuridica in forza del dover esser-ci.

Se l'*ens faber* davvero è, tutto assume e tutto dispiega (e perciò anche spiega).

Nulla ha più luogo fuori del suo orizzonte e del suo dominio.

Se l'*ens faber* è, il lavoro si rivela un suo semplice territorio.

Il feudo dell'*ens faber* è governato dal dover-essere, dall'obbedienza, ogni scelta potrà legittimarsi e ogni decisione potrà santificarsi come esecuzione di ordini superiori e come tale priva di ogni responsabilità.

Ciò sotto il significato predicativo (statica), diversamente sotto il significato esistenziale (dinamica) l'*ens faber* se davvero è, la scelta è necessariamente responsabile, quindi espressione di libertà limitata e condizionata, cioè finita..

¹⁹VAUGHN R.H., WILSON M.C. (1994), "Career management using job trees: charting a path through the changing organization", in *Human Resource Planning*, 17, pp.43-55.

²⁰ Il processo di terziarizzazione dell'apparato economico-produttivo si è sviluppato nella duplice direzione della crescita qualitativa e quantitativa del terziario e della sua penetrazione all'interno stesso dell'industria manifatturiera. Tant'è che notevole è l'incremento delle imprese polifunzionali, nelle quali la natura dell'attività e la dimensione della struttura produttiva sono aspetti secondari. Il terziario, quindi, è divenuto sempre più eterogeneo, con l'esplosione del terziario c.d. avanzato.

Senza responsabilità l'*homo faber* non si distingue dal replicante biologico e perciò pensa per valori (per dover essere) però ha facoltà di *iniziare da sé*, cioè è dotato di autodeterminazione.

La libertà è la scelta che l'*homo faber* fa del suo essere proprio, conformandosi necessariamente all'*ens faber*.

In altri termini l'*homo faber* è libero se cioè agisce e pensa soltanto come parte dell'*ens faber* e riconosce in sé la necessità di esso, in quanto l'*ens faber* è *il suo universo*.

L'*ens faber anima l'homo faber e perciò lo investe e lo trasfigura*, ma in questo onnipervasivo animismo, l'*homo faber* attraverso la libertà, rifiuta, comunque, l'ineludibile del già dato, come necessità o destino.

Il dover-essere, per aver luogo, deve essere infatti luogo di relazioni, mondo di scelte e responsabilità, mondo di norme non già date.

Il dover-essere, stabilirà i confini tra comportamenti-sì e comportamenti-no, comportamenti da seguire perché autorizzati e da evitare perché proibiti.

Che il dover-essere non sia già dato è manifestato dalle innumerevoli norme con cui ha colonizzato il mondo.

Dunque, ci deve essere un dover-essere, ma non è mai detto quale, che fonda il comportamento dell'*homo faber* che gli consente di organizzarsi nel lavoro.

In questo senso, la libertà non è autodeterminazione assoluta e, non è quindi un tutto o un nulla, ma piuttosto una possibilità, una scelta motivata e condizionata.

Questa scelta, di cui l'*homo faber* è l'autore, e la causalità non può essere addossata all'*ens faber*, è limitata in un senso delle possibilità oggettive, cioè dai modelli disponibili e dall'esperienza.

La situazione qui illustrata è esattamente quella di una libertà *finita*, cioè di una scelta tra possibilità determinate e condizionata sempre e comunque dall'*ens faber*.

La libertà consiste nella possibilità di scelte delimitate da norme stabilite dall'*ens faber*, di cui però l'*homo faber* ha la possibilità di controllare, in una certa misura, lo stabilimento di queste norme.

La libertà è quindi una questione di misura, di condizioni e di limiti entro cui l'*homo faber* esprime il suo esser-ci²¹, responsabile e necessario.

Nel campo della fenomenologia, quindi, l'**ESSERE** è il fatto così com'è ed avviene in un tempo ed in uno spazio dato, mentre il **DOVER ESSERE** è il comportamento orientato l'oggetto dell'essere.

Un metodo particolarmente utile per riconoscere e comprendere l'essenza di un dato fenomeno è la **METAFORA**, che ci consente di capire una certa esperienza in riferimento ad un'altra, ci suggerisce un collegamento o un'identità tra due esperienze che normalmente non sarebbe rilevata, come nel caso della metafora del lavoro e del diritto del lavoro.

Il lavoro è l'essere, il diritto del lavoro è il dover essere.

Così utilizzando il modello dell'anello tetralogico applicandolo al diritto del lavoro avremo un anello tetralogico con i seguenti elementi: *homo faber (soggetto), tempo vincolato (tempo), regione dello spazio (spazio), comportamento orientato (oggetto)*.

²¹ Heidegger Martin *Essere e tempo* Torino 1986 *Classici della filosofia*, pag.236 e ss.

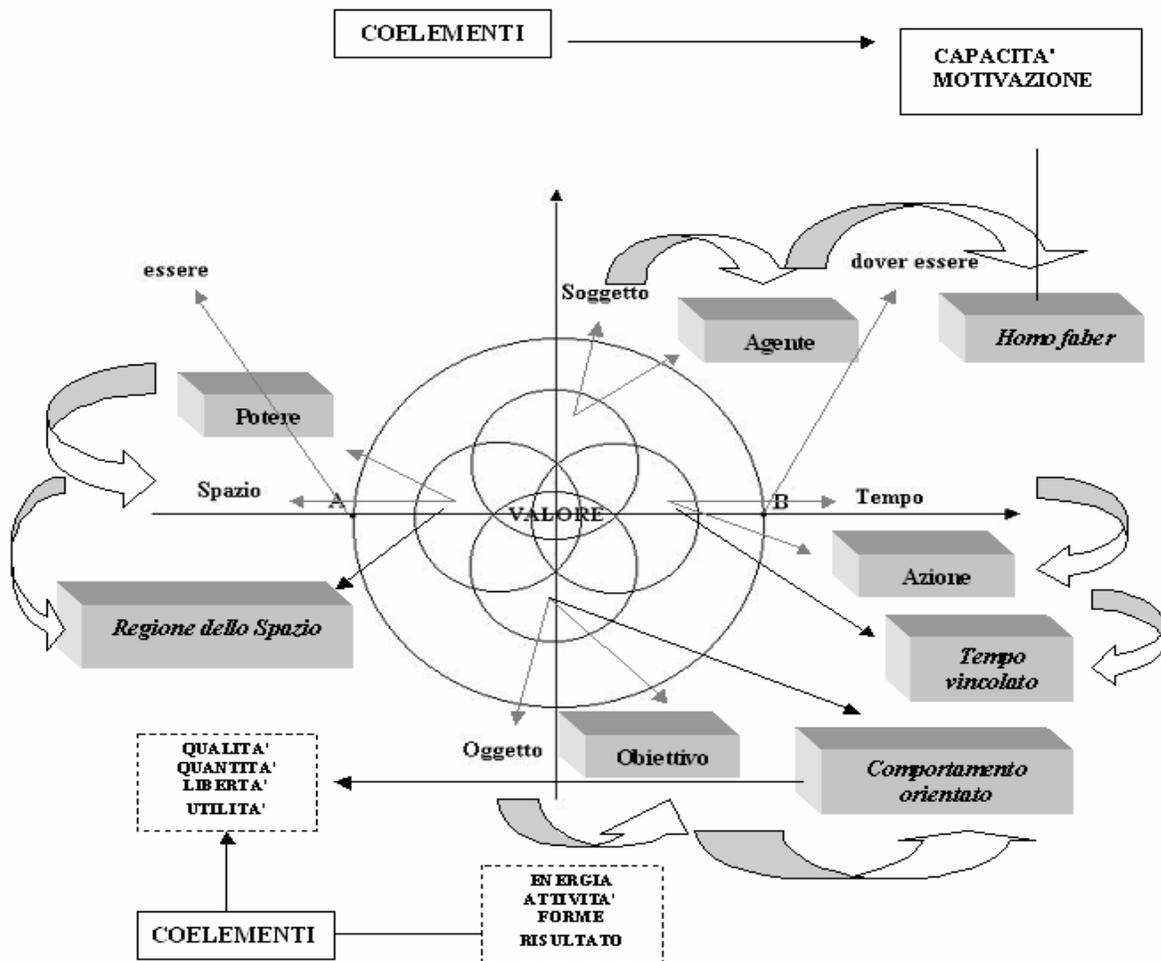


Fig.1 – Anello tetralogico del Valore/Lavoro

L' *Homo faber/soggetto* è l'uomo che lavora in un *tempo vincolato* ed in uno *spazio determinato* (fabbrica, azienda) e assume un *comportamento orientato* con un dispendio d'energia, svolgendo un'attività che ha una certa forma e che porta al raggiungimento di un risultato.

2.2 - *Ius faber*

Il lavoro è un fatto umano manifestativo, una comunicazione simbolica esterna, un comportamento.

Il comportamento²² è un atto o una serie di atti esteriori compiuti da un soggetto in risposta a stimoli provenienti da altri soggetti o da beni, in un tempo ed uno spazio (ambiente) ben definito.

Quindi, il comportamento implica un soggetto che risponde ad uno stimolo, coglie una opportunità, ricerca e cede risorse in base ad una scala di preferenza acquisita quale riflesso condizionato.

Il comportamento si differenzia dall'azione la quale implica coscienza, intervento di significati soggettivi, intenzione, progetto da realizzare.

L'azione, quindi, è una manifestazione di un particolare principio, mentre il comportamento è ascrivibile all'intera organizzazione ed è costituito unicamente da elementi osservabili e descrivibili in termini oggettivi, è uniforme, cioè costituisce la reazione abituale e costante dell'organizzazione ad una situazione determinata.

Il comportamento, poi, si distingue anche dall'**atteggiamento**, che è il comportamento specificamente umano includente quindi elementi anticipatori e normativi (progetto, previsione scelta) ed anche dalla **condotta**, dove può mancare il carattere dell'uniformità che è sempre presente nel comportamento.

Quindi nel comportamento è assente l'idea di progetto, di scopo, intenzionalmente perseguito, dove gli stati della personalità sono scarsamente rilevanti.

Il comportamento può essere studiato sotto un punto di vista fattoriale, vettoriale e genetico.

Nel primo caso si vuole mettere in rilievo la correlazione esistente tra determinati fattori, fenomeni, situazioni, assunti come variabile indipendente.

Nel secondo caso, invece, si tende a individuare una sequenza tipica di eventi che hanno come riferimento il comportamento, innanzitutto una tensione strutturale di una organizzazione in relazione all'ambiguità di determinati valori e norme.

Con l'**aspetto vettoriale** si tende a definire il comportamento assiomaticamente come elemento costitutivo di uno spazio vettoriale (o spazio lineare), che consente di introdurre in una organizzazione alcune operazioni dotate di certe proprietà formali.

Tali proprietà formali, svolgono varie funzioni sia a livello individuale (soggettivo) sia a livello strutturale quindi legittimano determinati comportamenti ed anche alcune volte sottraggono legittimità ad altri.

Le proprietà formali sono **le emozioni**, stati effettivi gradevoli, che il soggetto ricerca, o sgradevoli, da cui rifugge; le **preferenze** per certi beni atti a garantire i suoi stati affettivi in luogo di altri; lo **stimolo**, che è dato dalla presenza del bene o dell'evento gratificante (*compenso*) oppure deprimente, ovvero da un segno del suo approssimarsi o allontanarsi.

Il termine **motivo** designa il rapporto che si stabilisce tra stimolo, preferenza ed emozione.

Ogni comportamento ha dietro di sé dei processi di *apprendimento*, tramite cui si sono formate le preferenze attuali del soggetto e può essere visto a sua volta come un momento staccato di un processo permanente di apprendimento, da cui certe preferenze del soggetto saranno rafforzate o estinte.

Si suole anche distinguere tra comportamento **elementare** e comportamento **istituzionale**.

Il primo si suppone presenti una struttura semplice e non orientata, diversamente dal secondo che è quello richiesto dal sistema sociale in situazioni codificate dalla *cultura*.

Nella società umana **il comportamento di comunicazione** assume un ruolo importante, perché è un'iniziativa attraverso cui l'*homo faber* trasmette ad altri il proprio messaggio.

Certo è che il comportamento è un qualcosa di diverso e più specifico, rispetto al *fatto* (*cfr. umano*), poiché è legato all'ambiente da un nesso di causalità.

²² Il termine è stato introdotto da J.B. Watson nel 1913 con l'articolo-manifesto *La psicologia secondo i comportamentisti*. Originariamente è servito a sottolineare politicamente l'esigenza che la psicologia e in generale ogni considerazione scientifica delle attività umane o animali assumesse a suo proprio oggetto elementi osservabili oggettivamente, cioè non accessibili solo alla intuizione interna o alla coscienza.

*Il principio di causalità soddisfa, l'esigenza di stabilire quali fatti esterni e quali situazioni socialmente rilevanti siano da imputare all'individuo come fonte di responsabilità e obbligazioni o di diritti o aspettative*²³.

Ma quale comportamento? dato che nella realtà giuridica non ogni comportamento assume rilevanza e dato che il comportamento essendo un fatto materiale e oggettivo, con cui si realizza una risposta dell'uomo agli stimoli che derivano dall'ambiente e che in esso confluiscono due componenti una spaziale (*risposta all'ambiente*) ed una temporale (*è successivo allo stimolo dell'ambiente*).

Il comportamento a rilevanza giuridica appartiene al mondo della realtà oggettiva e la sua oggettività si atteggia specificamente come oggettività socio-economico-giuridica²⁴, fuori da ogni interpretazione psicologica vera e propria, il che ci indirizza a delineare una scienza giuridica del lavoro fondata sul comportamento umano.

Il comportamento quindi è l'oggetto di tale scienza.

Il comportamento dell'*homo faber* è un fatto materiale, riferibile in proprio al corpo umano, al quale inerisce il carattere del *facere* dotato di qualche grado di *libertà*, in quanto *orientato a trasformare la realtà fisica ambientale, in modo da determinare le situazioni in cui il suo essere potrà svolgersi e divenire dover-essere*.

Quindi, un **comportamento orientato**.

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione del *lavoro*²⁵, di contro è offerta, così come avviene negli altri ordinamenti giuridici, *una speciale rilevanza del lavoro come fatto economico e sociale*²⁶ e *non come comportamento orientato all'utilità sociale*²⁷.

La rilevanza giuridica realizza una situazione che tecnicamente si *esprime in istituti protettivi* (c.d. *favor*), dove si riconosce il valore dell'uomo quale soggetto giuridico produttivo di *utilità sociale* (art.4 della Cost.).

Infatti, l'*homo faber* ha il dovere di "*svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*".

In tale espressione, è facile cogliere quattro elementi che costituiscono le "virtù giuridiche" dell'*homo faber* e che perciò orientano il suo comportamento: **qualità, quantità, libertà e utilità** (fig. 1).

Secondo le proprie possibilità, significa che l'*homo faber* è un soggetto giuridico dotato di competenze suscettibili di valutazione economica ed in quanto tale, è *un soggetto da conoscere*, quindi un soggetto giuridico portatore di interessi giuridicamente rilevanti, che devono essere valutati e perciò apprezzati giuridicamente.

Alcuni esempi chiariranno l'assunto.

L'apprezzamento qualitativo risulta, dalle formule normative del tipo *assunzione in prova* contenute nell'art.2096 c.c. sul rapporto di lavoro e dalle norme che si occupano della trasformazione del contratto di formazione e lavoro e del contratto di tirocinio (cfr. *apprendistato*),

²³ FALZEA A. *Voci di teoria generale del diritto*, Milano pag.607 e ss.

²⁴ "...il concetto di comportamento che interessa al giurista non è quello biologico o fisiologico; il giurista ha bisogno di un concetto sociologico, alla luce del quale il fenomeno appare come l'atteggiamento che l'uomo assume nelle relazioni sociali.....è utile avere presente ...che per il diritto hanno importanza non solo comportamenti individuali ma anche comportamenti collettivi.....". FALZEA A. *Voci di teoria generale del diritto*, Milano pag.607 e ss.

²⁵ Il lavoro è ogni attività socialmente utile, "mezzo necessario, per una parte all'affermazione ed allo sviluppo della personalità, e, per l'altra, al progresso materiale e spirituale della società" MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, Dir. Lav., 1954, 1,149 e *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 156 ss.

²⁶ U. PROSPERETTI - *Lavoro - fenomeno giuridico* in Enc. Del Diritto, Milano 1973 Vol.XXIII pag. 327 e ss.

²⁷ Si possono identificare nella Costituzione due significati per il termine lavoro: prestazione di attività a vantaggio ed alle dipendenze altrui, in tale senso gli artt.1, 3 secondo comma, 4 primo comma, 36,37 e 38 della Cost. e di attività socialmente utile, così nel secondo comma dell'art.4 e nell'art.35. Le garanzie costituzionali sono riferibili a tre posizioni fondamentali: chi lavora svolgendo un'attività socialmente utile, chi lavora in senso stretto, e chi non svolge nessuna di queste attività; a questi ultimi si riconoscono solo diritti connessi alla esistenza, mentre a chi svolge attività socialmente utile si riconosce una protezione più estesa che promuove l'attività stessa; la tutela più articolata è quella riservata ai lavoratori in senso stretto. Tali garanzie si concretano in diritti soggettivi, in situazioni di soggezione e di obbligo e, infine, nel fatto che determinate attività per essere legittime devono rispettare certi fini di ordine sociale. SMURAGLIA *La Costituzione ed il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.

in contratto di lavoro a tempo indeterminato, nonché dalle norme contenute nell'art.2103 c.c. in tema di mansioni del lavoratore.

L'apprezzamento quantitativo, si avverte quando si ricostruisce l'*unità dei valori della persona*, attraverso formule normative dove non solo l'interesse individuale si esprime e trova una spiccata protezione, ma anche l'interesse collettivo che "...costituisce, nella spontanea, organizzazione degli interessati e nel riconoscimento a parte della comunità generale, la nuova dimensione strutturale e normativa dell'ordinamento..."²⁸.

L'*homo faber* è un soggetto che vuole e, perciò, si attribuisce la libertà di scelta, della propria scelta, secondo le sue capacità e le sue inclinazioni individuali.

In particolare, la libertà di organizzazione della sua vita di lavoro e dell'organizzazione del proprio tempo libero.

Le formule normative del tipo permessi di maternità, di studio, post-natalità, ecc. apre la possibilità all'*homo faber*, di sospendere il suo lavoro per dedicarsi momentaneamente a se stesso, alla sua famiglia, alla sua formazione sindacale e professionale, alle attività politiche, associative, assistenziali, all'insegnamento, alla ricerca, etc.

Il riconoscimento di una sfera di libertà individuale nel lavoro, nell'assumere rilevanza giuridica assume il carattere della doverosità²⁹.

Infatti, l'art.4, secondo comma della Costituzione, si riferisce al dovere, e non al diritto di svolgere una attività o una funzione nell'interesse sociale; e il principio della scelta di una attività, intesa come manifestazione del concorso di ciascuno alla vita e al progresso sociale, non può dirsi leso dalle limitazioni che l'attività del cittadino può subire, per la tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali.³⁰

La quantità definisce l'oggetto del sapere, mentre la qualità individua le c.d. determinazioni *disposizionali* che comprendono disposizioni, abiti, abitudini, capacità, facoltà, virtù, tendenze, o come altro si vogliono chiamare le determinazioni costituite da possibilità dell'oggetto e quindi, le capacità di produrre certi effetti

Lo stesso significato di qualità, è presente nel concetto di *qualificazione*.

"Qualificarsi per" o "essere qualificato per", significa possedere capacità o la competenza, cioè la *qualità disposizionale*, per effettuare un dato compito, o raggiungere un dato scopo.

Nel significato giuridico, qualità è sinonimo di qualificazione in quanto significa soltanto *limitato o caratterizzato da date condizioni*, che sono appunto dettate dalla norma e dalla caratteristica di questa: la doverosità.

Quantità e qualità costituiscono la *professionalità*, che è la continuità e sistematicità dell'esercizio dell'attività.

Essa distingue e contraddistingue in fasce diverse l'*homo faber*, non secondo una classe, ma secondo *ruoli e funzioni*.

Il ruolo definisce l'identità dell'*homo faber*, cioè la posizione che esso occupa nel lavoro e perciò anche nella società e può essere definita come "...l'attività effettivamente svolta nella funzione che essa ha nel sistema, vista anche nelle relazioni che essa costituisce..."³¹.

Avremo sicuramente ruoli diversi, ma tutti concorrenti al benessere non solo del singolo ma anche della collettività, in cui il singolo opera.

Il ruolo attiene all'identità del lavoro prestato, mentre la funzione appartiene al momento dinamico e finalistico del lavoro (a che cosa serve).

²⁸ PROSPERETTI *op. cit.* pag. 331

²⁹ "...Il dovere del lavoro, come risulta dall'uso del termine <<dovere>>, che si trova nell'art.4 Cost., corrisponde ad altre situazioni di <<dovere>>, indicate nella nostra Costituzione, come il dovere di solidarietà (art.2), il dovere di difendere la patria (art.52), il dovere di fedeltà alla Repubblica e quello di adempiere alle funzioni pubbliche <<con disciplina ed onore>> (art.54).....Esse come un richiamo alla partecipazione all'interesse generale ed all'affectio societatis, per la cui mancanza l'ordinamento può reagire, senza tuttavia poterla imporre, nel senso che non può determinare una situazione perfettamente sostitutiva dell'affectio, come consapevole adesione ai fini dello Stato....."PROSPERETTI *op.cit.* pag.335.

³⁰ Corte Costituzionale sentenza n.12/1960.

³¹ BUTERA F. *Il Castello e la rete*, Milano, 1990 ed anche *Dalle occupazioni industriali alle nuove professioni*, Milano 1987.

Precisamente, la funzione specifica la finalità del ruolo, cioè il modo con cui le qualità sono impiegate nella società, in genere ed in particolare nel processo produttivo.

La nozione di *professionalità*, ha il significato di *ricercare e valorizzare la funzione svolta dall'homo faber nel lavoro, per il "progresso materiale e spirituale della società"*.

Tant'è che la Costituzione (art.4, primo comma) nel riconoscere a tutti i cittadini *il diritto al lavoro*, dà importanza sociale al lavoro, "*che senza creare rapporti giuridici perfetti, costituisce un invito al legislatore a che sia favorito, il massimo impiego delle attività libere nei rapporti economici.*"³², nei limiti imposti dal perseguimento di fini sociali a carattere generale, fini che il legislatore ordinario, nella sua insindacabile discrezionalità anche politica, ben può di volta in volta valutare e considerare rispetto agli interessi individuali³³

Il che significa che l'esercizio di un'attività, può ben essere sottoposto a condizioni, limitazioni ed obblighi, in funzione di interessi ed esigenze sociali dell'ordinamento statale ritenuti meritevoli di protezione³⁴.

Dal riconoscimento al cittadino del diritto al lavoro e della libertà di scegliere un'attività lavorativa discende per lo Stato, il dovere di non porre norme che tale diritto escludono, o tale libertà direttamente o indirettamente rinneghino, ma non consegue l'impossibilità, per il legislatore ordinario, di dettare norme che specificino limiti e condizioni inerenti all'esercizio del diritto o che attribuiscono all'autorità amministrativa, poteri di controllo a tutela di altri interessi e di altre esigenze sociali ugualmente fatti oggetto di protezione costituzionale³⁵.

Pertanto, in un eventuale sindacato di legittimità costituzionale di una norma non si può prescindere, da una considerazione globale dell'intero sistema, per verificare se limiti e condizioni trovino nel sistema stesso giustificazioni e siano, quindi, legittimi³⁶.

Ciò significa anche che all'*homo faber*, la Costituzione (art.4) nel riconoscere il diritto al lavoro, riconosce anche un diritto al ruolo ed alla funzione, ma non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così come non garantisce il diritto alla conservazione del posto di lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto³⁷

Certo è che la Costituzione all'art.4 indica quale sia *l'atteggiamento* che *l'homo faber* deve avere nei confronti del lavoro.

Il termine atteggiamento sta ad indicare l'orientamento selettivo e attivo dell'*homo faber* nei confronti del valore lavoro, in particolare è la spinta all'azione o la disposizione all'azione, più precisamente è il progetto di scelte, di comportamenti che consentano di effettuare delle scelte di valore costante nei confronti del lavoro.

Atteggiamento, che diventa *attenzione*, nel momento in cui *l'homo faber* prende possesso in forma chiara e vivida delle proprie scelte, quindi, concretizza l'oggetto e dimostra un potere (*facultas*).

Termini rilevatrici di questa tendenza, si ritrovano nella Carta dei diritti sociali fondamentali; in particolare figurano le nozioni di mestiere, di vita attiva o di vita professionale, che si riferiscono appunto ad una identità professionale.

Così anche molte norme comunitarie³⁸ guardano alla persona ed alla sua biografia personale.

Giova ricordare che l'art.4, primo comma, Cost. configura *quale fondamentale diritto di libertà della persona umana* il diritto al lavoro.

Perciò, si spiega come il diritto del lavoro sia una manifestazione normativa connessa più al diritto personale, che al diritto patrimoniale.

³² Corte Costituzionale sentenza n.3/1957 e n.5/1971

³³ Corte Costituzionale sentenza n.14/1968

³⁴ Corte Costituzionale sentenza n.30/1972 e n.41/1971.

³⁵ Corte Costituzionale sentenza n.102/1968,

³⁶ Corte Costituzionale sentenza n. 94/1976

³⁷ Corte Costituzionale sentenza n.81/1969

³⁸ Dir. 76/207 del 9 febbraio 1976; 77.187 del 14 febbraio 1977; 75.129 del 17 febbraio 1975; 80.987 del 20 ottobre 1980.

In definitiva il diritto al lavoro caratterizzerebbe il diritto del lavoro, come diritto personale perché formato da norme attribuenti conseguenze giuridiche a situazioni di fatto costituite da *relazioni dirette fra individui ed aventi per oggetto la personalità umana*³⁹.

Il codice civile italiano del 1942, traduce la cultura giuridica germanica, che individuava appunto il rapporto di lavoro come una situazione di appartenenza personale a una comunità, in opposizione alla tesi contrattuale appartenente alla cultura giuridica romanistica, nell'art. 2094 del Cod.Civ. nel momento stesso in cui definisce il lavoratore e non il contratto di lavoro: "*il lavoratore subordinato è colui che si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa fornendo il suo lavoro intellettuale o manuale al servizio e sotto la direzione dell'imprenditore*"⁴⁰.

Occorre notare che questa terminologia, mette l'accento sulla persona dell'*homo faber*, piuttosto che sul rapporto giuridico di lavoro, che oggi è alimentata ancor di più dalla normativa comunitaria⁴¹, che ha come fine principale quello di organizzare un *grande mercato del lavoro*, dove l'*homo faber* diviene *homo economicus*.

L'idea di scambio economico in tale normativa (prestazione di lavoro contro remunerazione) è prioritaria, e la nozione di lavoratore le è subordinata⁴².

Questo significa che la qualità del lavoratore è una qualità inerente alla persona di colui che vive del suo lavoro.

Non bisogna dimenticare, però che le cose materiali acquistano la qualificazione giuridica di *beni, quando entrano in un patrimonio*, e che la persona può vantare dei diritti solamente quando ciò avviene.

Il patrimonio, così, è concepito come una emanazione della persona, la sua proiezione nel mondo materiale, quindi questa nasce e sparisce con essa.

Quindi, diritto del lavoro come diritto della persona o come diritto patrimoniale⁴³?

L'esercizio delle libertà individuali, sia che si tratti di attributi della persona (sesso, origine, etnia, razza), sia che si tratti della vita privata (costumi, situazione familiare, stato di salute), o della vita pubblica (convinzioni religiose, opinioni politiche) e le libertà nel lavoro che ineriscono alla qualità del lavoratore e possono esercitarsi nei limiti delle fonti da cui promanano, di cui è titolare l'*homo faber*, ci fanno propendere per il diritto del lavoro come un diritto, che sotto l'aspetto statico è un diritto personale, mentre considerandolo sotto l'aspetto dinamico è un diritto patrimoniale.

Il lavoro dunque, come fenomeno giuridico è atto dell'*homo faber e come tale esprime la realizzazione completa, la forma specifica e perfetta di ciò che diviene*, il bene giuridico.

Solo l'azione perfetta, che ha in sé il suo fine (quello di divenire bene giuridico) attribuisce le caratteristiche qualitative della patrimonialità al lavoro⁴⁴.

E allora, come collocare *il lavoro e l'homo faber* all'interno di questi concetti.

³⁹ ".....Di particolare interesse sembra in proposito una tesi, proposta ormai da alcuni decenni, secondo la quale il diritto personale sarebbe formato da norme attribuenti conseguenze giuridiche a situazioni di fatto costituite da relazioni dirette fra individui ed aventi per oggetto la personalità umana; il diritto patrimoniale sarebbe invece formato da norme sugli effetti giuridici di situazioni di fatto per rapporti aventi per oggetto relazioni personali connesse indissolubilmente a beni economici.....Vi si anticipa una concezione dell'ordinamento giuridico, di cui è difficile indicare una compiuta sistemazione, ma che certamente modificherà molti schemi abituali....."PROSPERETTI, *op. cit.* pag.331.

⁴⁰ G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI in *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2 ed. 1987, n.12 s.p. 6 s.

⁴¹ Il diritto comunitario utilizza le nozioni di lavoratore, di contratto e di rapporto di lavoro senza tuttavia definir queste nozioni. Il Trattato evoca così i lavoratori a proposito degli obiettivi del Fondo sociale europeo (art.3), della libera circolazione, della sicurezza sociale dei lavoratori migranti (art.58), dell'igiene e della sicurezza del lavoro (art.118A) e dell'uguaglianza di retribuzione tra i sessi (art.119); i lavoratori salariati a proposito della regola dell'unanimità (art.110A); la mano d'opera a proposito degli obiettivi della politica sociale (art.117); le attività non salariate a proposito del diritto di stabilimento (art.52); i servizi a proposito della loro libera circolazione. La Carta dei diritti sociali fondamentali aggiunge a questo glossario le nozioni di professione e di mestiere (art.2), di vita attiva (art.15) e di vita professionale (art.23).

⁴² In tal senso anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) ved. sentenza del 23 marzo 1982, Levin, rec., 1035; 31 maggio 1989, Bettray, rec. 1621; 3 luglio 1986, Lawrie Blum, rec., 2139; 21 giugno 1988, Brown, rec., 3237; 21 novembre 1991, SARL Le Manoir.

⁴³ E' rinvenibile nella Costituzione il lavoro inteso come "attività personale" includente anche il lavoro autonomo (art.1) V. PANUCCIO - *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Studi Domenico Napoletano*, Milano 1986, 41.

⁴⁴ L'azione perfetta, che ha in sé il suo fine, è detta da Aristotele azione finale o *entelechiaca*. Infatti secondo Aristotele, alcuni atti sono movimenti, altri azioni: sono azioni quei movimenti che hanno il loro fine in se stessi.

È intuibile che non si può parlare di lavoro se non lo si tratta come un bene e quindi fare di esso l'oggetto di un'obbligazione contrattuale.

Infatti nel nostro ordinamento la prestazione deve consistere in un comportamento di un soggetto-debitore atto a soddisfare l'interesse di un altro soggetto determinato (soggetto-creditore) e si sostanzia in un programma materiale o giuridico che il primo è tenuto a realizzare (art.1174 c.c.).

La soddisfazione di quest'ultimo, poi, dipenderà certo dal comportamento del primo, ma non necessariamente dal risultato economico della prestazione, che potrà andare invece a vantaggio di altri o dello stesso debitore.

Una lettura delle norme che regolano il lavoro interinale e contenute nella legge n.196/1997 acquisteranno la nostra coscienza.

Il lavoro interinale si configura come un particolare tipo di contratto di lavoro, che è fondato per sua stessa definizione, sul comando temporaneo del lavoratore ora presso uno ora presso un altro soggetto che utilizza le prestazioni.

Si tratta però di un rapporto di lavoro che presenta una significativa alterazione dello stesso schema funzionale, perché *lo scambio* avviene, in questo caso, non tanto tra le prestazioni di lavoro e quella retributiva, ma tra quest'ultima e l'accettazione di porre le proprie energie lavorative a disposizione di terzi, individuati dallo stesso debitore della retribuzione.

L'art.1 della legge 196/1997 definisce al comma 1, il contratto di lavoro temporaneo ed individua i contraenti nell'impresa fornitrice ed in quella utilizzatrice, disciplinando innanzitutto al comma 2, le ipotesi in cui il medesimo può essere concluso.

Secondo le articolate definizioni della norma per "agenzia" o impresa di lavoro intermittente in senso stretto si intende quel particolare soggetto economico-giuridico che in *forma professionale e continuativa assume* alle proprie dipendenze uno o più lavoratori al fine di *metterli a disposizione* o cederli temporaneamente ad un cliente per lo svolgimento di determinati lavori *sotto la direzione di quest'ultimo*.

Per realizzare questo particolare schema soggettivo trilaterale l'"agenzia" di lavoro intermittente stipula due distinti contratti, uno di lavoro subordinato con il lavoratore temporaneo e l'altro di fornitura temporanea di manodopera con il cliente, mentre tra quest'ultimo e il lavoratore (che pure di fatto svolge la prestazione lavorativa sotto le direttive dell'impresa cliente) non intercorre alcuna relazione giuridica.

Questi particolari aspetti della fattispecie tipizzati dall'art. 1 della legge consentono di distinguere con precisione il lavoro intermittente tramite "agenzia" da altre ipotesi negoziali tendenzialmente riconducibili ad una relazione soggettiva trilaterale tra un lavoratore e due distinti imprenditori.

Il punto merita approfondimenti, anche per inquadrare il lavoro intermittente tramite "agenzia" in uno schema legale a sè stante i cui tratti caratterizzanti dipendono dal modello di disciplina adottata dal legislatore, anche e soprattutto per comporre le antinomie, per completare le lacune, e per estendere o a restringere il dettato normativo.

Quando il testo normativo è incongruo, sul piano interpretativo, la risorsa più efficace è data dalla interpretazione autentica del legislatore, la risorsa più debole è data dalla interpretazione restrittiva del testo normativo, al fine di ridurre al minimo i guasti che esso comporta.

Per superare queste difficoltà e, dunque, per garantirsi la possibilità di ricondurre la fattispecie del lavoro interinale tramite agenzia nell'area del lavoro subordinato⁴⁵, occorre assorbire i problemi del tipo negoziale e cioè quelli della qualificazione della sua struttura negoziale.

In effetti, è affermazione costante della dottrina e della giurisprudenza in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro che, per la soluzione del caso concreto, occorre valutare tutte le circostanze di fatto e tutte le singole clausole del regolamento negoziale.

⁴⁵ La nostra dottrina è solita parlare in proposito di alterazione funzionale della "causa" del contratto (VERARI S. *Il lavoro interinale: quale regolamentazione*, in LG, p. 445 e ss.; MISCIONE M., *Flessibilità del lavoro e unità- articolazione del rapporto contrattuale*, in LG, p. 777 e ss.

La questione della qualificazione del singolo contratto concreto andrà allora impostata facendo ricorso ai tradizionali criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Infatti, diversamente dal trasferimento interaziendale dove il dipendente si trova contemporaneamente vincolato da due differenti relazioni contrattuali, una con il datore di lavoro originario e l'altra con l'effettivo beneficiario della prestazione lavorativa, nel lavoro intermittente tramite agenzia, il contratto di lavoro è uno solo, e precisamente quello che lega il lavoratore temporaneo all'agenzia-datrice di lavoro.

Il rapporto tra agenzia, lavoratore ed utilizzatore, potrebbe configurare un'ipotesi di *contratto a favore di terzi* in cui l'impresa fornitrice (*agenzia*) si profila come mediatore, beneficiando di un apposito compenso, una sorta di provvigione.

Questo contratto può definirsi come quel contratto che attribuisce ad una persona, completamente estranea ad esso, un diritto del tutto distinto da quelli scaturenti per i contraenti.

Infatti, perché si possa parlare di terzo al contratto, bisogna che in suo nome sia stipulato il contratto e non acquisti lo stesso diritto del diretto contraente.

In tale contratto l'interesse del promittente consiste nel liberarsi, a mezzo della prestazione al terzo, di un obbligo, che egli o aveva assunto verso lo stipulante, prima e indipendentemente dal rapporto, che egli stipula in atto con lui, o che assume ora, verso lo stipulante medesimo, proprio a mezzo del contratto a favore di terzo.

Il connotato tecnico-giuridico saliente del contratto a favore di terzo è il seguente: che un effetto accessorio (favorevole) è prodotto dal contratto, nei confronti di persona (determinata in atto, o determinabile), la quale resta estranea al contratto (terzo-beneficiario), ma è presa direttamente in considerazione dalle parti contraenti (promittente della prestazione a favore del terzo, che assuma l'obbligo di adempierla; ma tale obbligo egli assume, intanto, nei confronti della controparte-stipulante

Queste le caratteristiche peculiari del contratto a favore di terzo (art.1411 cod.civ.):

- *oggetto della prestazione può essere un dare, un fare, un non fare;*
- *il terzo acquista per effetto del contratto concluso a suo favore, un suo diritto che non ha sostato nel patrimonio dello stipulante e che non gli è quindi ceduto dallo stesso;*
- *il vantaggio del terzo non deve essere puramente indiretto;*
- *il terzo può essere un soggetto indeterminato alla stipula del contratto, ma determinabile in futuro, non può essere però un soggetto futuro;*
- *il terzo ha un'azione autonoma e diretta, a suo favore, per costringere il promittente (suo personale debitore) all'adempimento della prestazione a suo favore e, se del caso, al risarcimento del danno; anche lo stipulante può agire per proprio conto, contro il promittente, per la risoluzione del contratto, poiché la mancata prestazione a favore del terzo costituisce inadempimento;*
- *perché l'acquisto del diritto da parte del terzo sia definitivo, occorre che il terzo dichiari sia allo stipulante, sia al promittente di voler profittare del contratto a suo favore: fino a tale dichiarazione del terzo, la stipulazione a favore del terzo può essere revocata dallo stipulante;*
- *la dichiarazione del terzo è unilaterale, recettizia, può essere anche tacita; è condicio iuris per rendere irrevocabile e immodificabile la stipulazione nei riguardi del terzo; va emessa nei confronti, oltre che del promittente, anche dello stipulante;*
- *in caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto (art.1411, 3° comma cod.civ.).*

Se sotto l'aspetto strutturale il contratto a favore di terzo potrebbe avvicinarsi al contratto di lavoro interinale, se ne differenzia sotto l'aspetto sostanziale.

Infatti, sotto l'aspetto sostanziale il terzo presenta una singolare affinità col donatario; nel particolare senso che egli è destinato a ricevere senza nulla dare, o fare, in corrispettivo (salva

l'eventuale apposizione di *modus*); donde, una situazione di totale gratuità dell'effetto del contratto, nei riguardi del terzo e restando, egli terzo, nel senso più pieno del termine.

In definitiva, il vantaggio del terzo è un effetto casuale e meramente economico (o di fatto), non giuridico; il quale, come entra in maniera avventizia nel patrimonio di lui, così può uscirne, senza che il terzo vi abbia titolo, per pretendere la conservazione del vantaggio.

Considerato nel suo profilo strutturale il contratto interinale è caratterizzato da un contenuto tipico che si inserisce nello scambio come prestazione dovuta: il coordinamento della prestazione lavorativa con l'interesse del terzo, secondo un accordo negoziale desunto *per relationem* dal contratto tra l'agenzia ed il terzo, che può essere stipulato prima dell'assunzione del dipendente ad interim da parte dell'agenzia o successivamente, secondo le forme stabilite dalla legge.

L'accordo desunto *per relationem* costituisce una modalità del programma negoziale, che è fonte di obblighi strumentali per entrambe le parti.

Per quanto riguarda il datore di lavoro, l'adempimento delle prestazioni strumentali richieste dall'accordo negoziale (in una parola: l'effettivo svolgimento della prestazione nei modi e termini convenuti) ha però un rilievo ulteriore.

Il contratto di lavoro interinale è infatti un contratto (a termine) "autorizzato", da un provvedimento amministrativo o da un contratto collettivo, sotto condizione dell'effettiva realizzazione dell'accordo, e come tale un contratto dove la tutela dell'interesse collettivo assume un rilievo particolare, stante il fatto che attraverso tale tutela, si realizza il principio costituzionale dell'utilità sociale quale limite all'iniziativa privata (art.41 Cost.)

L'inosservanza dell'accordo fa cadere l'effetto autorizzatorio: di qui la "conversione" in rapporto a tempo indeterminato di cui parla la legge.

Le luci e le ombre del contratto di lavoro temporaneo stanno proprio nella mancanza di elasticità dei suoi contenuti. Di per sé un simile modulo contrattuale si presta ad impieghi limitati in quanto non potrà essere utilizzato come strumento di selezione all'occupazione stabile.

Dunque, il rapporto contrattuale è un elemento fisionomico del tipo normativo socialmente prevalente del rapporto di lavoro e non è un contenuto normalmente inderogabile del rapporto: per questo possiamo affermare che il contratto di lavoro temporaneo che pur discostandosi dalla causa tipica del contratto di lavoro, non si discosta dal tipo normativo delle tutele.

Va, altresì osservato che la prestazione viene considerata non soltanto sotto il profilo quantitativo (molte prestazioni rese a terzi rispetto a quella unica del rapporto di lavoro tipico), ma anche sotto quello distributivo (blocchi temporali di lavoro "distribuiti" in funzione delle esigenze aziendali che rendono conveniente la parcellizzazione della prestazione di lavoro.

Sicuramente sussiste un collegamento funzionale perchè i diversi e distinti negozi vengono concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debba ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia.

Infatti i negozi voluti dalle parti sono in rapporto strumentale di mezzo e fine (*collegati*).

Si tratta, nel caso, di un nesso economico, tradotto nel collegamento tra contratto di lavoro e contratto di appalto di servizi a tempo indeterminato o determinato, contratto, quest'ultimo, in funzione del primo in quanto costituisce un elemento essenziale per il godimento e la sua destinazione.

Il fatto che il contratto dipende logicamente e giuridicamente da un altro, come da una premessa indispensabile, ha come effetto che il contratto accessorio segue la sorte del principale: in specie, con riguardo alla nullità, alla possibilità della risoluzione e simili.

Occorre infine far rilevare che le obbligazioni delle parti assunte rispettivamente nel primo e nel secondo contratto tra di loro collegati, consentono di affermare che sostanzialmente il contratto di fornitura pur non essendo un contratto *figlio*, cioè di contenuto uguale a quello c.d. *padre*, già perfezionato consente l'azione diretta nei limiti di legge del dante causa, verso l'avente causa mediato (e viceversa), per il versamento dei contributi e il pagamento della retribuzione.

Va anche evidenziato un aspetto particolare che caratterizza il concetto di *subordinazione "tecnica"* individuata dalla dottrina nel lavoro a domicilio,⁴⁶ rispetto alla subordinazione "*giuridica*" quale *species* di quest'ultima.

Utilizzando tale distinzione possiamo affermare che nel lavoro interinale, la dissociazione tra datore di lavoro *ex contractu* e datore di lavoro effettivo determina questa scissione tra subordinazione *tecnica* e subordinazione *giuridica*.

Infatti la prima è riferibile al rapporto impresa utilizzatrice e lavoratore, mentre la seconda è riferibile al rapporto tra lavoratore e impresa fornitrice.

E' dunque sull'identificazione della nuova nozione di subordinazione così come contenuta nell'art. 2094 cod.civ., che si può comprendere la portata ed incisività della politica di espansione del diritto del lavoro.

Infatti, possiamo affermare che anche il legislatore, così come da tempo ha già fatto dottrina e giurisprudenza per alcuni istituti giuridici, sposa la filosofia della mobilità/flessibilità/precarietà del lavoro, individuando nell'adottare il lavoro interinale un concetto di subordinazione dove *ordini e istruzioni* in deroga al tipo tradizionale giustificano la costruzione di subordinazione di quel rapporto di lavoro.

Questo, però non significa che non permangono questioni di compatibilità da risolvere, soprattutto sul piano pratico e soprattutto quando si manifestano conflitti di interessi fra dipendenti interni e dipendenti interinali, che sono comunque esterni all'azienda.

Per esempio, una lettura estensiva della disciplina normativa considerando il lavoro interinale non dal punto di vista "*topografico*" ma "*funzionale*" di riconducibilità, quindi, al ciclo produttivo dell'utilizzatore.

In definitiva, in tema di lavoro interinale, è il legislatore che ha svolto la parte principale nell'opera di contenimento del processo di atipicità, in quanto ha esteso l'area della subordinazione ad una fattispecie particolare per cui l'intervento protettivo era sicuramente necessario e la cui qualificazione, alla stregua della normativa previgente (L.1369 del 1960), era molto problematica.

Ancora, occorre far rilevare che la riscoperta della vecchia normativa da parte del legislatore, sotto altro profilo consente di far superare il detto concetto di subordinazione e di ridisegnarla, svincolandola dallo schema sensibile *all'indice dell'alienazione del lavoro, della debolezza o dipendenza socio-economica*.

Infatti il lavoratore interinale è un lavoratore privilegiato rispetto al lavoratore "interno", per le peculiarità del rapporto e per tutele di cui gode è sicuramente un lavoratore non alienato, debole e non ha dipendenza socio-economica.

Dunque, spero che il lungo discorso sul lavoro interinale sia riuscito a mettere in luce, nonostante le divagazioni e la dispersione, che *l'homo faber* non è nient'altro che la persona titolare di questo patrimonio, che decide di negoziare questo bene.

Infatti, se *l'homo faber* secondo quanto disposto dall'art.4, della Cost. deve *svolgere, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*", quindi un'attività che abbia utilità sociale⁴⁷, che significa, che costui è *il titolare di un bene produttivo d'utilità sociale*, che si concretizza attraverso un'attività o una funzione.

Lavoro, quindi, sotto il profilo dinamico (*patrimonialità*) equivale a *qualsiasi attività personale diretta allo scambio di beni e servizi*.

Ciò spiega anche perché il diritto del lavoro sia caratterizzato da una normativa *inderogabile*, cioè da una normativa dotata di efficacia sostitutiva di diritto, dotata di forza maggiore rispetto a quella delle norme imperative, la cui inosservanza determina la nullità dei negozi giuridici che contrastano con esse.

Ciò determina una sostituzione legale alla disciplina negoziale, tale da non incidere sulla validità del negozio, ma anzi di perfezionarlo *ope legis*, "*in relazione al meccanismo*

⁴⁶ BALLESTRERO M.V. (1979) *L'applicazione dello statuto dei lavoratori al lavoro a domicilio*, in RGL, 1, p.317 e ss.; GAETA L. (1981), *Il diritto sommerso: venti anni di giurisprudenza sul lavoro a domicilio*, in RGL, I, P.25 e ss.

⁴⁷ MORTATI *op.cit*

dell'operatività del comando legislativo in luogo di quello negoziale privato⁴⁸, come si è riscontrato nel contratto di lavoro interinale dove l'inosservanza dell'accordo fa cadere l'effetto autorizzatorio producendo così la conversione del rapporto a termine, in rapporto a tempo indeterminato.

Il mezzo di integrazione perfezionatrice del contratto di lavoro si attua, utilizzando i meccanismi dell'inserzione automatica di clausole nel contratto ex art. 1339 cod. civ. e dell'eccezione all'effetto estensivo dell'intero contratto della nullità di clausole essenziali escludendo tale effetto, in caso di sostituzione automatica della clausola essenziale nulla (art. 1418 cod. civ.).

2.3- Diritto del lavoro autonomo o subordinato

L'esistenza e la necessità di un diritto del lavoro *autonomo*, cioè come sistema giuridico indipendente è disputa che non ha trovato ancora soluzione.

Vecchi retaggi culturali, una legislazione a *prova* sempre in bilico tra leggi settoriali soggetta a continui correttivi, la presenza di un cospicuo numero di variabili dipendenti dalla tipizzazione codicistica, dalla contrattazione collettiva, che inventa sempre nuove figure giuridiche ed elementi costitutivi di quelle esistenti, generano un notevole grado di complessità che non aiutano a rendere unitaria e quindi autonoma la materia.

Una struttura semplificata della materia viene suggerita il più delle volte come esigenza di riassetto distinguendo tre componenti essenziali del dato normativo: una sociale, una economica, una giuridica

Ciò lascia fuori una visione sistematica o anche solo sistemica della materia.

Così lascia soprattutto insolute le domande e le istanze che provengono dalla dottrina e dalla giurisprudenza quali interpreti del dato normativo sulla necessità dell'unità della materia e dell'autonomia.

L'esigenza di dividere il diritto in precise categorie è senza dubbio maggiormente presente nel nostro ordinamento (*civil law*) che in quelli del *common law*.

Va chiarito subito che nessun ramo del diritto può essere completamente autonomo in quanto considerato nella sua totalità

Il diritto del lavoro, quindi, non può sfuggire alle istituzioni del diritto civile, poiché rappresentano l'ossatura di gran parte dell'ambiente legislativo.

Ma ciò non significa che il diritto comune è sufficiente di per sé a soddisfare nuovi bisogni della società e in particolare di quelli dei lavoratori.

Per rendere effettiva questa via occorre avere il coraggio di percorrere le uniche due vie: fiessibilizzare la fattispecie del lavoro subordinato o le modalità di esecuzione del rapporto, oppure correggere la tendenza espansiva del diritto del lavoro, riducendo l'area della subordinazione entro limiti definiti da concerti rigorosi.

Una terza via è quella della elasticizzazione del *comportamento orientato*.

Infatti quando si parla di flessibilità, gli elementi del rapporto che sono interessati, sono il *tempo e lo spazio*.

Occorre quindi liberare il diritto del lavoro? Se il diritto del lavoro deve rimanere parte integrante dell'ordinamento giuridico, come è giusto che sia, non potrà essere completamente libero.

Come potrà sfuggire alla coabitazione con il diritto della sicurezza sociale e con le altre norme positive?

Ancor prima però occorre rendere autonomi i principi che informano il sistema, le procedure e i meccanismi applicativi della materia, in particolare: a) *il diritto di proprietà del datore di lavoro*; b) *la prerogativa del proprietario di organizzare e distribuire il lavoro*; c) *lo status di subordinazione del lavoratore*; d) *il contratto di lavoro deve avere a suo fondamento non la*

⁴⁸ PROSPERETTI *op. cit.* pag. 336.

subordinazione gerarchica ma un accordo; e) oggetto della regolamentazione deve essere la contrattazione collettiva e non il contratto; i) le soluzioni imposte per legge debbono soddisfare solo l'esigenza di una protezione minima; g) la conciliazione tra le parti contrattuali; h) espansione del dovere di cooperazione del lavoratore; i) un rapporto di lavoro basato su interessi comuni.

Ciò significa non considerare il diritto del lavoro come un sistema di norme che ha come scopo quello di riequilibrare all'interno del rapporto di lavoro l'ineguaglianza di potere contrattuale e quindi di limitare il potere del datore di lavoro a favore del lavoratore.

Ecco che il dibattito non potrà essere di per sé indipendente da un contesto ideologico: il contratto di lavoro.

Questa pietra angolare, come Kahn Freund ha chiamato il contratto di lavoro in termini positivi, va frantumata.

Di fatto le categorie giuridiche elaborate in relazione alla sussistenza del *lavoratore subordinato* e *lavoratore autonomo* sono state frantumate dalla globalizzazione dei mercati, dalla flessibilità e anche dalla giurisprudenza.

Una volta ricusato il contratto di lavoro occorre ricostruire il diritto del lavoro, sostituendo tale concetto con quello di *lavoro*.

Solamente ricostruendo il concetto di lavoro in termini giuridici è possibile fronteggiare il dubbio: *diritto del lavoro vincolato o liberato?*

Infatti non basta sostituire il concetto di contratto di lavoro con quello di *contratto di servizio o di servizi*⁴⁹ per offrire una risposta alla nostra domanda o ad altro modello tipicamente giuridico

Rifondare il diritto del lavoro su l'ampio concetto di *lavoro* consente di far fronte alle nuove tendenze del mercato del lavoro e ai bisogni sociali che emergono.

Significa anche riconoscere che il diritto del lavoro rispetto alle altre materie è *vivente* ed in *perenne divenire* più di ogni altro diritto particolare.

Fra l'altro il diritto del lavoro porta con sé un vizio genetico, quello di non essere nato come un complesso di norme provviste di funzione unitaria, ma che nel tempo ha costituito la propria forza.

In particolare gli interventi legislativi dei primi anni del secolo non possono essere ricondotti complessivamente ad "una *ratio* protettiva del lavoratore come contraente debole",⁵⁰ piuttosto come elementi di razionalizzazione e di compromesso, diretti ad attenuare le conseguenze delle trasformazioni sociali⁵¹.

Tant'è che alcuni giuristi vennero detti "novatori" o "neoterici" perché auspicavano "*non tanto una legislazione speciale più esplicitamente favorevole ai lavoratori ma, preferibilmente, intendevano la rinfondazione come un processo di sovvertimento totale dei principi civilistici, da realizzarsi attraverso una nuova codificazione privato-sociale tutta calibrata sulla considerazione degli interessi e delle esigenze derivanti dalla situazione di debolezza economica delle classi proletarie.*"⁵²

Vi è di più! All'origine di certe patologie del diritto del lavoro vi sarebbe il dogma barassiano: l'invenzione dell'eterodirezione della configurazione negoziale della subordinazione, come *discrimen* tra le obbligazioni di lavoro nella originaria alternativa attività/risultato⁵³.

⁴⁹ Sostituire il concetto di "lavoratore subordinato" con quello di contratto di "servizio" piuttosto che di "servizi" è necessario, ma non sufficiente. Come concetto, esso è stato per lungo tempo in crisi, a causa di cambiamenti non recenti nei rapporti di produzione. Il Test del "controllo" era già fragile alla fine del diciannovesimo secolo, non molto tempo dopo la sua adozione, basata su concezioni che affondavano le loro radici in quel *servant* sul quale il padrone esercitava la sua proprietà, o *servitium*. La crisi, però, si è accentuata nei decenni più recenti, a causa di una rapida frammentazione del mercato del lavoro; in special modo a causa dello sviluppo di una miriade di rapporti, cosiddetti "atipici" o "marginali", tra i lavoratori part-time, stagionali, occasionali, a termine, a domicilio, in nero, precari, a cottimo, esterni oppure i subappaltatori " LORD WEDDERBURN *I diritti del lavoro* Milano 1998, pag.64.

⁵⁰ L. CASTELVETRI *Il diritto del lavoro delle origini* Milano 1994, pag.217.

⁵¹ Ivi pag.219.

⁵² Ivi pag.222.

⁵³ SPAGNOLO-VIGORITA *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*. Napoli, 1967 pp.126-129.

Certo è che rivisitando gli scritti degli autori del tempo, ci si rende conto come nulla è cambiato.

Infatti ancor di più di ieri, oggi non può che affermarsi come "*il contratto di lavoro è in realtà sottratto al diritto privato ed è diventato oggetto di altre discipline: della legislazione sociale*"⁵⁴ e della *legislazione tributaria*⁵⁵.

Emerge, forse, l'esigenza di una scienza del lavoro fondata su principi nuovi e totalmente alternativi a quelli del diritto civile, sganciata dal diritto soggettivo, dal contratto e dalla libertà contrattuale.

Il che comporterebbe intendersi sul concetto di lavoro prima e poi della sua accezione giuridica.

In senso lato il termine lavoro, indica qualsiasi esplicazione di energia colta a un fine determinato.

In precedenza si è detto che *il lavoro è valore assoluto se riferito al suo ente, mentre è relativo se riferito alla forma storicamente e spazialmente data.*

Trasferendo nella realtà giuridica quanto sopra indicato, il lavoro è rilevante sotto un duplice profilo.

Nel primo come valore assoluto riferito all'ordinamento giuridico (il suo ente) è inteso come spiegamento di energia~attività-forma-risultato *invariante*.

Mentre sotto l'altro profilo è accezione tipica *variante*, quindi *forma storicamente e spazialmente data*, è "spiegamento di energie umane nella sfera strettamente individuale, rivolta alla creazione di una utilità materialmente apprezzabile"⁵⁶ e quindi un "oggetto" una cosa"⁵⁷.

Occorrerebbe però comprendere in modo più preciso se per aversi lavoro in senso giuridico sia necessario definire le nozioni di persona e di cosa.

Tutto ciò potrebbe sembrare approssimativo, però è utile per superare alcuni luoghi comuni che determinano degli accorciamenti prospettici della realtà e quindi offrono un quadro di riferimento sicuramente distorto, in particolare: il concetto giuridico di corpo umano quale concetto sufficientemente generale e astratto idoneo a caratterizzare l'oggetto del contratto di lavoro; l'idea che il lavoratore non possa essere una persona giuridica poiché possono disporre del loro patrimonio, concludere contratti, prestare dei servizi, associarsi ed anche subordinarsi ad altre persone ma non possono "subordinarsi"; ritenere che la persona del lavoratore è nello stesso tempo il soggetto e l'oggetto del contratto di lavoro.

Certo è che la personalità giuridica individuale nasce con l'individuo e in quanto tale rimane sempre la stessa durante la sua esistenza: *è situazione giuridica immutabile*.

Diversamente la cosa costituisce *la forma patrimoniale del lavoro*.

Forse per comprendere la rilevanza di ciò nell'ambito del diritto del lavoro occorre considerare l'antinomia originaria tra patrimonialità del lavoro e extra-patrimonialità del corpo umano.

Quindi, occorre considerare *l'homo faber* non oggetto del rapporto ma portatore di attività.

Infatti il diritto del lavoro è caratterizzato dal valore del corpo come "substrato della persona"⁵⁸ e poi di questa persona in quanto lavoratore che diviene un contraente speciale a cui bisogna prima di ogni cosa garantire la sicurezza fisica (la sicurezza nel lavoro), poi la sicurezza

⁵⁴ SOLARI *Socialismo e diritto privato* pag.201-208.

⁵⁵ Vedi per esempio la definizione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa utilizzata dalla legislazione sociale mutuata dalla legislazione fiscale.

⁵⁶ G.MAZZONI *Manuale di diritto del lavoro* - pag.3 e ss. Vol.I Milano 1977.

⁵⁷ Il lavoro come cosa o merce che può essere posta in vendita come qualsiasi altra cosa o altra merce e stato sostenuto da CARNELUTTI in *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, - Riv. dir. comm, 1913, I, 354 e 382 ss.- Infatti secondo tale autore le energie umane si manifestano, si oggettizzano e si distaccano dall'uomo che le produce, e perciò diventano *cose*, oggetto di contratti come altre merci. Però " affermare che il lavoratore "vende il proprio lavoro" e usare un linguaggio metaforico, perché egli, in realtà, non aliena nulla, del mondo esteriore, ma si limita a promettere la produzione di proprie energie che concretizzano obbiettivamente il lavoro. Se il lavoro corrisponde ad una qualità della persona, anche le energie umane non sono separabili da chi le produce e rimangono inerenti alla persona del lavoratore L'uomo non si vende, offre il suo lavoro, e lo promette obbligandosi, se la promessa è accettata..."MAZZONI - *op. cit.* pag. 5.

⁵⁸ J.CARBONNIER, *Droit Civil*, t.11° ed., n.48 pag.217

economica (sicurezza mediante il lavoro), infine la sicurezza sociale (sicurezza di poter svolgere le proprie attività sociali e quindi di avere una identità sociale).

Non bisogna anche dimenticare che il lavoro non è solo uno strumento di identificazione professionale, ma anche di integrazione sociale se assume una forma *giuridica*.

Il diritto del lavoro contribuisce a forgiarla e nel contempo caratterizza l'identità individuale dell'essere umano al lavoro; in fin dei conti realizza una de-soggettivazione

Ciò significa che la strada da percorrere è quella di intendere la funzione del diritto del lavoro, che non è più quella di coniare forme di normalizzazione a ipotesi di sfruttamento (dentro e fuori l'impresa), ma più in generale di integrazione economica e sociale non solo a beneficio di chi ha lavoro, ma anche a chi non ha lavoro.

Diversamente, il diritto del lavoro tenderà ad affermarsi solo a beneficio di una parte dei lavoratori, mentre per l'altra parte questo è diventato fattore di esclusione.

Il diritto del lavoro, quindi, spiega l'energia-attività-forma-risultato *invariante* e realizza attraverso il contratto la forma *variante*, perché *storicamente e spazialmente data*, delle *interazioni relazionali che sono generatrici di forme e di organizzazione e fanno così sorgere e mantenere il sistema e ne determina la propria autonomia*.

Quindi, ciò significa ad un tratto, che questi termini si trovano ormai connessi, via interazioni, in un anello solidale, in cui nessuno dei termini dati può essere compreso indipendentemente dal riferimento agli altri, e in cui essi si trovano in relazioni complesse, cioè complementari, concorrenti ed antagonistiche.

Ecco, quindi, che gli elementi che costituiscono il rapporto giuridico, soggetto, oggetto, tempo e spazio si co-producono insieme, simultaneamente e vicendevolmente secondo, il *gran gioco cosmogenesico* dell'ordinamento.

Si può dire gioco, perché vi sono i pezzi del gioco (elementi) e le regole del gioco (vincoli iniziali e principi).

Quindi il gran gioco realizza, l'anello tetralogico del rapporto giuridico.

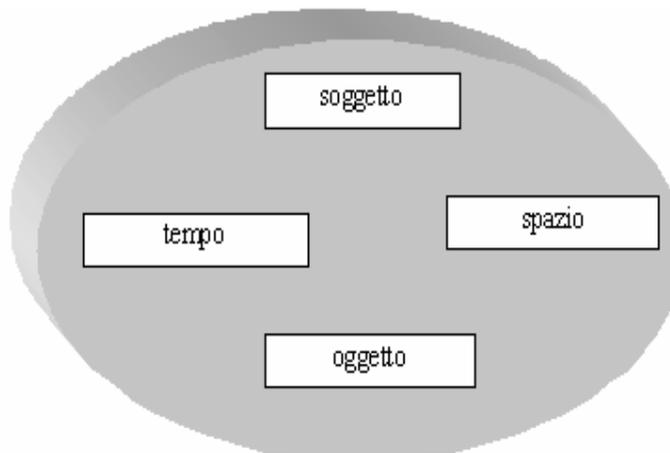


Fig.2 – Costanti dell'anello tetralogico

2.4 - Il diritto del lavoro liberato o vincolato.

Il compito fondamentale del diritto civile è quello di tutelare l'individuo in quanto persona dotata di capacità giuridica e di agire, in quanto soggetto di azioni libere e autoresponsabili.

Infatti, il diritto civile concede all'individuo la disponibilità di beni giuridici e garantisce il loro godimento e mette a sua disposizione vari modelli negoziali (*forme*) per lo scambio di

prestazioni, tramite cui gli individui perseguono i loro interessi in una economia fondata sulla divisione del lavoro.⁵⁹

Il diritto del lavoro risente di quest'influsso del modello pandettistico e del liberalismo politico e la parzialità di ciò è ogni giorno più evidente.

Il diritto del lavoro come il diritto civile non può limitarsi a definire ed a proteggere sfere giuridiche individuali o a sanzionare le convenzioni con cui i singoli regolano autonomamente i loro rapporti in una sfera sottratta all'esercizio dell'autorità; non può nemmeno ignorare le nuove teorie sociologiche e antropologiche, dove l'individuo esiste in quanto relaziona con gli altri.

Perciò dovendo regolare la convivenza nella comunità che lavora, si ricollega alle "istituzioni" individuate dalla sociologia e le rispecchia, rafforzandole e modificandole secondo proprie norme.

Pertanto esso definisce nuove *forme* di rapporto e stabilisce nuove regole di comportamento con riguardo a situazioni tipiche e ricorrenti in "*rapporto organico*" con il diritto oggettivo.

In definitiva esso rappresenta un sistema di *istituti sociali*, a cui si ricollega una *valutazione giuridica ed una corrispondente disciplina*⁶⁰.

Più semplicemente esso è un insieme di forme giuridiche, che caratterizzano rapporti sociali tipici regolati dal diritto oggettivo.

A questo punto non resta che formulare la tesi secondo cui il diritto del lavoro è governato da due principi strutturanti l'intera materia: da una parte la tutela della sfera d'azione individuale, garantita mediante diritti soggettivi, dall'altra la tutela delle istituzioni sociali, garantita per mezzo di corrispondenti istituti giuridici radicati nel diritto oggettivo, il cui compito è quello di organizzare l'esercizio del potere in forme appropriate, al fine di trasformare la semplice coesistenza tra individui in una fertile convivenza tra soggetti del diritto.

Il lavoro, per esempio, è percepito dal singolo lavoratore come un diritto soggettivo, mentre dal punto di vista dell'ordinamento, esso si configura come un istituto fondamentale del diritto costituzionale.

Ciò può essere realizzato, sia imponendo norme di comportamento, sia conferendo a determinate persone funzioni e competenze che esse sono tenute ad esercitare sotto la propria responsabilità. Pertanto il titolare del potere sarà libero di agire entro una sfera ben definita, i cui limiti sono di volta in volta stabiliti dalla natura del compito che gli è stato affidato.

E' evidente che la violazione delle norme di comportamento determina *l'abuso dell'istituto*.

Ecco, quindi, che il divieto dell'abuso dell'istituto rappresenta il principio immanente all'ordinamento giuridico e perciò necessario per la sua sopravvivenza.

Il processo di separazione dal diritto civile è iniziato durante gli anni venti, atteso che la disciplina del contratto di lavoro contenuta nel codice civile non è mai stata idonea a regolare in modo appropriato i rapporti di lavoro dei lavoratori, ancorché il diritto pubblico fosse intervenuto in soccorso del diritto civile tradizionale in materie come la tutela del lavoro e della sicurezza sociale.

La conquista della libertà di associazione e lo sviluppo del contratto collettivo di lavoro, hanno posto il diritto del lavoro su basi così diverse da quelle del diritto civile tradizionale, che oggi non è più possibile mettere in dubbio l'autonomia, nonostante le forme comuni e i molti punti di contatto.

In base a questo assioma, l'autonomia e la completezza del diritto del lavoro, è possibile determinare il nucleo del diritto del lavoro, un nucleo che non cambia, sia che l'accento cada sul mutamento storico, sia che cada sulla crescente complessità dei problemi e delle loro soluzioni.

⁵⁹ Imporre regole che delimitino reciprocamente le autonome sfere di signoria della volontà dei singoli - SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts*, Vol. I 1840, §§ 52, 53 (Trad. Italiana UTET, Torino, 1886-96)

⁶⁰ Nella sociologia contemporanea, il termine è di uso frequente ed è stato assunto, per es. da Durkheim come l'oggetto specifico della sociologia definita per l'appunto come *scienza delle istituzioni*. Va anche ricordato che l'istituzione è stata talvolta intesa come un insieme di norme che regolano l'azione sociale, talaltra, in senso più generale, come "qualsiasi atteggiamento sufficientemente ricorrente in un gruppo sociale (cfr. ABBAGNANO, *Problemi di sociologia*, 1959, IV, 2)

Autonomia, quindi, significa ricondurre il diritto del lavoro ad un sistema di regole e di concetti generali, perciò non un sistema dominato dal metodo casistico, ma da un sistema scientifico, caratterizzato da un elevato grado d'astrazione.

L'apporto della sociologia, che smaschera e relativizza, induce ad interrogarci con maggior senso critico sulla funzione degli istituti giuridici che costituiscono il diritto del lavoro e che in parte si tramandano nella tradizione storico-giuridica.

Infatti le nuove strutture di potere hanno attribuito all'ordinamento giuridico una grande quantità di compiti nuovi.

E' evidente che il modello rigido, del diritto del lavoro fondato sul contratto di lavoro subordinato come un sistema chiuso, ha perso di validità esplicativa, anche se riveste tuttora importanza nel sistema giuslavorista, in quanto imposto nel tentativo di ordinare secondo un fine unitario i complessi di norme in vista della loro applicazione.

A tal proposito ci si deve domandare se sia possibile progettare un sistema diverso, che risponda meglio alla situazione della società post-industriale di uno Stato democratico e assistenziale, quindi, considerare il ruolo che compete al diritto del lavoro in questa nuova realtà fenomenica.

Non si può negare il peso degli argomenti della letteratura giuridica sul punto, la produzione legislativa e il ruolo della giurisprudenza.

Per questi motivi, se si decide di rappresentare questo rapporto nell'ambito dell'ordinamento generale, essa non sarà più quella tradizionale di due insiemi che intersecano solo in qualche punto, né l'unione di due insiemi in un unico sistema di diritto comune, ma quella di un'ellisse con i suoi due fuochi come centri di irradiazione, in mezzo ai quali si trova un settore influenzato da entrambi.

Ecco, quindi, che la forza dei due poli può cambiare in seguito a decisioni politiche, ma il sistema verrebbe distrutto completamente se uno di essi, fosse privato di ogni energia.

Certamente, occorre far rilevare che ciascuno dei due corpi di regole raggruppati intorno ai due poli non è autosufficiente, ma necessita di integrazioni, tant'è che il settore intermedio, soggetto all'influenza di entrambi i poli, continua ad espandersi notevolmente.

Questo profilo rende chiaro lo spazio riservato al diritto del lavoro: predisporre gli strumenti necessari affinché l'homo faber che entra in relazione con gli altri soggetti possa conseguire gli scopi desiderati.

L'homo faber che decide di esercitare un'attività affrontandone vantaggi e svantaggi, sa che può contare su delle garanzie legali che gli consentono di ottenere dagli altri soggetti pubblici e privati atti giuridici certi e rigidi, che gli consentono di realizzare con sicurezza e continuità la soddisfazione dei suoi bisogni, e se ciò non è, in ogni caso gli consentono di avere risposte a tutti i problemi della realtà che incidono con la sua sfera giuridica.

Ecco, quindi, che tutte le norme che disciplinano la materia, rappresentano non più un diritto esclusivo ed unitario posto a tutela del lavoro e dell'homo faber, ma un diritto *comune* cioè la disciplina di fattispecie più ampie e generali, che arricchiscono le *forme giuridiche* (figure, modelli), legate ad una diversa valutazione dell'homo faber e dei rapporti economici e sociali.

Ecco, quindi che questi è garantito non soltanto come singolo, ma anche come membro di gruppi intermedi (*formazioni sociali, naturali e volontarie*).

*Così in tale materia il legislatore è un **legislatore di scopi**, il quale sollecita e promuove le volontà dei soggetti verso specifici traguardi, con l'obiettivo di eliminare il rischio di insuccesso delle azioni individuali, mediante i classici strumenti della nullità e delle norme inderogabili, concedendo vantaggi agli autori di condotte considerate socialmente utili⁶¹.*

Tale produzione legislativa, può essere considerata come uno sviluppo della legislazione preesistente, tanto da conservare natura e funzione di quest'ultima ma finalizzata a consolidare il sistema degli istituti in corpi stabili pur presentando regole e deroghe interne agli stessi.

⁶¹ N.BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, pp.30 e sgg.

Sotto il profilo temporale, ad una *fase di conflitto* segue una *fase di prevalenza e di sostituzione*, tant'è che le leggi così prodottesi si impadroniscono di intere classi di rapporti, li sottopongono a nuove e diverse logiche di disciplina, esprimono criteri generali ed autonomi.

Quindi, la produzione legislativa è negoziata e perciò si configura come statuto di un gruppo ed in quanto tale attributiva di uno *status*.

Non vi è dubbio alcuno che decisivo resta in ogni caso il contenuto della disciplina e la sua capacità di esprimere principi, perché molto spesso il *nomen juris* utilizzato dal legislatore per individuare un istituto non è più uguale a se stesso, ma si fa nuovo e diverso.

Si delinea così un sistema di norme con una infinita serie di micro sistemi⁶², da cui l'interprete può ricavare *principi generali*, che danno vita ad un *processo di assorbimento* che permette di realizzare un *effetto consolidante* atte a esprimere una disciplina unitaria e sistematica.

Il diritto del lavoro, quindi, può essere definito come l'insieme degli istituti di utilità sociale, che disciplinano la relazione giuridica intercorrente tra gli elementi costitutivi dell'anello tetralogico (homo faber, tempo vincolato, regione dello spazio, comportamento orientato).

Tale relazione rappresenta un rapporto giuridico complesso, avente ad oggetto una molteplicità di situazioni giuridiche soggettive attive e passive, facenti capo all'homo faber.

2.4– L'organizzazione sistematica della materia diritto del lavoro: la struttura

Poiché il metodo non è indifferente all'oggetto (cfr. diritto del lavoro), quanto in precedenza esposto ci consente di realizzare una organizzazione sistematica della materia diritto del lavoro.

Non possiamo nascondere le preoccupazioni del nostro obiettivo.

Sta di fatto che ogni società, ogni epoca storica esprime alcuni modi di organizzare e pensare il lavoro che sono più diffusi e forti di altri e che si affermano come dominanti, fino a pervadere la maggior parte delle attività dell'*homo faber*.

A quel punto le soluzioni dominanti tendono a essere percepite dall'*homo faber* quasi come se fossero naturali e come se costituissero lo scenario dato agli avvenimenti e non invece il risultato di scelte sociali, politiche, religiose e quindi giuridiche.

Il fenomeno della *pervasività e della percezione naturalistica* del lavoro è la mediazione del bisogno, ".....è l'appagamento del singolo col suo lavoro e col lavoro e l'appagamento dei bisogni, di tutti gli altri....."⁶³.

Da tutto ciò deriva che l'intero sistema dei bisogni è equiparato a sistema del diritto del lavoro e ancor prima dell'economia politica.

Marx, nella sua confutazione della dialettica e della filosofia hegeliana, conserva inalterato sia questo edificio teorico sia i suoi presupposti⁶⁴.

Determinato il sistema di bisogni, è la società civile, non già l'individuo, il centro dei bisogni, in quanto distanziamento e superamento del "*bisogno naturale*". Gli individui rientrano in scena solo perché titolari di bisogni interscambiabili con altri bisogni.

⁶² Il diritto del lavoro come sistema di autoregolazione sociale, il diritto del lavoro come regolazione legale che interagisce con le costrizioni macroeconomiche del mercato; il diritto come strumento di garanzia di diritti fondamentali di cittadinanza tra cui sempre più importante il diritto al lavoro e di promozione di nuovi diritti; il diritto del lavoro come strumento per politiche redistributive nel segno del principio di giustizia distributiva.

⁶³ G. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1974, p. 194. Il motivo è rinvenibile in molte altre opere del grande filosofo tedesco. Ci rifacciamo, a titolo esemplificativo, a quest'opera, in cui il discorso che intendiamo prendere di mira è più esplicitamente argomentato.

⁶⁴ "...Lo scopo diretto della produzione capitalistica non è la produzione delle merci, ma del plusvalore e del profitto (nella sua forma sviluppata), non il prodotto, ma il plusprodotto. Da questo punto di vista lo stesso lavoro è produttivo solo in quanto crea un profitto o plusprodotto per il capitale"; "Lo scopo costante della produzione capitalistica è quello di riprodurre, con il minimo di capitale anticipato, il massimo di plusvalore e plusprodotto..." K. Marx, *Teorie sul plusvalore*, Roma, Editori Riuniti, 1970, pp. 591-592

Per questo interscambio ogni soggetto contrattuale deve dotarsi degli adeguati mezzi di appagamento: nell'universalità dello scambio tra soggetti bisognosi si dà qui il riconoscimento e il riconoscersi degli individui gli uni verso gli altri.

Ma è il riconoscere un possesso differente dal proprio, riconoscendo la reciprocità dei possessi. Liberarsi da un bisogno significa soddisfarlo, accedendo a un possesso altrui e cedendone uno proprio. Lo scambio tra possessi diversi regola la soddisfazione dei bisogni.

A bisogni diversi possessi diversi e diversi possessori.

Nella dialettica circolare del bisogno, dunque, si dà tanto il riconoscimento di sé che dell'altro. La liberazione circolare e scambista dei bisogni porta in giro la tirannia del possesso.

L'individuo viene ridotto a mezzo e modo di appagamento di bisogni sociali.

Il lavoro, in questa posizione, diviene coerentemente l'orizzonte di civiltà umanamente e storicamente più elevato: "*La civiltà nella sua determinazione assoluta, è la liberazione e il lavoro della più alta liberazione, cioè l'assoluto punto di passaggio alla sostanzialità infinitamente soggettiva dell'eticità non più immediata e naturale ma spirituale ed elevata, parimenti alla forma dell'università. Questa liberazione è nel soggetto il duro lavoro contro la semplice soggettività del comportamento, contro l'immediatezza degli istinti come contro la vuotezza soggettiva del sentimento e contro l'arbitrio del libito*"⁶⁵.

In Hegel, dunque, la socializzazione e la ricomposizione dei bisogni sociali risultano avvulgate in un'idea di storicità di secondo grado, essendo subordinate a un meccanismo inconsapevole di necessità naturale. Esiste una razionalità a priori che si caratterizza come trascendente.

Tale trascendentalità è particolarmente evidente nell'intreccio assoluto tra proprietà e libertà.

Gli egoismi e le particolarità insorgenti sono condannati a trovare una mediazione e una soluzione nella prassi lavorativa intesa e misurata come valore che riconduce il particolare nell'universale. La prassi lavorativa, pertanto, si fonda su una razionalità metafisica.

Il bisogno ricade qui in un circolo che, nonostante le premesse teoriche, finisce con l'essere condizionato naturalisticamente.

La presa di distanza operata da Marx non determina una vera e propria frattura epistemologica.

La forma lavoro si divide. Nella divisione, gli interessi particolari si spezzettano. La prassi lavorativa li riconnette in un contesto unitario, per quanto internamente frammentato. La forma del lavoro che si divide a monte non è più la stessa della forma lavoro divisa che ritroviamo a valle. Nel mezzo, tra la forma della divisione e la forma divisa, sta la prassi lavorativa; o meglio: *le* prassi lavorative. E ancora: il lavoro diviso, che rincorre la molteplicità degli interessi e dei bisogni, è ancora *oggetto* per la divisione del lavoro, che appare come *forma*. Il lavoro come forma è anche *oggetto* per le forme della divisione del lavoro.

Ciò significa smaterializzare il lavoro.

Ma se il lavoro si *smaterializza* come opera vuole dire che si sta *definalizzando*: lavoro per il lavoro è soltanto lavoro per l'accumulazione. Il che produce ricchezza sociale e, in talune aree, abbondanza; ma sospinge al livello di saturazione l'effetto disgiuntivo tra lavoro come opera e lavoro come fatica. Paradossalmente, la fatica stessa viene intellettualizzata in sommo grado e si assottigliano, fino a divenire un confine labilissimo, le differenze tra lavoro manuale e lavoro intellettuale.

Si è osservato che "l'organizzazione moderna del lavoro ha materializzato lo spirito e ha spiritualizzato la materia"⁶⁶.

⁶⁵ G. F. Hegel, *Ibidem*, p. 193. Considerazioni analoghe si ritrovano anche in: *La fenomenologia dello spirito*, Firenze, La Nuova Italia, 1973, pp. 317-318; *Scritti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1962, pp. 65-66.

⁶⁶ D. Formaggio, *Appunti sull'oggetto immaginario*, "Fenomenologia e scienze dell'uomo", n. 1, 1985 p.7

Il *fare*, come momento "attivo" del lavoro, si distanzia dal *fruire* e dal *godere*, il momento "passivo". Ciò misura la distanza tra lo spazio di lavoro, *non libero* e il tempo della libertà, *senza lavoro*.

Ne segue che il tempo di lavoro non è (anche) spazio della libertà; lo spazio della libertà non è (anche) tempo del lavoro.

Tra lavoro e libertà si conficca un cuneo che ne impedisce forzatamente la presa di contatto, sino ad apparire l'uno elemento come la negazione vivente dell'altro: lavoro come restrizione della libertà; libertà come sottrazione dal lavoro.

Se il tempo è assunto come decisore sistemico, vuole dire che esso è pervenuto alla soglia di risorsa fondamentale per *l'homo faber*.

Il tempo come bene-risorsa lo ritroviamo dentro e fuori il lavoro.

È tanto possibile ridurre l'elemento di fatica e di passività presente nel lavoro, quanto necessario potenziare i contenuti di autodeterminazione e di creatività che si sviluppano al di fuori della prassi lavorativa.

Il lavoro rimane una attività costitutiva dell'essere sociale e dello sviluppo genetico della civiltà umana.

Una pratica di libertà non può ignorarlo o negarlo. Deve, al contrario, riattraversarlo.

Il lavoro brucia il tempo e la libertà. Nondimeno, nel lavoro continuano ad abitare le ragioni del tempo e della libertà.

Quindi la dimensione temporale assume una rilevanza primaria e quella di una qualsiasi struttura si può osservare analizzando le relazioni che si instaurano tra i diversi componenti che la compongono, in particolare tra i soggetti e tra essi e le cose, dal punto di vista cronologico.

Questo tipo di ottica che noi preferiamo, si differenzia nettamente da altri punti di vista con cui il diritto del lavoro, può essere osservato, come ad esempio l'ottica del potere (centrata sui rapporti di subordinazione o di dominanza), l'ottica dei ruoli e delle attività (centrata sulla divisione dei compiti e il tipo di lavoro), l'ottica della comunicazione assiologica (centrato sullo scambio informativo e di valori).

A questo punto è facile rispondere alla domanda perché siamo interessati alla leva temporale?

L'interesse per la leva temporale, emerge dalla necessità di innovare.

In altre parole, dall'analisi storica degli istituti che costituiscono il diritto del lavoro, emerge l'idea che più vi è la necessità di un forte cambiamento e più è frequente è il ricorso alla innovazione dei modelli e degli schemi temporali adottati nell'ordinamento.

Modificare le concezioni del tempo di un certo sistema ordinamentale, risulta essere un obiettivo difficile, ma il cambiamento sembrerebbe avere un'ampia capacità di innovare, proprio per il carattere di sfondo e di scenario svolto dalle determinanti cronologiche.

Se dunque gli aspetti temporali sono così importanti per il diritto del lavoro, ci sembra utile individuare i vincoli e il grado di libertà che circoscrivono i possibili mutamenti e le innovazioni.

A questo scopo proponiamo un modello che mette in evidenza le diverse variabili del problema e i diversi ambiti su cui è possibile intervenire.

Dunque è necessario spiegare il diritto del lavoro non attraverso il segno dell'*oggettività* (cfr. *della prestazione*), che ci consente solamente di prendere atto di un universo costituito da oggetti *isolati*, che determinano istituti isolati, ma attraverso la scomposizione dell'oggetto nei suoi elementi semplici.

Spiegare significa scoprire gli elementi semplici e le regole semplici a partire dalle quali si effettuano le varie combinazioni e le costruzioni complesse⁶⁷, quindi si costituisce il sistema.

Il diritto del lavoro è un *arcipelago di sistemi nell'oceano del disordine*.

Tutto ciò che costituiva perfino un'unità elementare, oggi è necessario che diventi sistema.

"Infatti si tratta di un complesso normativo vario e composito, perché in esso confluisce tutto quanto attiene alla disciplina dei rapporti di lavoro. Disciplina eteronoma per l'intervento

⁶⁷ E.MORIN *Il metodo - Ordine disordine organizzazione* Feltrinelli 1977, pag. 123.

della legge. *Autonoma per gli accordi intervenuti tra i gruppi sociali organizzati e contrapposti dei datori di lavoro e dei lavoratori (sindacati).*”⁶⁸

Ancora, si constata che il complesso giuslavoristico italiano, così intricato, si è formato per stratificazioni successive, in maniera alluvionale⁶⁹, infatti coesistono normative dell’età liberare, della stagione corporativa, della Repubblica, molto spesso non coordinate.

Di qui, l’esigenza sentita dagli studiosi di una razionalizzazione almeno formale⁷⁰.

Dobbiamo dunque interrogare la nozione di sistema?

Semplificando, si può concepire il sistema come *unità globale organizzata di interrelazioni fra elementi, azioni, o individui*⁷¹.

Non bisogna dimenticare però l’assetto assiologico che dà al sistema un’identità sostanziale, chiara, semplice.

Il sistema si presenta anzitutto come *unitas multiplex, cioè paradosso: considerato dal punto di vista del Tutto, esso è uno ed omogeneo; considerato dal punto di vista dei costituenti, esso è diverso ed eterogeneo.*

Il sistema, quindi, è un’unità originale, non originaria: possiede qualità proprie ed irriducibili, ma deve essere prodotto, costituito, organizzato.

E’ un’unità individuale, non indivisibile: può essere scomposto in elementi separati, ma allora la sua stessa esistenza si scompone.

*E’ un’unità egemonica, non omogenea: è costituito da elementi diversi, dotati di caratteristiche peculiari, che esso tiene in suo potere*⁷²

A questo punto occorre realizzare l’unità del nostro sistema, non dimenticando che l’unità normativa è il compito della norma, cioè quello di riconoscere, al di là delle apparenze molteplici e continuamente mutevoli dello stato di incertezza.

È l’unità che fa della norma stessa un ordinamento, l’unica sostanza che costituisce il suo essere, l’unica legge, che regola il suo divenire.

La norma è quindi principio non solo nel senso che spiega l’origine della certezza, ma anche e soprattutto nel senso che rende intelligibile e riconduce all’unità la molteplicità e la mutevolezza prodotta dal dubbio.

Da qui, deriva il carattere attivo e dinamico che la norma ha sia per l’ordine, sia per la certezza.

Essa non produce immobilità, ma è principio di azione e di intelligibilità di tutto ciò che è molteplice e in divenire.

Di qui deriva la convinzione implicita che la norma abbia in sé una forza che la faccia muovere e vivere; la riduzione della norma all’oggettività della certezza.

Nel divenire ciclico della norma il tempo assume una rilevanza, poiché consente di individuare l’effettività della norma ed è la misura del mutamento della certezza all’incertezza.

La norma come sostanza della certezza è l’ipotesi dell’ordine misurabile dei fenomeni, quindi il modello originario, giacché costituisce, nella sua perfezione ideale, l’ordine in sé implicito.

La norma consente perciò di alimentare l’ambiguità prodotta dal dubbio e plasma l’ordine.

Se la norma è la sostanza della certezza, tutte le opposizioni tra fatto ed atto.

Ora l’opposizione fondamentale del fatto rispetto all’atto (ordine misurato) determina tutto ciò che sta dalla stessa parte del fatto è male (illecito), ciò che si trova dall’altra parte è bene (lecito).

Questo processo ripetuto più volte conduce alla formazione dell’ordine sociale (ordine sociale universale), nel quale l’armonia non è al principio ma al termine.

L’ordinamento è concepito, come una sfera dove al centro c’è la norma e intorno a questo si muovono il fatto e l’atto.

⁶⁸ G.PERA *Diritto del Lavoro* Cedam sesta edizione 2000 pag. 1

⁶⁹ GIUGNI, *Relazione*, in *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80* (atti del VII Congresso nazionale di diritto del lavoro tenutosi a Bari nell’aprile 1982), Milano, Giuffrè 1983 p.6 e ss.

⁷⁰ G.PERA *op. cit.* pag.38

⁷¹ E.MORIN *op. cit.* pag. 131

⁷² E.MORIN *op.cit.* pag.135

Il carattere normativo che la certezza qui riveste, è assunto come la definizione stessa della certezza è ciò che è e deve essere.

È la certezza nella sua necessità, nella sua unità e nell'immutabilità (temporale).

La certezza e la norma devono avere in ogni caso un oggetto e questo oggetto è l'atto.

Il valore di certezza (verità) della norma dipende dalla realtà dell'oggetto, la norma vera, non può essere che la conoscenza dell'oggetto.

Dunque la stessa cosa è la certezza e la norma, la stessa cosa è la certezza e l'atto (oggetto della norma); senza la norma nel quale la certezza è espressa non si potrebbe trovare la certezza, giacché niente altro c'è o ci sarà fuori dalla certezza.

La struttura della norma, è caratterizzata dalla categoria della modalità.

La necessità è l'unica modalità fondamentale, che consente di superare il dubbio, perché rispetto al tempo è eternata, rispetto al molteplice è unità, rispetto al divenire immutabilità.

La norma è compiutezza e perfezione e in questo senso finitezza.

L'ordine, è un ordine misurabile.

Lo spazio ed il tempo, sono la condizione del mutamento dell'oggettività della norma.

Il divenire può essere spiegato per la molteplicità di elementi qualitativamente e quantitativamente diversi, certezza ed incertezza sono due forze del sistema, le cui azioni si avvicinano, determinando, con tale avvicinamento le fasi del ciclo normativo.

L'ordinamento ritorna, dopo un certo tempo, al caos generato dall'incertezza, dal quale uscirà di nuovo per ricominciare il suo corso, per riaffermarsi nella sua uniformità normativa.

È il rapporto dialettico tra certezza ed incertezza che produce civiltà e ci conduce nel suo divenire verso la ricerca di norme logiche e metodologiche, rigorosamente "razionali", secondo l'ordine dato.

Forze che non implicino alcun appello sull'evidenza e possono valere, quali regole di un sistema universale e necessario.

Ogni avvenimento accaduto nel precedente ciclo nella fase di costituire il potere generatore dell'ordine sociale e della certezza torna a ripetersi, senza alcuna differenza nella forma.

Ma, che cos'è la forma, se non la norma.

Nell'ambito di questo significato, il termine, indica l'essenza necessaria della certezza.

In questo senso, non soltanto si oppone all'incertezza, ma la richiama tanto da costituire una relazione o un complesso di relazioni, che può mantenersi costante col variare dei termini.

In altri termini, la forma è la risposta al dubbio ed esprime il condizionamento che il potere esercita attraverso di essa in virtù del radicarsi della certezza, cioè la ragione giustificativa.

Questo è il momento di attualità, propriamente l'azione causale atta a garantire immancabilmente un effetto o che pretende di garantirlo.

In questo senso si dice "il lavoro come forza", per sottolineare l'immancabilità della realizzazione del lavoro.

La forza ci consente di effettuare i calcoli sulla durata del ciclo di certezza, ma non di comprendere la natura del movimento stesso.

Possiamo, quindi, affermare che la forza è funzione della certezza, per esprimere l'interdipendenza tra di loro che consente la determinazione quantitativa di quest'interdipendenza, senza presupporre o assumere nulla circa la produzione dell'uno da parte dell'altro.

La norma è uno strumento dell'operare umano nell'ambito del contesto sociale e deve adempiere ad una funzione sociale, soddisfacendo le attese di tutti i soggetti che vengono con essa in contatto.

Le attese di conoscenza sono soddisfatte dal suo contenuto.

Le singole classi di portatori di interessi legati alla norma ricercano in essa, risposte al dubbio (la certezza).

Ecco che la norma è fonte d'informazioni diverse in relazione ai diversi interessi che i soggetti destinatari vogliono perseguire.

I portatori dei flussi d'interessi sono interessati alla realizzazione di condizioni di equilibrio che consentono loro di conoscere se la norma sarà in grado di soddisfare e accrescere l'esigenza di certezza.

I vari gruppi di portatori di interessi, divergono tutte le volte in cui tendono a favorire i propri interessi rispetto a quello degli altri.

Ecco che tutte le volte che la norma è strumento di conoscenza, viene piegata a mezzo per rappresentare più facilmente i propri fini di alcuni gruppi di interessi e così trasformata in strumento di comportamento.

Ciò attua la norma, in riferimento al soggetto destinatario, come mezzo diretto o indiretto a soddisfare i propri interessi.

La dichiarata responsabilità sociale della norma, richiede che il documento che ne rappresenta all'esterno la realtà, sia concepito quale fonte di informazione, per tutti coloro che in qualche modo sono legati alla norma, senza che nessun gruppo venga privilegiato rispetto agli altri.

Il soggetto quindi trova nella norma il punto di riferimento, più importante per la soddisfazione dei suoi interessi.

Il sistema normativo (cfr. *ordinamento giuridico*) è dunque un concetto a doppia entrata: una fenomenica e l'altra formale.

I due aspetti sono i due volti del nuovo concetto di sistema: *l'essere e il dover-essere*.

Il sistema, quindi, oscilla fra il modello dell'essere e quello del dover-essere, il che significa che il concetto di sistema è un mezzo per condurci direttamente dall'*essere-lavoro*, al *dover-essere-diritto del lavoro*.

Non bisogna dimenticare, però, che ogni sistema è connesso a un sistema di sistemi che è connesso ad altri sistemi e, passo dopo passo, si collega all'*ens* che, quindi, è un polisistema di polisistemi.

A questo punto si tratta perciò di elaborare il metasistema di riferimento dal quale si possa abbracciare contemporaneamente l'uno e l'altro gruppo che dovrebbero in esso comunicare ed organizzarsi vicendevolmente.

E' in questa prospettiva, che bisogna stabilire se è pregiudiziale il problema di identificare gli elementi che costituiscono la nostra organizzazione.

Infatti l'organizzazione articola la nozione di sistema la quale rende fenomenica la nozione di organizzazione, connettendola a elementi materiali e a un tutto fenomenico.

L'organizzazione è l'aspetto interiorizzato del sistema, il sistema è l'aspetto esteriorizzato dell'organizzazione.

Ora non possiamo non concepire la nostra organizzazione se non come una organizzazione normativa i cui elementi sono: *il soggetto, l'oggetto, il tempo e lo spazio*.

I quattro elementi che costituiscono l'anello tetralogico dell'ordinamento giuridico, organizzati in sistema costituiscono il rapporto giuridico, che è l'aspetto esteriorizzato dell'organizzazione giuridica.

Ne consegue che l'esteriorizzazione del rapporto si localizza, cioè l'area comprendente lo scenario dell'interazione sociale dei processi sociali, economici e giuridici.

Diversamente la sfera giuridica è l'ambito di strutturazione dell'attività e dell'interazione dell'anello tetralogico,

La localizzazione implica invece il riferimento a processi operanti a scale diverse.

Il luogo diviene contemporaneamente il conteso dell'azione un centro di significato, che per l'azione costituisce un fattore cogente.

Il luogo una volta delimitato, sancisce che è dentro e chi è fuori, e diventa uno strumento per definire i suoi "abitanti" come "diversi da": in tal modo il luogo assume un ulteriore significato quello di categoria di differenziazione identitaria.

L'homo faber fa il luogo, ma lo fa spesso sulla base di interpretazioni contrastanti .

A questo punto non ci resta che effettuare una ricognizione degli istituti e delle connessioni e delle articolazioni che essi hanno con gli elementi dell'anello tetralogico, sopra indicati per definire il sistema diritto del lavoro (Fig.3), seguendo la seguente classificazione:

Elementi			
Soggetto	Oggetto	Tempo	Spazio
<i>Homo faber</i>	<i>Comportamento orientato</i>	<i>Tempo vincolato al lavoro</i>	<i>Regione dello Spazio dedicato al lavoro</i>
<i>Lavoro individuale</i> <i>Lavoro associato</i> <i>Lavoro familiare</i> <i>Lavoro di scopo</i>	<i>Prestazione</i>	<i>Durata della prestazione</i>	<i>Luogo della prestazione</i>

Soggetto	
Lavoro individuale <i>Lavoro subordinato</i> <i>Lavoro para-subordinato</i> <i>Lavoro autonomo</i>	Lavoro di scopo <i>Lavoro gratuito</i> <i>Lavoro volontario</i> <i>Lavoro dei religiosi</i>

Tempo
Lavoro a tempo determinato

Spazio
Lavoro decentrato <i>Lavoro a domicilio</i> <i>Telelavoro</i>

Oggetto
Lavoro Elastico

Spazio - Tempo
Lavoro Flessibile

Coelementi	
Comportamento orientato	
<i>Energia</i>	<i>Capacità giuridica e di agire</i>
<i>Attività</i>	<i>Motivazione</i>
<i>Forme</i>	<i>Qualifiche e mansioni</i>
<i>Risultato</i>	<i>Contratto</i>
	<i>Vantaggio socio-economico</i>

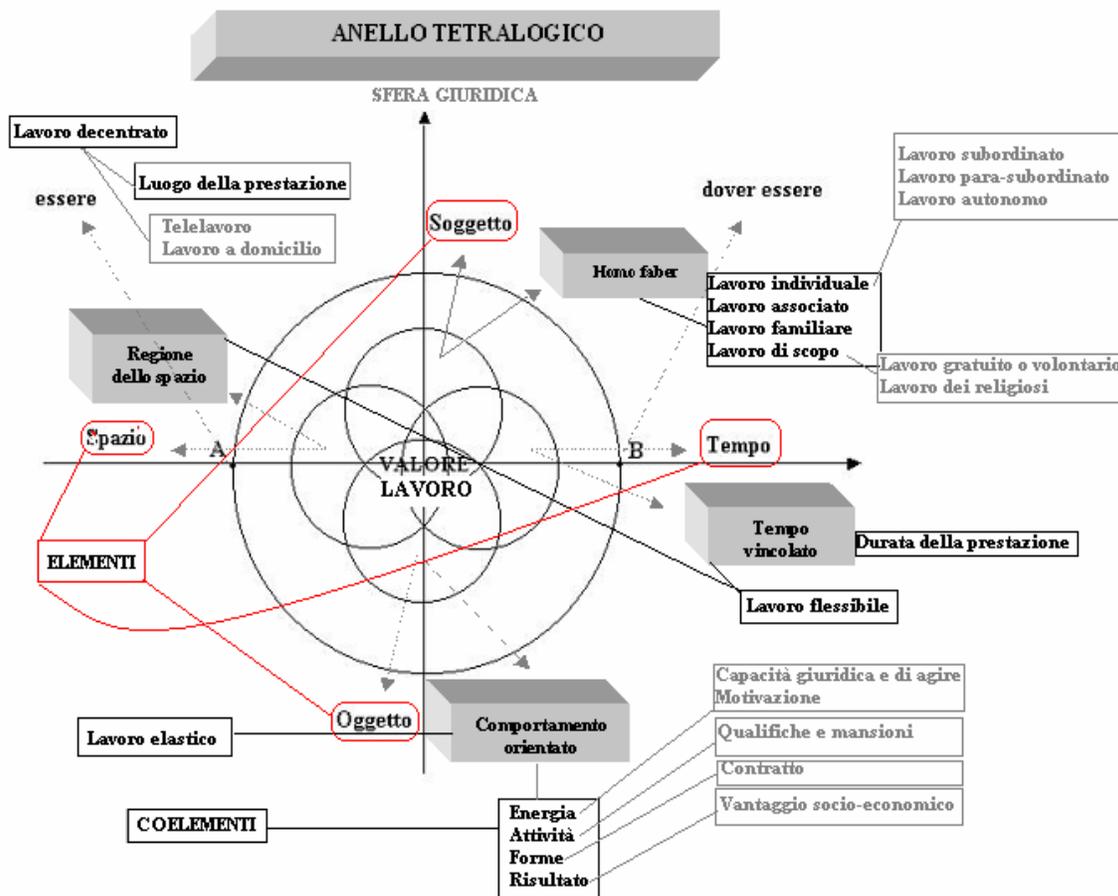


Fig. 3 - Il sistema diritto del lavoro

3.3 - Tutela tra norme elastiche e tipi flessibili

Quando si parla di tutela ci si intende riferire al problema del riconoscimento giuridico di determinati interessi dell'*homo faber*; riconoscimento da attuarsi nell'ambito del regime del rapporto di lavoro, mediante una disciplina determinata, tendente a limitare la libertà di azione

dell'*homo faber* od ad imporre a questi determinati obblighi od oneri, ampliando di conseguenza, i diritti e le facoltà.

Ai limitati fini della presente trattazione non è il caso di addentrarci nelle modalità di realizzazione d'una tale tutela, ma è il caso solamente di limitarci ad evidenziare, quali sono le risposte dell'ordinamento giuridico ad una lesione della sfera giuridica.

In definitiva, si tratta di vedere quale sono i rimedi posti dall'ordinamento giuridico diretti a ripristinare l'ordine violato e come la teoria dell'anello tetralogico adattata alla dinamica delle tutele, trasforma il sistema della giurisdizione.

Ai fini della comprensione della reale portata del problema in esame, nonché del carattere innovativo dell'impostazione, occorrerà andare a verificare, alla luce del ruolo nomofilattico della giurisprudenza di legittimità e dell'esercizio del diritto d'azione attribuiti dall'ordinamento all'*homo faber* nell'ambito dei sostituti della giurisdizione.

Quindi, è inevitabile fare i conti, anzitutto, con la prima di tali verifiche e nell'ambito di ciò distinguere tra giudizio di fatto e giudizio di diritto e se il giudice di legittimità possa sindacare il giudizio di sussunzione di un determinato fatto ad una norma c.d. elastica in quanto tale giudizio venga ritenuto di diritto e non di fatto⁷³.

Come è noto, in numerose esperienze giuridiche il sistema delle fonti conosce accanto a regole sufficientemente determinate regole più generali, corrispondenti ora a nozioni elastiche, fluide, flessibili, ora a regole propriamente non giuridiche, in cui il legislatore delega consapevolmente all'interprete il compito di specificarle, svilupparle e integrarle, legittimando scelte e decisioni, che non possono richiamarsi allo schema della fattispecie.

Scelte assiologiche, arbitrati anche di ordine politico tra gli interessi in gioco sono coessenziali a questo tipo di regole, chiamate volta a volta clausole generali, concetti valvola, norme in bianco, ecc.

Occorre, però, preliminarmente soffermarsi sulla nozione stessa di «norma elastica» e su quelle, ad essa strettamente connesse, di «concetto giuridico indeterminato» e di «clausola generale⁷⁴».

E' chiaro, infatti, come del resto ha già avuto modo di sottolineare la stessa dottrina⁷⁵ che si è maggiormente soffermata su tale nozione, che la gran parte delle espressioni giuridiche contenute in norme di legge sono dotate di una certa genericità, la quale necessita, inevitabilmente, di un'opera di specificazione da parte del giudice che è chiamato a darvi applicazione, ma la qualifica di norma elastica non viene riferita ad «ogni disposizione contenente un'espressione di significato non preciso o comunque tale da non poter essere interpretata con un semplice procedimento logico di sussunzione» o «mediante il ricorso alle scienze naturali o a metodi descrittivi», quanto piuttosto esclusivamente a quelle norme «con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica», richiamando il loro «contenuto elastico . . . giudizi di valore in sede applicativa»⁷⁶.

⁷³ Cfr., per tutti, sulla distinzione fra giudizio di fatto e di diritto, F. Mazzarella, «Fatto e diritto» in Cassazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1974, 82 ss.; Id., Cassazione (dir. proc. civ.), voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1988, V, spec. 12; Nasi, Fatto (giudizio di), voce dell'Enciclopedia del diritto, Milano, 1967, XVI, 967 ss.; Bove, Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti, Milano, 1993, spec. 25 ss. e 67 ss., ed ivi ulteriori riferimenti; nonché, in una prospettiva comparatistica, i vari scritti contenuti in *Le fait et le droit. Etudes de Logique juridique*, Bruxelles, 1961; da ultimo, S. Evangelista, La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione, in questo fascicolo, parte quinta, spec. par. 6 ss.

⁷⁴ Tra i più recenti contributi si segnala: Di Maio, Clausole generali e diritto delle obbligazioni, RCDP, 1984, 539-571; Roselli, Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Napoli, 1983, recensito da Gorla e Taruffo, RDC, 1984, 324-333 e dal solo Taruffo, RCDP, 1984, 443-451; Castronovo, L'avventura delle clausole generali, RCDP, 1986, 21; Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, RCDP, 1986, 5; Rodotà, Il tempo delle clausole generali, RCDP, 1986, 21; Belvedere, Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norma, in *Politica del diritto*, 1988, 631; Rosselli, Clausole generali: l'uso giudiziario, in *Politica del diritto*, 1988, 667.

⁷⁵ Roselli, Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Napoli, 1983.

⁷⁶ Così Roselli, op. cit., 8 s., il quale, su tali basi, ripartisce, nella sostanza, le norme di legge in tre categorie: 1) «norme di contenuto assolutamente certo» (di numero esiguo); 2) «norme richiedenti all'interprete un contributo di sapere, anche extragiuridico» (di numero assai più ampio); 3) «norme il cui contenuto elastico richiede giudizi di valore in sede applicativa» (qualificate, per l'appunto, norme elastiche). Sottolineando, al contempo, come il controllo sull'applicazione di quest'ultima categoria di norme di legge — da tenersi distinte, sotto tale profilo, da quelle implicanti un giudizio di equità — «si risolve nel problema del controllo sui giudizi di valore» (Roselli, op. cit., 17, 154 s.).

Si tratta, del resto, chiaramente, di nozione valida solo in via di principio e dai confini grigi, la cui portata viene a dipendere, a sua volta, da nozioni parimenti caratterizzate, quali quella di «concetto giuridico indeterminato» e di «clausola generale»⁷⁷.

Ma, comunque, fra le ipotesi che la dottrina pacificamente riconduce a tale nozione vi è proprio quella di giusta causa di licenziamento.

Come è noto, l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione⁷⁸ nella funzione integrativa **di comportamenti a contenuto atipico del rapporto obbligatorio** - in relazione alle concrete circostanze in cui esso si svolge - individua l'essenza degli obblighi di correttezza e buona fede in questione (S.U.6130-93). I quali, tuttavia proprio per la predetta funzione integrativa del contenuto tipico del rapporto di lavoro, “..... non possono debordare dal complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro - quale assieme dei principi giuridici - espressi dalla giurisdizione di legittimità - e dei comportamenti che in un certo contesto storico-sociale e' ragionevole esigere dalle parti - sicché essi assumono la consistenza di standards- e che rispetto ai principi stessi sono in rapporto coesistente ed integrativo, così compendiando il diritto vivente del lavoro.....”. Il giudizio sulla conformità dei comportamenti - integrativi ed atipici tenuti dalle parti - alle regole della civiltà del lavoro - e, quindi alla concreta osservanza dell'obbligo di buona fede “..... rientra nella funzione del giudice di legittimità - come ritiene un'accreditata dottrina - proprio per la valenza intrinsecamente giuridica che i comportamenti stessi assumono: sicché <<il giudizio di merito applicativo di norme elastiche e' soggetto al controllo di legittimità al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge>>. E' quindi sindacabile in sede di legittimità la valutazione del giudice di merito - in ordine all'esistenza della correttezza e della buona fede - o della gravità dell'inadempimento del lavoratore - in relazione alla conformità della stessa alle predette regole di civiltà del lavoro.....”.

Quindi, è sindacabile in sede di legittimità il giudizio di valore dato dal giudice di merito su un determinato fatto che viene enunciato nell'ambito di una norma c.d. elastica⁷⁹: tale caratteristica hanno sia l'art. 2119 cc laddove prevede il licenziamento in tronco qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto, sia l'art. 3 della l. n. 604 del 1966 che prevede che il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che tale giudizio di valore sia innanzi ad essa sindacabile e che è possibile che “..... il giudice di merito violi le regole della civiltà del lavoro comportando, di conseguenza, una falsa applicazione di legge. Il giudizio di valore su un comportamento..... comporta la sua sussunzione sotto una determinata norma elastica che ha solo indicato, per tale sua struttura, un parametro generale (art. 2119 cc ed art. 3 l. 604-66). Infatti, nell'esprimere tale giudizio il giudice di merito compie un'attività di integrazione giuridica - e non meramente fattuale - della norma stessa (come è stato rilevato dai più classici contributi dottrinari sulla funzione della Cassazione) in quanto da concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quando un determinato comportamento viene giudicato conforme o meno a buona fede allorché la legge richieda tale elemento (Cass. 10514-98). Il giudizio valutativo - e quindi di integrazione giuridica - del giudice di merito - deve però conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro (10514-

⁷⁷ Come, del resto, sottolineato dallo stesso autore (Roselli, op. cit., 11) che, nel delineare tale nozione, riconosce espressamente come la stessa «non possa essere fondata su basi rigorose» pur rimanendo «utile quante volte il rinvio della norma a giudizi di valore risulti di prima evidenza». Ma v., anche, G. Fabbrini, Potere del giudice (dir. proc. civ.), voce dell'Enciclopedia del diritto, Milano, 1985, XXXIV, 741 s., il quale, dopo aver contestato l'inutilità della nozione di «norma elastica», ne ravvisa il «quid peculiare . . .», che la distingue dalla norma rigida non per gradazioni ma per qualità, . . . nella voluta . . . indeterminazione dei fatti riconducibili alla previsione normativa, con la conseguenza che eccezionalmente . . . l'atto giudiziale di sussunzione comporta una opzione e non semplicemente una ricognizione».

⁷⁸ Sentenza della Cassazione Civile n° 10514 del 22/10/98 Sez.LL

⁷⁹ Sentenza della Cassazione Civile n° 434 del 18/01/99 Sez.LL

98). *La valutazione di conformita' - agli standards di tollerabilita' dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore - dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimita' nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida. Un approfondito contributo dottrinario su tale tematica rileva come "il giudizio di merito applicativo di norme elastiche sia soggetto al controllo di legittimita' al pari di ogni altro giudizio fondato su qualsiasi norma di legge". Lo stesso giudice di legittimita', cui spetta quindi il giudizio sulle opzioni di valori dei giudici di merito, e', d'altra parte, anche giudice della logicita' delle decisioni dello stesso (art. 365 n. 5 cpc) in quanto anche essa ancorata a standards che possono definirsi sociali: per essere la stessa societa' il punto di riferimento parametrico del processo logico.".*

È possibile nel nostro ordinamento giuridico realizzare il diritto d'azione attraverso dei sostituti della giurisdizione.

Ciò trova la ratio in quel tradizionale atteggiamento di diffidenza verso ogni minaccia al monopolio giurisdizionale dello Stato (retaggio di una concezione del diritto poco incline a riconoscere la rilevanza giuridica che, ormai innegabilmente, gli interessi collettivi hanno assunto nell'ambito del nostro ordinamento) che -- grazie anche alla minore permeabilità con la realtà sociale del diritto processuale -- si è insinuata nell'ambito di un intervento legislativo fortemente innovatore.

Pertanto è possibile risolvere le controversie affidandone la decisione a giudici privati: ciò come manifestazione insopprimibile dell'autonomia negoziale.

L'aspetto particolare della decisione privata è che lo Stato le attribuisce il carattere giurisdizionale (cioè di sentenza).

Ciò vale solamente per l'arbitrato formale o rituale, regolato dal codice di procedura civile.

Tuttavia la prassi conosce un arbitrato *irrituale*, che sia ha quando le parti, pur rimettendo la decisione ad altri arbitri privati, lo fanno senza osservare le forme rigorose previste dalla legge, sicché la decisione troverà la sua forza vincolante solo nel consenso delle parti stesse, come per qualunque altro negozio, e non in un riconoscimento formale dell'organo giurisdizionale.

In definitiva con il primo le parti tendono attraverso il giudizio privato, ad ottenere un atto destinato ad acquistare autorità di sentenza; con il secondo, invece, tendono a formare un atto avente la natura e l'efficacia di un contratto.

Se l'accordo fra le parti in sede di conclusione del contratto deferisce ad uno o più terzi, per la determinazione (in misura più o meno ampia) della prestazione oggetto del contratto o/e l'integrazione di un elemento contrattuale si ha il c.d. *arbitraggio*⁸⁰.

Il conseguente *dictum del terzo*, non è una manifestazione di volontà che concorra con quella dei contraenti, bensì un atto intellettuale che s'introduce nel contratto *per relationem*, che rimane l'unica fonte dell'efficacia negoziale.

Il *giudizio del terzo* (c.d. arbitratore) consiste in un equo apprezzamento o/e in un mero arbitrio, ove espressamente previsto.

Quindi, a differenza dell'arbitrato, l'arbitraggio non ha struttura processuale⁸¹, cioè un *iter* di formazione del *dictum* tipico, infatti è possibile che i contraenti, nel riferirsi al terzo, dispongano che il suo *dictum* sia emesso previo contraddittorio come per esempio in caso di rinegoziazione del contratto.

Il compito del terzo è quello di esprimere una valutazione logico-conoscitiva e cioè un giudizio in ordine all'interpretazione di una fattispecie già completata e formatasi e sulla quale la

⁸⁰ Il codice civile vigente contiene una disposizione generale di favore per l'arbitraggio, ricavabile dall'art. 1349, contenuto nella sezione dedicata all'oggetto del contratto, nella parte in cui è disposto che "se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita ad un terzo e non risulta che le parti volessero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento".

⁸¹ "Da un compromesso nasce un rapporto, cioè l'antitesi di quello che nasce, o si pretende nasca dai cosiddetti contratti o negozi processuali; e nasce un rapporto fra le parti, cioè l'antitesi di quello che vediamo avvenire nel processo." SATTI, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, pag.73

situazione litigiosa è insorta (logicamente e cronologicamente) in un momento successivo alla disposizione degli interessi su cui si contrasta.

Quanto sopra detto sull'arbitraggio va ripetuto per la c.d. *perizia contrattuale*, dove i paciscenti deferiscono la determinazione di un elemento ad un terzo, scelto per la sua competenza tecnica.

Il *dictum* del terzo prenderà il nome di *perizia*.

Anche qui come nell'arbitraggio non è detto che vi sia controversia tra le parti.

La *conciliazione stragiudiziale* non ha nulla a che vedere con l'arbitrato.

In essa il terzo che, scelto dalle parti, si adopera per conciliarle svolge funzioni diverse da quella dell'arbitro, non essendo investito di alcun potere d'imporre un certo assetto sostanziale.

Infatti l'assetto sostanziale è stabilito dalle parti nell'accordo di conciliazione.

Similmente all'arbitrato la conciliazione stragiudiziale sul piano privatistico presenta un concentrato *iter* a struttura dialettica.

Infine diverso dall'arbitrato è l'*Ombudsman* o difensore civico.

In tale sistema mancano due fondamentali connotati che caratterizzano l'arbitrato: quello del contraddittorio in quanto ai fini del suo *dictum* è prevista soltanto la facoltà del difensore civico di chiedere dati e notizie, e quello della decisione vincolante per ambo le parti.

In effetti è un mezzo alternativo di risoluzione della controversia che è assimilabile tanto alla conciliazione, quanto all'arbitrato (c.d. *med-arb*).

Diversamente, se l'accordo invece conferisce al terzo o ai terzi il potere di decidere la controversia in via di composizione amichevole o transattiva, rispettando il contraddittorio, si ha il c.d. *arbitrato irrituale o libero*.

L'arbitrato irrituale, perciò, consiste nel conferimento all'arbitro, mediante compromesso, del potere d'incidere direttamente, con la propria volizione, nel patrimonio delle parti e si conclude con la tale volizione: il lodo.

Qui, il giudizio del terzo non deve essere manifestamente iniquo, ma arbitrario e non ha efficacia di sentenza.

L'*arbitrato rituale* è invece un vero e proprio processo di cognizione privato che trova origine in un incarico conferito ad uno o più arbitri di decidere una controversia su impulso delle parti di un contratto.

In quest'ultima ipotesi, il giudizio degli arbitri (c.d. lodo arbitrale) consiste in un accertamento che ha la stessa efficacia di quello giudiziale che è reso, secondo equità e diritto.

Nell'arbitrato quindi, il collegio è chiamato a interpretare una norma esistente mentre, nell'arbitraggio, a crearne una nuova.

L'arbitrato per le controversie individuali offre spunti problematici più interessanti, anche se appare come un istituto dotato di grandi potenzialità che la disciplina legislativa è però sempre riuscita ad ingabbiare saldamente con una rigida serie di limitazioni.

Nell'ambito del lavoro dipendente, le tecniche dell'arbitrato in sede sindacale vanno considerate non solo come uno strumento che riduca il carico giudiziario, ma come istituti di completamento dell'ordinamento intersindacale.

Ciò significa che l'arbitrato di diritto del lavoro deve essere inteso come un meccanismo che ha come fine una rapida composizione, secondo giustizia sostanziale, delle contrastanti posizioni del lavoratore dipendente e del datore di lavoro nell'interesse della utilità sociale.

Svariate norme costituzionali, infatti, appaiono espressione del principio della doverosa tutela delle posizioni economiche più deboli, ed è perciò da ritenere che ogni legge intesa a realizzare questa soddisfi un interesse che la stessa Corte Costituzionale considera attinente all'ordinata vita della collettività e, quindi, di *utilità sociale*⁸².

⁸² Il limite dell'utilità sociale è stato elaborato nella teoria della "funzionalizzazione dell'attività economica privata", che porta a ritenere che l'attività economica privata non costituisca esercizio di una libertà, bensì svolgimento di una "funzione sociale" che si realizza in una attività discrezionale immediatamente sottoponibile al sindacato del giudice ordinario, perché utilità sociale è espressione dotata di efficacia precettiva sul piano costituzionale

Ecco che l'esigenza del conseguimento di tali fini, come giustifica la imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale, così può consentire la modifica o l'eliminazione di clausole di contratti in corso, quando esse si rivelino contrastanti con l'utilità sociale.

La radice sistematica di tale strumento si distacca dalle ipotesi giurisdizionalistiche ex artt. 806 ss. cod. proc. civ., come pure dalle espressioni negoziali contenute nell'articolo 1349 cod. civ.

Quanto sopra detto consente di affermare che tale ipotesi realizzerebbe un depotenziamento della carica del principio di inderogabilità delle norme dello Stato in materia di diritto del lavoro e/o della indisponibilità dei diritti *distinguendo e definendo una inderogabilità assoluta e di ordine pubblico ed una inderogabilità unilaterale e relativa*, rendendo in tale materia il principio dell'autonomia privata più flessibile.

Il che significa realizzare l'anello tetralogico della giustizia privata:

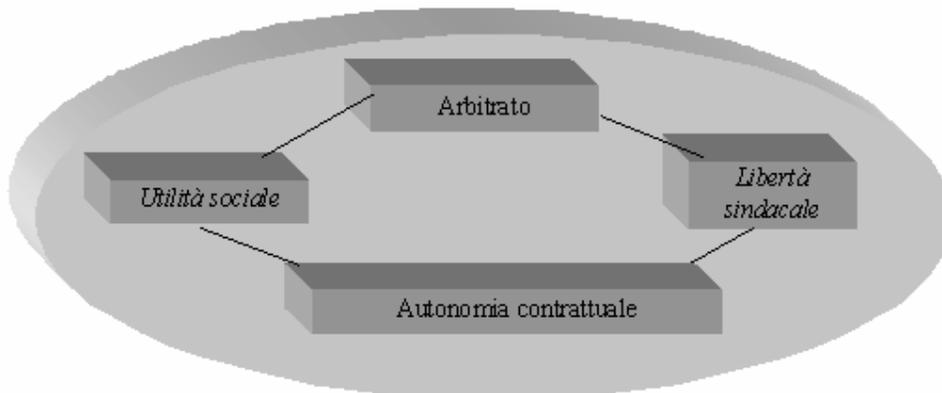


Fig.1 – L'anello tetralogico della giustizia privata

Si tratta di vedere se possa attuarsi una ridefinizione delle forme tradizionali di protezione e soprattutto degli strumenti per renderle più effettive, perché è proprio l'effettività che viene erosa in questi ambiti.

La disciplina protettiva minima potrebbe essere ripensata per concentrarla laddove è praticabile e giustificata; tenendo conto che larghi strati di lavoratori sono sostenuti da un tessuto socio-economico ricco e spesso in grado di tutelarsi da soli ben più che agli albori dell'industrialismo.

Dunque, il diritto del lavoro non è più strumento di garanzia di diritti fondamentali tradizionali, ma anche dei nuovi diritti che stanno a metà tra il sociale e il privato (i cd *droits de tirage sociaux*).

A questi vanno aggiunti i nuovi diritti legati a dimensioni esistenziali. quali il diritto ad essere flessibili, il diritto alla privacy, alla differenza, a nuove identità; e tutto ciò ha pure a che vedere con una nuova funzione, di esaltazione dell'autonomia individuale, affidata allo stesso contratto individuale di lavoro.

Una nuova identità assume anche il diritto del lavoro come strumento di giustizia distributiva dell'uguaglianza il quale deve essere inteso, non come mera divisione della ricchezza prodotta nei luoghi della produzione, ma come redistribuzione delle opportunità individuali e come lotta all'esclusione sociale.

3.7 - Un sistema fuzzy per la subordinazione

In questo paragrafo si descrive il procedimento che porta alla creazione di un sistema inferenziale *fuzzy* per la valutazione, nella fase di screening, della qualificazione del rapporto di lavoro quale subordinato.

L'ideazione del sistema *fuzzy* si articola lungo sei fasi, che si basano su un approccio al problema di tipo input-output:

- a) definizione delle variabili del modello,
- b) fuzzificazione di queste,
- c) determinazione del blocco di regole,
- d) scelta della procedura di aggregazione,
- e) inferenza sui dati,
- f) defuzzificazione del risultato.

Nella scelta degli operatori di aggregazione si è fatto riferimento al modello di Mamdani e Assilian⁸³, che è stata la prima applicazione del calcolo linguistico ad un problema di controllo ed è ancora molto utilizzato in virtù della sua semplicità.

La prima fase prevede la definizione di quali sono gli input del modello, ossia quali sono le informazioni utili per delineare il profilo di rapporto di lavoro e che, quindi, saranno inserite nel sistema e trasformate in valori *fuzzy*.

Al primo gruppo di dati appartengono, ovviamente, gli indicatori, che verranno individuati utilizzando le pronunzie della giurisprudenza.

Infatti, la giurisprudenza è autoreferenziale nei confronti dell'ordinamento ed anche con se stessa e, quindi, utilizzare gli atti prodotti, consente di mettere in evidenza l'aspetto autopoietico del sistema giuridico.

L'autoreferenzialità, cioè la prassi o lo stile di fare riferimento ai propri precedenti, è una delle tecniche a cui ricorre la giurisprudenza italiana, spesso anche quando è creativa. L'autoreferenzialità è documentata dalle massime e dalle motivazioni delle decisioni. Il *precedente* che costituisce nel *common law* il fulcro del sistema, non è stato mai considerato un modello obbligatorio per legge, ma lo è diventato sotto due punti di vista: grazie al ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione (art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario) e grazie alla prassi forense e agli indirizzi della giurisprudenza di merito, che tendono ad adeguarsi ai *dicta* della Suprema Corte⁸⁴.

Giova premettere che a fini della qualificazione del rapporto di lavoro, poiché l'iniziale contratto è causa d'un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà che esprime e lo stesso *nomen iuris* che utilizza, pur necessari elementi di valutazione, non costituiscono fattori assorbenti; ed il comportamento posteriore alla conclusione del contratto diventa elemento necessario non solo (per l'art. 1362 secondo comma c.c.) all'interpretazione dello stesso iniziale contratto (Cass. 22 giugno 1997 n. 5520), bensì all'accertamento di una nuova diversa volontà eventualmente intervenuta nel corso della relativa attuazione e diretta a modificare singole clausole e talora la stessa natura del rapporto di lavoro inizialmente previste; e pertanto in caso di contrasto fra iniziali dati formali e successivi dati fattuali (emergenti dallo svolgimento del rapporto), questi assumono necessariamente un rilievo prevalente.

Qui viene in rilievo la questione del ruolo del soggetto nell'attività da questi svolta, più che la volontà espressa e forma da questa assegnata al rapporto.

Ecco che nell'ambito di questo concreto svolgimento, l'elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore, con la conseguente limitazione della sua autonomia ed il suo conseguente inserimento nell'organizzazione aziendale (Cass. 4 marzo 1998 n. 2370, 25 luglio 1994 n. 6919). A questi si aggiungono dati di natura più generale come l'assenza di rischio, la continuità della prestazione,

⁸³ Mamdani, E.H. e Assilian, S. "An experiment in linguistic synthesis with a fuzzy logic controller", International Journal of Man-Machine studies, 7, 1975 pp 1-13.

⁸⁴ F.GALGANO, *Il precedente giudiziario in civil law*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna 1990, pp.30 e ss.

l'osservanza d'un orario e la forma della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva (Cass. 15 maggio 1991 n. 5409, 29 marzo 1990 n. 2553).

Il fattore nuovo è costituito dall'inserimento nel sistema dei dati qualitativi. La giurisprudenza è solita valutare tutta una serie di indici, tra i più significativi:

- *il fatto che l'attività lavorativa si volga presso i locali aziendali;*
- *una presenza costante sul lavoro, specie se ad orario fisso e caratterizzata da un vero e proprio obbligo di presenza (e dunque con necessità di avvertire e di giustificarsi in caso di assenza);*

- *il concordare il periodo feriale;*
- *l'utilizzo, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, di strumenti di proprietà del datore di lavoro;*

- *il ricevere costantemente ordini e disposizioni;*
- *la mancanza, in capo al lavoratore, di una propria attività imprenditoriale e della relativa struttura, sia pur minima.*

Nessuno degli elementi sopra indicati è, di per sé, determinante ma, laddove sia riscontrabile la contemporanea presenza di più indici tra quelli esemplificativamente indicati, ciò potrà costituire una prova della natura subordinata del rapporto.

A tal fine riportiamo alcune massime da cui è facile astrarre una serie di indici come sopra indicati

1. Requisiti determinanti ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato sono ravvisabili:

a) *nell'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro - potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo) -;*

b) *nell'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa;*

c) *nello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro;*

d) *il rischio economico dell'attività lavorativa e la forma di retribuzione hanno, invece, carattere sussidiario (e sono utilizzabili specialmente quando nel caso concreto non emergano elementi univoci a favore dell'una o dell'altra soluzione), fermo restando che l'accertamento sull'esistenza o meno del vincolo di subordinazione è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici (Cass. 11/9/00, n. 11936, pres. De Musis, in Orient. giur. lav. 2000, pag. 642) ;*

2. Nelle situazioni ove, per la **particolare attività** (come in alcune forme di lavoro in agricoltura), alcuni aspetti (orari, mansioni) non assumono natura rigida, **il mero inserimento del lavoratore nell'azienda non è parametro di qualificazione nel senso della subordinazione**, né può costituire elemento esclusivo per dedurre la subordinazione stessa; il parametro di qualificazione si risolve, quindi, necessariamente negli elementi (non diversamente deducibili) dei quali l'inserimento è mera conseguenza:

a) *la sussistenza e la permanenza dell'obbligo del lavoratore di mantenere a disposizione del datore l'attività lavorativa nella sua indifferenziata materialità (come operae);*

b) *la sussistenza e la permanenza del suo conseguente assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro stesso (Cass. 25/2/00, n. 2171, pres. Bucarelli, in Riv. it. dir. lav. 2001, pag. 212, con nota di Ponari, Violazione del dovere di esclusiva nel rapporto di pubblico impiego e qualificazione della prestazione vietata);*

3. Ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della **peculiarità delle mansioni** (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto, **occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari** - come quelli:

- a) della collaborazione,
- b) della continuità delle prestazioni,
- c) dell'osservanza di un orario determinato,
- d) del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita,
- e) del coordinamento dell'attività lavorativa
- f) dell'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro,
- g) dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale -

che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione (Cass. 26/8/00, n. 11182, pres. Trezza, in Orient. giur. lav. 2000, pag. 648)

4. Nelle **prestazioni professionali di alto profilo**, come l'esercizio della **professione medica**, la subordinazione, intesa come assoggettamento al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, risulta necessariamente più attenuata e sfumata. In tal caso è **necessario fare riferimento al potere direttivo dell'imprenditore** non con riguardo al contenuto delle prestazioni, né alle loro modalità sotto il profilo tecnico, ma ai limiti esterni dell'attività professionale, vale a dire *all'inquadramento della prestazione nell'ambito dell'organizzazione aziendale*, fermo restando che, per aversi subordinazione, non è necessario che il potere direttivo del datore di lavoro si espliciti mediante ordini continui o che la vigilanza svolta sul lavoratore sia strettamente vincolante, potendo l'assoggettamento realizzarsi attraverso **direttive programmatiche o di coordinamento dell'attività del lavoratore medesimo** (Corte Appello Potenza 12/10/00, pres. Scermino, est. Vetrone, in Orient. Giur. Lav. 2000, pag. 924);

5. Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato deve farsi riferimento al concreto atteggiarsi del rapporto stesso e alle sue specifiche modalità di svolgimento, potendo **il richiamo alla iniziale volontà delle parti**, cristallizzatasi nella redazione del contratto di lavoro, valere come elemento di valutazione ai fini dell'identificazione della natura del rapporto *solo se ed in quanto le concrete modalità di svolgimento dello stesso lascino margini di ambiguità e/o incertezze* (Cass. 9/6/00, n. 7931, pres. De Musis, in Orient. giur. lav. 2000, pag. 663) ;

6. L'elemento caratterizzante il lavoro subordinato è il vincolo della subordinazione, inteso come inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa in via continuativa e sistematica, nonché come esercizio di una costante vigilanza del datore di lavoro sull'operato del lavoratore, mentre hanno *valore sussidiario* altri elementi, quali:

- a) le modalità della prestazione,
- b) la forma del compenso,
- c) l'osservanza di un determinato orario

(Cass.1/10/97 n. 9606, est. Putaturo, pres. Panzarani, in D&L 1998, 472)

7. Ai fini della decisione circa la natura subordinata di un rapporto di lavoro deve verificarsi, secondo la tesi c.d. tipologica della subordinazione, la ricorrenza di indici che, in una valutazione di

prevalenza, fondino un giudizio di approssimazione a una figura tipica; nella fattispecie è stata affermata la natura subordinata del rapporto risultando accertati i seguenti elementi:

- a) *inserzione della prestazione nell'attività aziendale,*
- b) *parziale svolgimento della prestazione stessa nei locali dell'azienda,*
- c) *continuità, orario di lavoro sia pure elastico,*
- d) *eterodeterminazione,*
- e) *potere dispositivo nei confronti di altri dipendenti,*
- f) *percezione di compenso fisso garantito (oltre che di una parte mobile)*

(Pret. Milano 24/1/95, est. De Angelis, in *D&L* 1995, 635)

8. Va ritenuta la natura subordinata e non autonoma del rapporto di lavoro, ove sia accertata l'esistenza del vincolo di subordinazione, ricavabile, pur in presenza *di una certa flessibilità dell'orario*, dalla valutazione complessiva di una serie di elementi di fatto sintomatici, quali:

- a) *la natura delle mansioni esercitate,*
- b) *la totale assenza di rischio d'impresa e organizzazione imprenditoriale del prestatore,*
- c) *l'inserimento nell'organizzazione imprenditoriale del datore con utilizzo esclusivo di strumenti dal medesimo forniti,*
- d) *la retribuzione fissa mensile non correlata al risultato del lavoro prestato,*
- e) *la continuità e l'esclusività della prestazione*

(Pret. Parma 12/12/96, est. Federico, in *D&L* 1997, 616)

9. In relazione alla configurabilità, da un lato, di una nozione giuridica di subordinazione nella prestazione di lavoro (che dà rilievo alla messa a disposizione da parte del lavoratore delle proprie energie a favore del datore di lavoro, con l'assoggettamento al suo potere direttivo e disciplinare) e, dall'altro, **di elementi sintomatici della situazione di subordinazione** (quali:

- a) *la continuità dello svolgimento delle mansioni,*
- b) *il versamento a cadenze periodiche del relativo compenso,*
- c) *la presenza di direttive tecniche e di poteri di controllo e disciplinari,*
- d) *il coordinamento dell'attività lavorativa rispetto all'assetto organizzativo aziendale all'alienità del risultato,*
- e) *l'esecuzione del lavoro all'interno della struttura dell'impresa con materiali e attrezzature proprie della stessa,*
- f) *l'osservanza di un vicolo di orario, l'assenza di rischio economico),*

il giudizio relativo alla qualificazione di uno specifico rapporto come subordinato o autonomo ha carattere sintetico (nel senso che, rilevati alcuni indici significativi, li valuta nel loro insieme, in relazione alle peculiarità del caso concreto) e integra un giudizio di fatto censurabile, in sede di legittimità, solo per ciò che riguarda sia la individuazione dei caratteri identificativi del lavoro subordinato, mentre è insindacabile, se sorretta da motivazione adeguata ed immune da vizi logici e giuridici, la scelta degli elementi di fatto cui attribuire, da soli o in varia combinazione tra loro, rilevanza qualificatoria sia la riconduzione o meno degli stessi allo schema contrattuale del lavoro subordinato) (Cass. 2/9/00, n. 11502, pres. Grieco, in *Orient. giur. lav.* 2000, pag. 638)

10. L'apposizione di **una clausola di rendimento minimo**, che costituisce un elemento accessorio del contratto di lavoro, è compatibile con la natura subordinata del rapporto, non potendo escludersi una obbligazione di risultato ove questo sia da conseguire con le modalità tipiche del lavoro dipendente (Cass. 13/7/00, n. 9292, pres. Grieco, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, pag. 220, con nota di Tiraboschi, Lavoro dirigenziale e novazione simulata);

11. Ove la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative fra persone legate da vincoli di parentela o affinità debba essere esclusa per ***l'accertato difetto della convivenza degli interessati, non opera "ipso iure" una presunzione di contrario contenuto, indicativo cioè dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato***; pertanto, in caso di contestazione, la parte che faccia valere diritti derivanti da tale rapporto ha comunque l'obbligo di dimostrarne, con prova precisa e rigorosa, tutti gli elementi costitutivi e, in particolare, i requisiti indefettibili della onerosità e della subordinazione (Trib. Milano 16/3/01, est. Cincotti, in *Orient. giur. lav.* 2001, pag. 67);

12. Ai fini dell'accertamento della natura subordinata di un rapporto di lavoro, alla stregua del criterio di effettività, devono ritenersi ***prevalenti***, sull'assetto formale della obbligazione lavorativa concordato ab initio o modificato in corso di rapporto, ***le modalità concrete di esecuzione dello stesso***, se sono tali da poter contraddire e vanificare la qualificazione ad esso attribuita dalle parti (Cass. 13/7/00, n. 9292, pres. Grieco, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, pag. 220, con nota di Tiraboschi, Lavoro dirigenziale e novazione simulata);

13. Ove le parti, nel regolare i loro reciproci interessi, abbiano dichiarato di voler escludere la natura subordinata di un rapporto di lavoro, è possibile pervenire ad una diversa qualificazione di esso soltanto se si dimostra in concreto l'elemento della subordinazione, intesa come vincolo di natura personale, che assoggetta il prestatore di lavoro al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore, che si deve estrinsecare nella specificazione della prestazione lavorativa richiesta in adempimento delle obbligazioni assunte dal prestatore medesimo; subordinazione che deve essere in fatto provata nello svolgimento del rapporto di lavoro (Cass. 22/11/99 n. 12926, pres. Lanni, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, pag. 633, con nota di Granata, Organizzazione di tendenza, contratto di lavoro subordinato e licenziamento individuale: il caso del telefono Azzurro);

14. In tema di distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice del merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante, mentre il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni al cointeressato (quali possono essere quelle relative all'andamento generale dell'azienda e quindi all'orario di lavoro e sostituzione momentanea degli addetti ai vari reparti, connessi alla natura stessa dell'attività economica esercitata e quindi all'apertura al pubblico) (Cass. 10/8/99, n. 8578, pres. Maiorano, in *Lavoro giur.* 2000, pag. 943, con nota di Collià, *La natura subordinata del rapporto di lavoro*)

Indici della Suprema Corte di Cassazione	
Elementi ritenuti fondamentali	Elementi ritenuti accessori
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro - potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo) -</i> 2. <i>esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa;</i> 3. <i>stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro;</i> 4. <i>rischio economico dell'attività lavorativa e la forma di retribuzione hanno, invece, carattere sussidiario (e sono utilizzabili specialmente quando nel caso concreto non emergano elementi univoci a favore dell'una o dell'altra soluzione), fermo restando che l'accertamento sull'esistenza o meno del vincolo di subordinazione è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici</i> 5. <i>continuità dello svolgimento delle mansioni,</i> 6. <i>versamento a cadenze periodiche del relativo compenso,</i> 7. <i>presenza di direttive tecniche e di poteri di controllo e disciplinari,</i> 8. <i>coordinamento dell'attività lavorativa rispetto all'assetto organizzativo aziendale all'alienità del risultato,</i> 9. <i>esecuzione del lavoro all'interno della struttura dell'impresa con materiali e attrezzature proprie della stessa,</i> 10. <i>osservanza di un vincolo di orario,</i> 11. <i>assenza di rischio economico</i> 12. <i>modalità concrete di esecuzione</i> 	<ol style="list-style-type: none"> a) <i>collaborazione,</i> b) <i>continuità delle prestazioni,</i> c) <i>'osservanza di un orario determinato,</i> d) <i>versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita,</i> e) <i>coordinamento dell'attività lavorativa</i> f) <i>assetto organizzativo dato dal datore di lavoro,</i> g) <i>assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale</i> h) <i>inquadramento della prestazione nell'ambito dell'organizzazione aziendale</i> i) <i>direttive programmatiche o di coordinamento dell'attività del lavoratore e medesimo</i> j) <i>richiamo alla iniziale volontà delle parti solo se ed in quanto le concrete modalità di svolgimento dello stesso lascino margini di ambiguità e/o incertezze</i> k) <i>modalità della prestazione,</i> l) <i>forma del compenso,</i> m) <i>osservanza di un determinato orario</i>

Indici della Giurisprudenza di merito	
Elementi ritenuti fondamentali	Elementi ritenuti accessori
<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>inserzione della prestazione nell'attività aziendale,</i> 2. <i>parziale svolgimento della prestazione stessa nei locali dell'azienda,</i> 3. <i>continuità, orario di lavoro sia pure elastico,</i> 4. <i>eterodeterminazione,</i> 5. <i>potere dispositivo nei confronti di altri dipendenti,</i> 6. <i>percezione di compenso fisso garantito (oltre che di una parte mobile)</i> 7. <i>la natura delle mansioni esercitate,</i> 8. <i>la totale assenza di rischio d'impresa e organizzazione imprenditoriale del prestatore,</i> 9. <i>l'inserimento nell'organizzazione imprenditoriale del datore con utilizzo esclusivo di strumenti dal medesimo forniti,</i> 10. <i>la retribuzione fissa mensile non correlata al risultato del lavoro prestato,</i> 11. <i>la continuità e l'esclusività della prestazione</i> 	

In virtù della rappresentazione formale di concetti linguistici, la logica *fuzzy*, infatti, consente di introdurre nello stesso modello anche le informazioni di natura più soggettiva che, normalmente, sono valutate autonomamente dagli interpreti al di fuori dei modelli di ermeneutica. In questo modo la visione degli elementi è più organica e tutti i dati a disposizione sono sottoposti allo stesso tipo di inferenza.

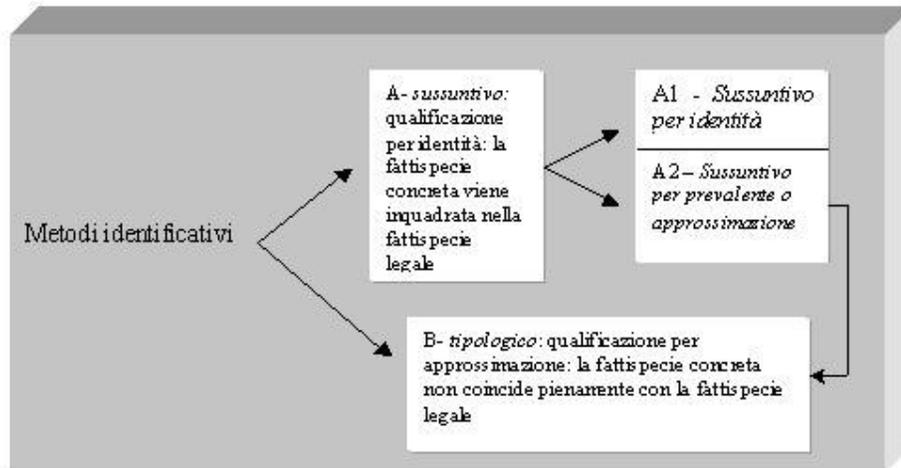


Fig.2 -I metodi identificativi della fattispecie

I metodi identificativi della fattispecie concreta alla fattispecie astratta (cfr. legale) sono quello sussuntivo e quello tipologico. Il primo metodo si propone di trovare tutte le possibili combinazioni alternative tra gli elementi (idee-dati) che caratterizzano la soluzione problematica da adottare per qualificare la fattispecie concreta. Il secondo metodo procede da un tutto gli elementi che lo compongono (idee-dati) per cercare di comprendere il perché dell'unica soluzione da adottare per qualificare la fattispecie concreta. In effetti, il metodo più utilizzato è quello della sussunzione che significa essenzialmente sussumere un oggetto sotto un concetto, secondo il criterio dell'identità della fattispecie concreta rispetto alla fattispecie astratta o secondo quello per prevalenza o approssimazione, che utilizza anche quello tipologico (Fig.2)

A questo punto non ci resta che definire i criteri identificativi della fattispecie utilizzando i *dicta* della giurisprudenza.

Definiti gli inputs del sistema si costruisce un albero decisionale che sia in grado di raggrupparli con logiche di affinità, affinché fattori che descrivono lo stesso profilo appartengano allo stesso gruppo in modo da fornire un unico punteggio complessivo.

Il passaggio successivo è quello della fuzzificazione dei dati a disposizione. Il procedimento non comporta nessuna perdita d'informazioni ma, solo un cambiamento nel quadro di riferimento.

Gli input e l'output del modello, o variabili base, sono trasformati in variabili linguistiche tramite la definizione, nei loro domini, degli attributi linguistici (i labels) e l'assegnazione di insiemi *fuzzy* ad ognuno di essi. A titolo di esempio si consideri che i due indici volontà delle parti e forma (cfr. Cass.25 gennaio 1993 n.812), secondo cui un rapporto di lavoro subordinato può essere sostituito da uno di lavoro autonomo a seguito di uno specifico negozio novativo, ma a tal fine è necessario che all'univoca volontà delle parti di mutare il regime giuridico (ed il "nomen iuris") del rapporto, devono essere accompagnati da un effettivo mutamento dello svolgimento delle prestazioni lavorative come conseguenza del venire meno del vincolo di assoggettamento del lavoratore al datore di lavoro, ancorché rimanga eventualmente identico il contenuto della prestazione stessa.

Per ogni variabile, quindi, si deve individuare il campo di variazione, ossia una scala di valori numerici di riferimento, ricorrendo ad esempio a quella usata dalla Giurisprudenza, oppure basandosi sulla letteratura giuridica relativa a tali indici (Fig.3).

Pertanto si stabilisce che:

$$A = \{A_1, A_2, \dots, A_n\}$$

$$B = \{B_1, B_2, \dots, B_m\}$$

$$C = \{C_1, C_2, \dots, C_l\}$$

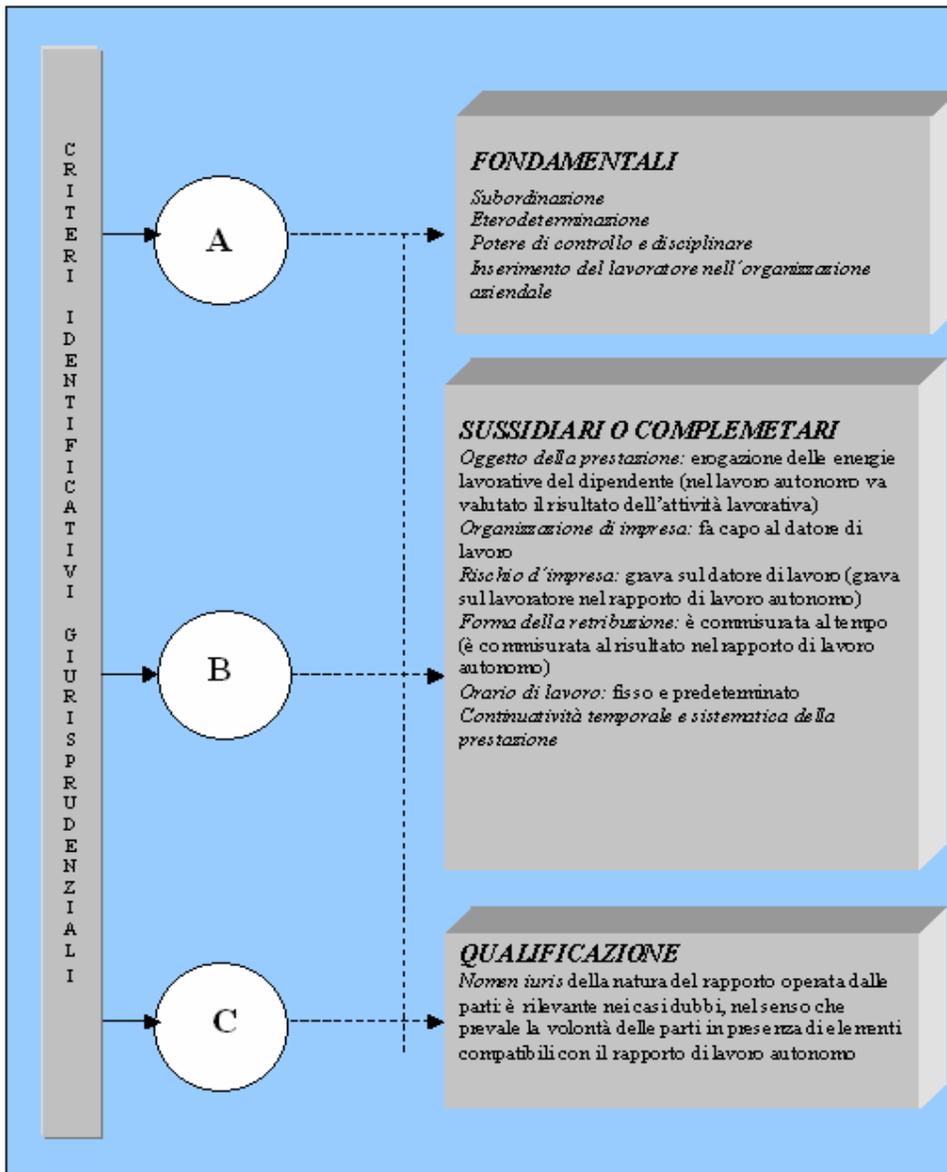


Fig.3 - Criteri identificativi giurisprudenziali

Dove n , m e l sono il numero di attributi scelti per ogni variabile, mentre U_1, U_2, U_3 sono i loro insiemi universo (sottoinsiemi di R) definiti dal campo di variazione precedentemente specificato.

Poiché ogni labels è in realtà la descrizione sintetica di un insieme *fuzzy*, ne consegue che:

$$A_i = \{(x, \mu_{A_i}(x)): x \in U_1\} \quad \text{per ogni } i= 1, \dots, n$$

$$B_j = \{(y, \mu_{B_j}(y)): y \in U_2\} \quad \text{per ogni } j= 1, \dots, m$$

$$C_k = \{(z, \mu_{C_k}(z)): z \in U_3\} \quad \text{per ogni } k= 1, \dots, l$$

A questo punto, si devono definire le funzioni di appartenenza che consentono di valutare il grado di prossimità tra un valore numerico, e gli attributi che lo descrivono, in modo da scegliere quello che riassume meglio il giudizio assegnabile a tale valore. La logica *fuzzy* non prescrive regole a tale riguardo. La scelta della funzione, infatti, è *context-dependent* ed è solo la conoscenza del fenomeno oggetto di analisi a poter indirizzare l'operatore.

Esistono, tuttavia, alcuni principi, dettati per lo più dal buon senso. Innanzi tutto, le funzioni degli insiemi che descrivono una variabile linguistica dovrebbero sovrapporsi con quelle più vicine (in modo da descrivere la gradualità del giudizio) in una misura che varia dal 10% al 50%. Inoltre, la somma dei punti verticali di sovrapposizione dovrebbe essere inferiore ad uno e la densità degli insiemi *fuzzy* dovrebbe essere massima intorno al punto di controllo ottimo e diminuire progressivamente all'aumentare della distanza da tale punto.

Per quanto riguarda l'ampiezza della base e la forma della funzione di appartenenza, in genere si ricorre alle funzioni triangolari o trapezoidali poiché sono più semplici da calcolare e non riducono l'efficienza informativa del sistema rispetto a funzioni più complesse.

Ad ogni modo, è importante sottolineare che la specificazione di tutti questi aspetti della funzione di appartenenza è la traduzione matematica di ciò che gli esperti pensano degli attributi linguistici usati e del loro contributo, oltre che della conoscenza del fenomeno. Si tratta, quindi, di una fase del processo molto delicata poiché la scelta effettuata determinerà il grado di attivazione delle regole e, quindi, anche quali di queste influenzeranno effettivamente la risposta dell'output.

In sostanza, la soggettività dell'azione degli operatori coinvolti è come se producesse una ponderazione degli input, influenzando in modo decisivo l'efficacia esplicativa del modello.

Le figure 2 e 3 illustrano le possibili funzioni di appartenenza dei due indici scelti come esempi.

Segue la fase dell'indicazione del corpo di regole che determina la strategia seguita dal modello. Come già detto, tali regole sono ideate sulla base della sentenza della giurisprudenza e, quindi, la loro capacità esplicativa delle relazioni esistenti tra le variabili dipende, in primis, dagli indici elaborati dalla giurisprudenza. Questo fattore si riflette nella definizione delle possibili combinazioni relative agli effetti del precedente sull'output. Per maggiore chiarezza consideriamo ancora una volta l'esempio dei due indici.

Con riferimento alla notazione precedente, una generica regola è definita come:

$$\text{IF } x \text{ è } A_i \text{ AND } y \text{ è } B_j \text{ THEN } z \text{ è } C_{ij}$$

Dato A e B , il numero di regole necessario a gestire il processo decisionale è pari a $n \times m$, vale a dire 9, in quanto come indicato dalle figure 2 e 3, sono stati assegnati tre attributi linguistici ad entrambe le variabili. A questo punto, sono l'esperienza e la cultura giuridica relativa al significato degli indicatori della subordinazione a determinare le combinazioni tra valori degli input e valori dell'output, come in questo esempio:

- 1) IF *A is low* AND *B is low* THEN *C is low*
- 2) IF *A is low* AND *B is medium* THEN *C is low*

- 3) IF A is low AND B is high THEN C is medium
- 4) IF A is medium AND B is low THEN C is medium
- 5) IF A is medium AND B is medium THEN C is high
- 6) IF A is medium AND B is high THEN C is high
- 7) IF A is high AND B is low THEN C is medium
- 8) IF A is high AND B is medium THEN C is medium
- 9) IF A is high AND B is high THEN C is high

La fase successiva è quella della scelta del metodo di aggregazione tra premessa e conclusione delle regole e, in seguito, della valutazione di quest'ultime. Secondo l'approccio di Mandani, il valore espresso dall'antecedente si calcola con l'operatore min:

$$\mu_{ij}(x, y) = \min(\mu_{A_i}(x); \mu_{B_j}(y)) = a_{ij}$$

Ottenuto questo primo risultato si passa alla determinazione del conseguente ovvero della parte "THEN", come segue:

$$\mu_{ij}^{conseg}(z) = \min(\mu_{A_i}(x); \mu_{B_j}(y); \mu_{C_k}(z))$$

La valutazione finale si determina aggregando tutte le conseguenze usando ad esempio, l'operatore del massimo:

$$\mu^{conseg}(z) = \max_{ij}(\mu_{ij}^{conseg}(z))$$

Il processo d'inferenza, quindi, consiste nei seguenti passaggi. Dati due possibili valori numerici della subordinazione, questi sono inseriti nei grafici delle funzioni di appartenenza e in questo modo si calcola in che misura tali valori soddisfano i concetti espressi dagli attributi.

Ipotizziamo che tali valori esprimibili in termini di grado di appartenenza interessino, rispettivamente per la subordinazione, gli attributi Low e Medium, e per l'autonomia l'attributo High. Nei primi due riquadri della figura 4 sono riportate le funzioni interessate e il grado. Questi labels attivano le regole 3 e 6

REGOLA 3) IF A is low AND B is high THEN C is medium

REGOLA 6) IF A is medium AND B is high THEN C is high

Per ogni premessa attivata, in base all'operatore di aggregazione prescelto, si considera il minimo tra i due valori delle funzioni di appartenenza. Pertanto per la regola 3 sarà il valore Low del A e per la regola 6 quello High della b. Questi sono detti gradi di attivazione, poiché esprimono in che misura la premessa attiva il proprio conseguente.

Il passaggio successivo implica l'applicazione di questi valori all'interno della funzione di appartenenza dell'output interessata. Come evidenziato dalla figura 4, i valori minimi delle premesse sono inseriti in tali funzioni e le tagliano ai rispettivi livelli (ossia la variabile linguistica output si interseca con un insieme *fuzzy* con funzione di appartenenza costante ed uguale al livello di attivazione).

L'ultimo passaggio prevede la valutazione del massimo tra tutte le regole attivate dai dati inseriti. La figura 5 descrive graficamente questo procedimento che matematicamente è dato dall'unione degli insiemi interessati.

Il valore ottenuto deve essere defuzzificato, affinché possa essere comparabile e leggibile rispetto ai termini iniziali di inputs che sono stati immessi nel processo.

La teoria *fuzzy* ha sviluppato più di un procedimento per effettuare la conversione dell'output ma, tra questi i più diffusi sono il metodo del centroide e quello della media del

massimo. L'applicazione di quest'ultimo fornisce il risultato più plausibile rispetto ai dati di input. Il procedimento del centroide produce l'ascissa del centro di gravità dell'insieme dei risultati mediante la somma dei momenti dell'area e rappresenta il miglior compromesso tra esito del procedimento e la sua traduzione.

In ogni caso l'interpretazione della defuzzificazione e la scelta dei metodi più appropriati da impiegare richiede la comprensione approfondita del significato linguistico che sottende alla conversione degli insiemi *fuzzy* in insiemi *crisp*.

L'output del modello è un *c*, una valutazione del profilo di subordinazione, che può essere inserito in un sistema di opportunamente definito. Non si ottiene una stima della probabilità di subordinazione, che, quindi, si calcolerà tramite l'osservazione delle frequenze assolute di ogni classe su un certo intervallo di tempo.

Dunque, la logica *fuzzy* si propone come uno stimatore *model-free* che approssima una funzione attraverso associazioni linguistiche tra input e output. In questo modo, si formalizzano modelli matematici che esprimono la gradualità dei processi umani di valutazione e sistemi inferenziali più coerenti rispetto al loro oggetto di studio e che giungono a conclusioni più realistiche.

Per quanto riguarda l'applicazione il sistema studiato offre una serie di vantaggi rispetto agli altri modelli a disposizione.

In relazione ai dati, è possibile inserire nel sistema anche quelli di natura qualitativa per valutarne l'apporto informativo. Inoltre, il sistema non si serve dei dati storici per la taratura del modello. In questo modo si evita la tipica perdita di significatività nel lungo periodo dei risultati ottenuti.

Relativamente alla struttura, il sistema si distingue per la sua semplicità e flessibilità. Il processo che conduce all'elaborazione di un giudizio finale. Questa differenza costituisce un vantaggio comparato in termini di semplicità di utilizzo, di adattabilità del sistema e di efficienza. Ogni singola variabile di ingresso, infatti, ha un rapporto chiaro con le altre, così come i blocchi di regole utilizzati sono noti e sempre verificabili da parte dell'istituto. I benefici conseguenti sono innanzi tutto quantificabili in termini di comprensibilità per l'utilizzatore finale, il quale può monitorare il processo, conoscerne sempre con chiarezza la ratio di fondo e, quindi, essere più consapevole del significato di ogni giudizio di merito ottenuto tramite il sistema. In particolare, è possibile conoscere non solo il punteggio finale, ma anche quelli dei passaggi intermedi e dei singoli filoni che hanno contribuito al risultato. In questo modo, l'interprete, in caso di esito negativo da parte del modello, può verificare quale siano i dati che hanno condotto il sistema a scartare il tipo o ad assegnarle un punteggio non soddisfacente. Questo tipo di informazione può rivelarsi preziosa, poiché immettendo e/o richiedendo delle informazioni aggiuntive relative al filone di dati in questione, è possibile a volte che i dati di input così modificati generino un giudizio migliore.

Infatti quando l'oggetto dell'accertamento è un rapporto di lavoro subordinato e quindi, sia in questione la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, è censurabile in sede di legittimità soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce accertamento di fatto, come tale incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi logici e giuridici, la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice del merito ad operare una determinata qualificazione del rapporto controverso (cfr. Cass.23 agosto 2000 n.1 1045).

Un limite piuttosto evidente del sistema, invece, è quello relativo alla definizione della funzione di appartenenza, lasciata alla soggettività dell'interprete. Le conseguenze di questa scelta ricadono sul sottoinsieme di regole attivate e in definitiva sull'output, ottenuto come se si fosse inserita una ponderazione. Pertanto, è indispensabile raccogliere il maggior numero possibile di informazioni e valutare con attenzione la scelta fatta, pena il raggiungimento di risultati non significativi.

FIGURA 1- La variabile linguistica SUBORDINAZIONE

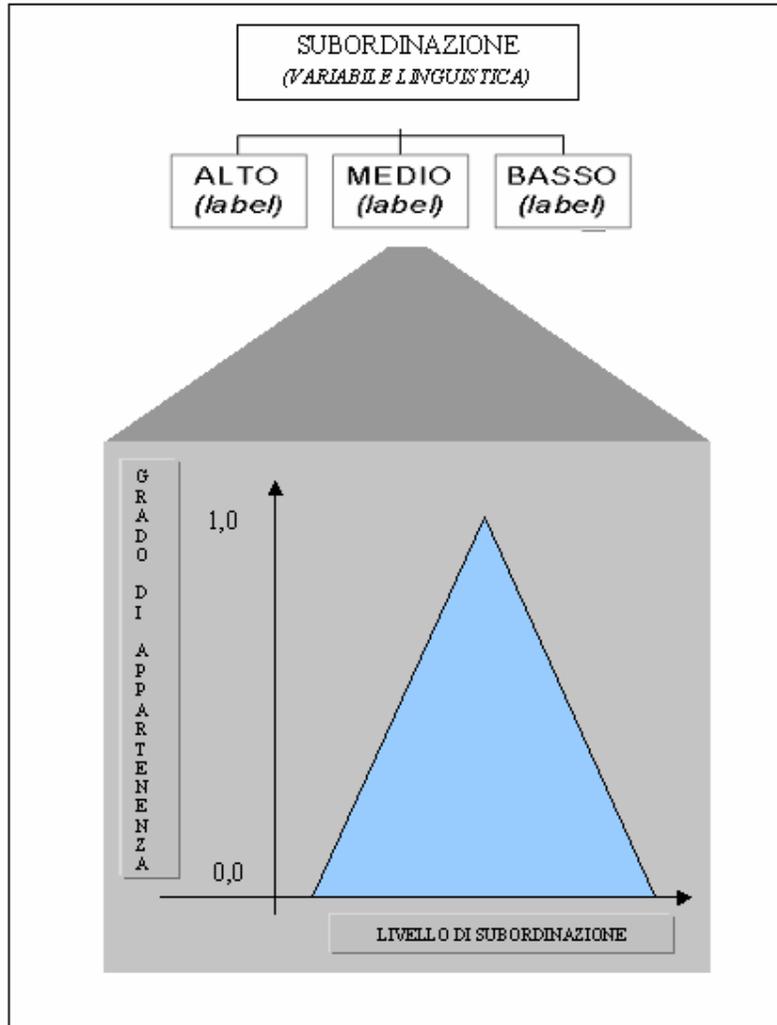


FIGURA 2- Le funzioni di appartenenza della variabile B corrente

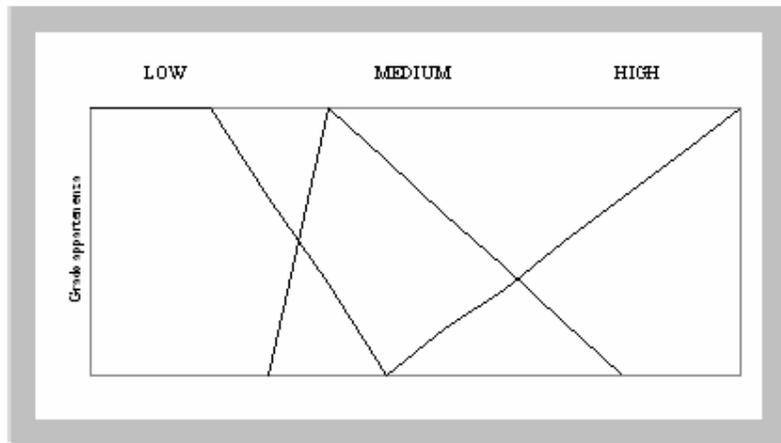


FIGURA 3- Le funzioni di appartenenza della variabile A

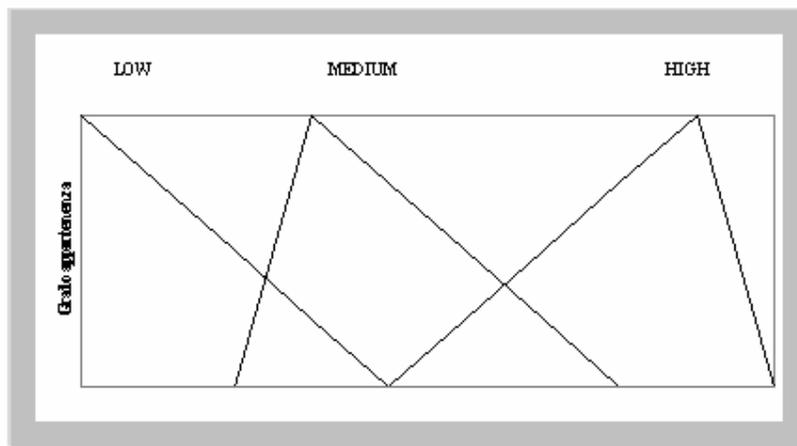


FIGURA 4- Il processo inferenziale

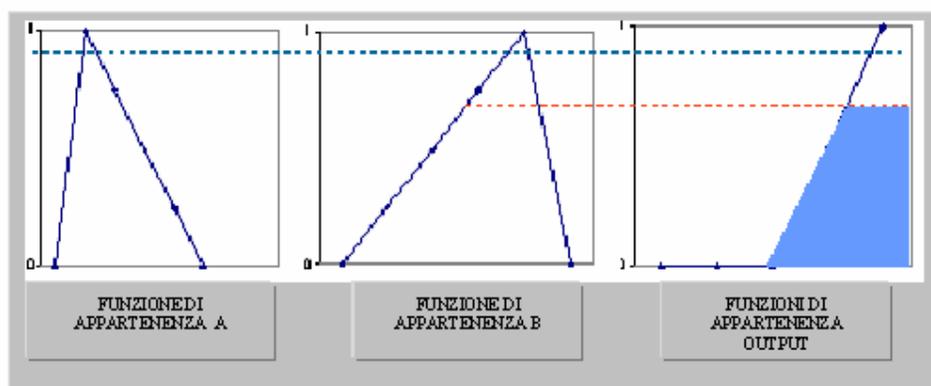
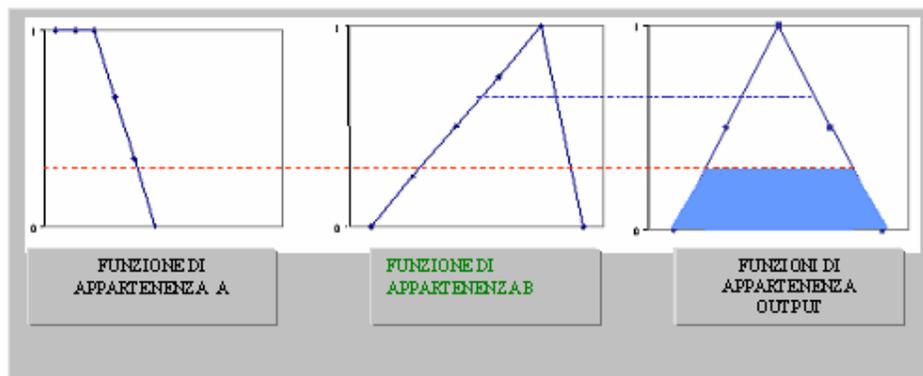


Figura 5- La definizione dell'output

