

Diritto al Diritto del lavoro. La ricerca dell'ordine sistematico. Di Pasquale Melissari

Il senso di un testo può mutare "anche da parte del medesimo interprete in diversi contesti applicativi, secondo le varie modalità e le mutevoli esigenze delle situazioni che volta a volta vengono a concretarsi nell'ambito normativo del testo"
Luigi Mengoni

In questo scritto attraverso l'esseità del diritto del lavoro (il lavoro), cercheremo di identificare il suo *pragma* (l'oggetto in questione), cercando di rispondere alla domanda: *che cosa è*; non però alla domanda: *come deve essere*¹.

La domanda assume un significato rilevante, se ricondotta al problema sollevato in dottrina sulla *crisi del diritto del lavoro*² e su ciò che questo comporta, per esempio la produzione di modelli contrattuali che non hanno accentuato la libertà contrattuale, anzi la debolezza di chi offre le proprie energie lavorative in una condizione di debolezza contrattuale, nonché la fonte di disequaglianze *"...che accentuano la frammentazione degli interessi, delle domande e dell'agire dei lavoratori coinvolti, incidendo sulla capacità del sindacato di interpretarli e, dunque, di rappresentarli efficacemente..."*

Però più che di crisi, si ritiene trattarsi di evoluzione del diritto del lavoro e dell'adeguarsi ai tempi che cambiano del suo *pragma*: *il rapporto individuale di lavoro*³.

In questo contesto l'espressione rapporto individuale di lavoro fa riferimento ad un *fatto della vita di relazione*⁴, che supera i limiti del *rapporto individuale*⁵.

Il rapporto di lavoro, *"divenuto oggetto di un diritto speciale"* che continua nondimeno ad attingere alle categorie del codice civile *"principi di riflessione sui propri contenuti di senso e di verifica della propria coerenza normativa"*⁶.

¹ Utilizzando una espressione di Hans Kelsen sulla sua dottrina pura del diritto potremmo affermare: *"E' scienza del diritto (cfr del lavoro), non già politica del diritto (cfr. del lavoro)"*.

² Il problema della crisi del diritto del lavoro si è affacciato più volte nel dibattito delle scienze giuridiche; si ricorda MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?* In RIDL 1954,I, p.9; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in Dir. Lav. 1954, I, p.160, VENTURI, *Odierni contrasti di tendenze nel diritto del lavoro*, in Dir. Lav. 1956 p.125. DURAND P. *Il diritto del lavoro nel quadro delle scienze sociali alla metà del XX secolo*, in RIDL 1958, p.193. PERA G. *Diritto del lavoro e indirizzo etico-politico*, in RIDL 1990, p.6 (che riconduce la crisi del diritto del lavoro alla contestuale crisi della società *"...proprio perché da alcuni decenni essa ha avuto l'impatto di questo nostro diritto, dei valori di cui è portatore..."*), ROMAGNOLI *Un diritto a misura d'uomo*, in RCDP, 1989, 285 spec., n.3, GIUGNI.G. *Lavoro Legge contratti*, Il Mulino 1989 p.23-24, COSSU B. *Verso il tramonto del diritto del lavoro?*, in ADILASS, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1983; GIUGNI G. *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80* in ADILASS, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1983 ed in *Lavoro legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, 31.

³ *"...è da dire che i fatti e le norme oggetto degli studi di altri giuristi soltanto per essere in costante trasformazione ed evoluzione. Caratteristica, però, che è non esclusiva del diritto del lavoro e che, comunque, è naturale quando si tratti di fenomeni connessi al mutevole assetto dell'economia e della produzione e per una legislazione costretta a tener conto di quelle trasformazione per garantire un costante ed equilibrato assetto di interessi...Così che oggetto dell'indagine del giurista del lavoro.... È un fatto che muta con l'evolversi costante delle tecniche"* PERSIANI M. *Cenni sul metodo del diritto del lavoro in Diritto del Lavoro CEDAM 2004* pg.5, già pubblicato in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche e categorie civilistiche*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Torino, 1992, p.123 ss.

⁴ SCOGNAMIGLIO R. *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Bari Cacucci, 1966, p.118

⁵ GRANDI M. voce *Rapporto di lavoro*, Enc. Dir. XXXVIII, 1987, 313.

⁶ *"...deve ormai considerarsi estromesso dal sistema generale del diritto delle obbligazioni il rapporto di lavoro, che è divenuto oggetto di un diritto speciale: un diritto che, superando un postulato dell'economia classica, è penetrato nella sfera della produzione. Ciò non significa che l'obbligazione di lavoro abbia perso ogni riferimento alle categorie del codice civile; non lo ha perduto nella misura in cui i diritti speciali o diritti secondi, come qualcuno dottamente li chiama attingono a queste categorie principi di riflessione sui propri contenuti di senso e di verifica della propria coerenza normativa..."* MENGONI L. *Obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, Milano, 1993, p. 239, fa parte altresì, con il titolo *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni*

Nella sua essenza, questo è un atteggiamento riduzionista perchè considera certi ordini di fenomeni (cfr. *il lavoro*) come soggetti alle norme giuridiche, meglio stabilite o più precise⁷, senza considerare lo stesso fenomeno come ordine di altre discipline e delle influenze che queste possono determinare al diritto del lavoro.

L'assioma, perciò, *crisi del diritto del lavoro* ci induce a riconsiderare il diritto del lavoro, o come ha scritto Santoro-Passarelli *lo spirito del diritto del lavoro*⁸, *come diritto*, ed il ruolo del giurista, *essenzialmente come un mediatore fra il fatto e il diritto*⁹, non dimenticando che il diritto del lavoro *“nel solco di un moto generale di rinnovamento della scienza giuridica in senso antiformalistico si sviluppa, a partire dalla monografia di Gino Giugni sull'ordinamento intersindacale, come una dottrina giuslavoristica indipendente dalla scienza del diritto civile, anche se ciò non vuol dire priva di connessioni con quest'ultima, e affrancata dal bisogno di ricorso alle sue categorie concettuali: quindi, una dottrina dogmaticamente più elastica, arricchita da aperture al pensiero giuridico di altri paesi, specialmente dei paesi anglosassoni, all'economia e alla sociologia del lavoro e integrata da apporti di sapere empirico, ma sempre, nelle importanti monografie apparse in questo decennio (gli anni '60 e '70) metodologicamente controllata”*¹⁰.

Ma, stranamente la crisi del diritto del lavoro diventa sempre più acuta quando il suo *spirito* si allontana sempre di più dal corpo, il diritto civile, perché quest'ultimo è divenuto il diritto della *“città vivente”*¹¹, superato dal sistema delle norme della Costituzione¹² e poi successivamente da tutta la legislazione speciale intervenuta nel tempo.

sulla parte generale delle obbligazioni, degli Scritti in onore di Rodolfo Sacco, II, Milano, 1994, p. 755; MAZZONI G. *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?* In RIDL 1954 I, pg.9 ss.

⁷ “...Come il diritto privato il diritto del lavoro che dal primo viene a distinguersi (non tanto per fregiarsi dell'etichetta, ormai sbiadita, di *droit social*, quanto per l'insana aspirazione di annettersi i rapporti di pubblico impiego)...” viene ricostruito sistematicamente da F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P.TOSI, e T.TREU nel loro manuale, edito dalla UTET, “...come un diritto della produzione e non soltanto della distribuzione (p.4) e dunque come un ramo del diritto dell'impresa secondo la prospettiva del codice civile, che vede nel prestatore di lavoro un produttore responsabile e non soltanto un contraente da proteggere contro il potere economico...” MENGONI L. *La questione della subordinazione* in RIDL 1986, I, p.6

⁸ Mentre tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda e garantisce, per il lavoratore, l'essere, cioè il bene che è condizione dell'aver e di ogni altro bene, SANTORO-PASSARELLI *Spirito del diritto del lavoro*, in Dir. Lav., 1948, p.274.

⁹ L'espressione è di Francesco Santoro Passarelli, in occasione del convegno dei Giuristi cattolici del 1952, *Riflessioni sul Convegno*, in *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*.

¹⁰ Il corsivo è di MENGONI L. *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2000, p. 189. Occorre ricordare che insieme a Gino Giugni, Giuseppe Federico Mancini è coprotagonista del processo di rifondazione del diritto del lavoro, iniziatosi tra la fine del decennio '50 e l'inizio del decennio '60, con le due fondamentali monografie su *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. VII 176 e su *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Recesso ordinario*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. VIII 438, e con la celeberrima *Prolusione* all'Università di Bologna s *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 570 596 (ripubblicato in forma ridotta, in *Il Mulino*, 1964, pp. 315 327 e in *Il diritto sindacale*, cit., pp. 190 207, nonché con il titolo *Il problema dell'art. 39 (Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes)*, in *Costituzione e movimento operaio*, cit., pp. 133 162); vedi anche PERSIANI M. *Cenni sul metodo del diritto del lavoro* in *Diritto del Lavoro CEDAM* 2004 pg.7 già pubblicato in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche e categorie civilistiche*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Torino, 1992, p.123 ss,il quale ritiene “.. che, secondo una tradizione, una disciplina giuridica è tale in quanto utilizzi il metodo dei concetti e, quanto meno, abbia come punto di riferimento le leggi e il sistema da questo costituito..Nè può dirsi... che dietro il rigore del ricorso ai concetti generali si nasconda, come una volta si diceva, l'ipocrisia dell'imparzialità del giurista...Nella nostra cultura, non può dirsi giurista chi non utilizza quel metodo o non lo sa utilizzare...”

¹¹ DACRUZ E.B. *Presupposti politici e criteri tecnici nell'elaborazione del diritto del lavoro*, in RIDL 1963 p.3,

¹² “Lo spirito del diritto del lavoro nella nuova Costituzione si deduce dal netto contrasto fra i principi del vecchio e quelli del nuovo ordinamento statale del lavoro... Ma la Costituzione non ha risolto il problema della successione dei due ordinamenti, sia per l'astratta genericità e programmaticità evidente di molte sue norme, sia per la mancata attuazione legislativa dei principi costituzionali del lavoro quali quelli degli artt. 4, 39,40 e 46...” MAZZONI G. *Manuale di diritto del lavoro* Giuffrè 1969, pg.31. La Costituzione viene vista come contenente un preciso sistema di valori (libertà, dignità, eguaglianza, principio dello Stato di diritto, dello Stato sociale, principio democratico) che si pongono quale indirizzo di tutto il diritto positivo. Questi valori acquisiscono, con la costituzionalizzazione, una dimensione obiettiva e materiale: ciò significa, in primo luogo, che tali valori sono indipendenti dalla mutevole volontà

Da ciò possiamo delineare *due spigolature*: una, secondo cui il diritto del lavoro dovrebbe essere considerato un *genus* e non una *species* e si dovrebbe rinunciare alle antiche norme per adottarne altre più vicine ai complicati rapporti economici contemporanei, caratterizzando sempre di più l'aspetto sociale del diritto del lavoro. Quindi, diritto del lavoro come diritto sociale, un grande contenitore, dove ricondurre non solo l'aspetto privatistico, ma anche quello pubblicistico della materia. L'*altra*, secondo cui il diritto del lavoro dovrebbe mantenere immutato il sistema così come si è sviluppato sin dalle sue origini e fino ai nostri giorni, integrandolo o correggendolo man mano con leggi sociali, di carattere contingente e variabile.

In tal senso risulterebbe giustificabile il rapporto tra tipo e sottotipo che è un rapporto di genere a specie, per cui il sottotipo si configura per addizione di uno o più elementi a quelli propri del tipo¹³.

Certo è, che il diritto del lavoro c'è già, costruito e praticato dalla dottrina, come una *unità sistematica*¹⁴, comprendendo il complesso di norme, privatistiche e pubblicistiche, che lo riguardano indipendente dalla loro collocazione nel codice civile oppure in leggi speciali protettive¹⁵.

Questa unità si svolge in una *parte generale* ed in una *pluralità di parti speciali*¹⁶. I due aggettivi, *generale* e *speciale*, stabiliscono una relazione, appunto di genere a specie.

La parte generale eredita e consolida la *tradizione dottrinale del diritto civile, quale si è svolta, negli ultimi due secoli, con piena indipendenza da testi e ordini legislativi. Lo stile è, perciò, dogmatico e definitorio, assertivo e concettuale. Di fronte alla parte generale stanno le parti speciali, obbedienti di massima all'ordine del codice civile, mutevoli secondo lo sviluppo legislativo, dettate con stile esegetico e didascalico. La parte generale enuncia e definisce; le parti speciali spongono e spiegano*¹⁷, e regolano la formazione, l'attività e la tutela professionale del lavoratore nonché le garanzie contro i rischi fisici ed economici della sua professione¹⁸.

Quindi, il diritto del lavoro, unitariamente inteso, soggiace alla *tradizione dottrinale del diritto civile*. Questa tradizione, generatrice di concetti e schemi classificatori, si è svolta e consolidata insieme con il diritto pubblico, espandendosi, di volta in volta secondo i bisogni e i rapporti provenienti dalla società e dall'economia.

Tanto è *statica* la parte generale del diritto del lavoro, altrettanto è *dinamica* la parte speciale; in effetti ciò che muta nel tempo sono le parti speciali, mentre la parte generale grazie a quest'ultima acquista sempre di più autonomia ed identità.

La parte generale, attraverso i principi fondamentali, si ripara dal flusso decodificante delle leggi speciali o delle norme comunitarie; la parte speciale si immerge nella attualità delle novità

delle maggioranze politiche; in secondo luogo che, per la loro superiorità di rango, spetta anche alla giurisdizione ordinaria la loro tutela al di là ed anche contro la lettera della legge.

¹³ CATAUDELLA A. *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, DL, 1983, pp.77ss.. NOGLER L. *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato* in RIDL 1990 p.182 ss.

¹⁴ "La formazione storica del diritto del lavoro dimostra come dalle norme di diritto privato, di carattere generalissimo, riguardanti i rapporti reciproci tra datore di lavoro e lavoratore, nel contratto di lavoro, si sia passati ad una tutela "personale", di carattere pubblicistico, del lavoratore; vale a dire alla tutela economico-fisica e morale del prestatore di lavoro con norme che lo seguono in tutti gli aspetti della sua vita giuridica di lavoratore. La premessa storico-giuridica ci mostra, quindi, come il diritto tuteli non il prodotto dell'attività di lavoro, ma l'atto del lavoro, seguendo il corso della vita dell'uomo che lavora e produce beni economici o servizi a favore di altri". MAZZONI G. *Manuale di diritto del lavoro* Giuffrè 1969, pg.21.

¹⁵ La dottrina italiana e straniera è oramai unanime nel considerare questa unità sistematica del diritto del lavoro. I noti volumi di SANTORO-PASSARELLI, PERGOLES, NAVARRA, RIVA SANSEVERINO, PROSPERETTI, ARDAU, CORRADO, SCOGNAMIGLIO, MAZZONI, accolgono, ormai, tale criterio unitario. Anche BARASSI nel suo *Trattato* del 1957 in tre volumi parla di unità organica del diritto del lavoro rilevando che le leggi protettive della previdenza sociale prospettano il lavoro in potenza e non in atto (Vol.I, 4).

¹⁶ Per la dottrina che propende per la specialità del diritto del lavoro ved. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, Riv. Giur. Lav., 1960 p.383 e ss.

¹⁷ Il corsivo è di IRTI N. *Il ritorno alle "Istituzioni di diritto civile* in Giur. comm. 1998, 2, 151.

¹⁸ MAZZONI G. *Manuale di diritto del lavoro* Giuffrè 1969, pg.22.

delle fonti e delle discipline. L'una teme le *eccezioni*, l'altra si sviluppa attraverso le eccezioni e si apre alla *spazialità economica*, ossia ad un mercato senza frontiere interne.

Ecco che mentre i rapporti di lavoro conservano caratteristiche di *personalità*, i rapporti commerciali *si collegano intimamente alla produzione in serie, che determina, a sua volta, negozi giuridici in serie*.¹⁹ Tutto ciò produce una contrapposizione fra una individuale soggettività e una funzionale oggettività, caratterizzata da *meccanismi giuridici di massa, che hanno soltanto il dovere di "funzionare"*.

I rapporti di massa si collocano ormai nel quadro giuridico dei mercati dei singoli beni.

I rapporti di lavoro, così come i rapporti commerciali, presuppongono, non tanto l'impresa, quanto il *mercato*, cioè una pluralità di soggetti produttori e di consumatori²⁰.

La flessibilità ed anche il c.d. lavoro sommerso sono forme di questi fenomeni, perché il lavoro, nella sua complessità, è una merce particolare e lo scambio di lavoro può essere considerato solo se si scambia *disponibilità lavorativa e non prestazione lavorativa*.

Considerare solo la disponibilità lavorativa e non anche la prestazione lavorativa, significa però ipotizzare la totale separabilità tra soggetto lavoratore e contenuto/oggetto del lavoro.

Infatti, a differenza di tutte le altre merci, la merce "*disponibilità lavorativa*" non è "fisicamente" separabile dall'agente che ne è detentore, ed allora il lavoratore deve necessariamente separarsi da questa *disponibilità lavorativa* che diviene prodotto separato dal produttore, è una merce rivale, perché una volta offerta ad un datore di lavoro, non può essere offerta contemporaneamente ad un altro datore di lavoro.

Secondo Andrea Fumagalli la rivalità sul mercato del lavoro produce *alienazione*. Ma con il termine *alienazione* non si può far riferimento solo alla mera disponibilità lavorativa ma soprattutto al contenuto della prestazione lavorativa²¹.

Nello scambio di lavoro, ciò che avviene non è, quindi, uno scambio effettivo di diritti di proprietà (*potere*), ma piuttosto uno scambio di disponibilità (*potenza*).

Il fatto che non ci sia un passaggio di diritti di proprietà, implica che chi usufruisce della disponibilità lavorativa, non ne può fare ciò che vuole, come in una merce di sua proprietà, per esempio distruggerla.

E' l'esito della *bioeconomia*²², dove tutto l'essere umano entra in produzione, non più solo tramite i muscoli e le braccia, ma sempre più con la sua capacità celebrare e relazionale (di rete). Il lavoro immateriale è presente in forme sempre più massicce in tutte le attività corollarie alla produzione materiale pura e semplice, sempre più demandata alle macchine²³, anzi all'uso della tecnologia sempre più *soft*, che *hard*.

¹⁹ Il corsivo è di IRTIN. *Il ritorno alle "Istituzioni di diritto civile op.cit. 151.*

²⁰ "... Abbiamo detto che, in un ambito di "produzione di denaro a mezzo di merci", ciò che si scambia sul mercato del lavoro è la "disponibilità lavorativa", non il lavoratore o lavoratrice. C'è in qualche modo separazione tra "oggetto" del lavoro, ovvero la disponibilità lavorativa scambiata sul mercato del lavoro, e "soggetto" del lavoro, ovvero l'essere umano che dispone di capacità lavorativa. Tutto il discorso marxiano dell'alienazione nasce da questa separazione. Se la disponibilità lavorativa, esito di una scelta formalmente libera anche se di fatto costretta dal ricatto del reddito, è, nell'accezione capitalista (oggi si direbbe neoliberaista) merce, può essere considerata merce solvibile, seppur particolare, in quanto ha un prezzo di mercato e presuppone "rivalità d'uso....." FUMAGALLI A. *Scambio di lavoro, conoscenza, bioeconomia*, 2005 in <http://economia.unipv.it>

²¹ FUMAGALLI A. *Scambio di lavoro, conoscenza, bioeconomia*, 2005 op.cit.

²² "...Le modificazioni nella struttura di accumulazioni nei paesi occidentali implicano sempre più un processo produttivo fondato sulla produzione di conoscenza come strumento principale per la creazione di valore aggiunto. Il lavoro ad esso associato è sempre più caratterizzato da elementi immateriali legati all'attività esistenziali e cognitive sempre meno separabili dal corpo. Ciò che nell'epoca fordista era l'"oeconomicus" oggi tende sempre più a diventare "bio-oeconomicus", dove tutte le attività esistenziali sono funzionali e utili al meccanismo di produzione. Il processo di accumulazione è sempre più caratterizzato e implementato da un grado di pervasità che va a supplire quasi tutte le attività umane. La stessa distinzione classica tra produzione e riproduzione, consumo e produzione, tempo di vita e tempo di lavoro/produzione tende a perdere significato..." FUMAGALLI A. *Scambio di lavoro, conoscenza, bioeconomia*, 2005 op.cit

²³ FUMAGALLI A. *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto* in Riv. Giur. Del Lav. e della Previdenza Sociale Anno LII-2001 n.3 pg.220 e ss.

La prestazione di lavoro immateriale è per definizione prestazione individuale e unica, così come unici sono il cervello e l'esperienza dell'individuo. E' la forma lavorativa più flessibile per eccellenza. E' tuttavia anche la forma di attività meno controllabile e, quindi, potenzialmente meno soggetta alle gerarchie del rapporto capitale-lavoro²⁴.

A livello giuridico-formale, si assiste al prevalere di contrattazione individuale al posto di quella collettiva, processo questo che è facilitato dal fatto che l'individualizzazione della prestazione lavorativa è legata alle attività cognitive-linguistiche (per definizione, individuali) che consente di individuare il rapporto del lavoro.

Ecco che il legislatore tenta di normare la flessibilità, prima con il c.d. pacchetto Treu e poi con la c.d. Legge Biagi, invece regola il processo di flessibilizzazione del lavoro oggi in atto, attribuendo di fatto al diritto del lavoro un ruolo strumentale alla definizione delle gerarchie di mercato, sulla base di un potere contrattuale non distribuito in modo eguale tra le parti in gioco.

In quest'ottica, il ruolo del diritto del lavoro, risulta essere subalterno al ruolo dell'economia e del mercato, svolgendo solo attività definitoria e non normativa²⁵.

Diversamente, la tensione che si determina tra parte generale e parte speciale del diritto del lavoro, è il riconoscimento che ai principi contrattualistici, basati sullo scambio, quelli del libro V del codice civile, vengono sovraordinati quelli costituzionali orientati verso la natura associativa-collaborativa-organizzativa, anziché di scambio²⁶.

E così, da un lato, la parte generale, elaborerà *principi funzionali* al servizio delle fonti (cfr. *contratto*); e, dall'altro lato, le parti speciali, sempre più varie e mutevoli, attingeranno dalla parte generale categorie e schemi, capaci di garantire la continuità e la stabilità del diritto del lavoro, elaborando principi funzionali al servizio del rapporto.

Sotto il profilo della *ratio*, ciò segna il passaggio dal contratto di lavoro²⁷ (*libertà formale*), al rapporto di lavoro (*libertà sostanziale*).

Del resto la nostra Costituzione non è fondata sulla proprietà ma sul lavoro, dove la libertà del lavoro, la libertà nel lavoro, la libertà al lavoro divengono e devono divenire effettive e con queste tutti i principi in essa contenuti²⁸.

Ciò è rilevabile anche dal conflitto dei principi *esistenti nel sistema* (cfr. *entropia del sistema diritto*).

Secondo Mengoni "...la ristrutturazione è possibile fino a quando si tratti di sostituire a un unico principio, incorporante una serie di eccezioni, una articolazione di principi ciascuno con un proprio campo di applicazione, diversi tra loro, ma non contraddittori. Due principi che si contraddicono non possono appartenere al medesimo sistema, per esempio il principio di temporaneità del vincolo obbligatorio, che nei rapporti di durata a tempo indeterminato comporta

²⁴ FUMAGALLI A. *op. cit.* pg.227-228

²⁵ Si pensi ai nuovi modelli di impiego ed utilizzazione flessibile della forza lavoro, che tendono a standardizzarsi in tutto il mondo economico globalizzato, sono stati più volte ricondotti alle logiche mercificate dell'organizzazione del lavoro delle origini dell'industrializzazione

²⁶ Secondo Mattia Persiani, il diritto del lavoro non è solo un diritto di tutela del lavoro subordinato, dilatabile a tutto scapito dell'impresa, non foss'altro perché vive e sopravvive in simbiosi con l'impresa stessa. Il diritto del lavoro si immette nel diritto dell'economia, dove l'impresa è vista come fattore propulsivo di sviluppo, quindi di lavoro e di reddito: ucciderne la razionalità operativa vuol dire prosciugare la fonte stessa della crescita occupazionale e professionale della classe lavoratrice. PERSIANI M. "Diritto del lavoro e razionalità", 1995 e rispettivamente "Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico" 2000 entrambi pubblicati sulla rivista *Argomenti di diritto del lavoro*..

²⁷ Il contratto di lavoro altro non è se non un contratto di scambio, le cui obbligazioni corrispettive hanno ad oggetto, da un lato, la retribuzione e, dall'altro, la prestazione intellettuale o manuale, quindi sotto il profilo economico, un contratto di scambio in cui, tramite corresponsione di un 'prezzo', viene acquisita – nella pura logica dell'economia capitalistica – la merce/lavoro, la cui intrinseca utilità materiale costituisce di per sé il risultato immediato atteso dal creditore

²⁸ "E' noto che il codice civile fu emanato in relazione ai principi della Carta del Lavoro premessa allo stesso codice, che di essa costituì, appunto, l'attuazione" MAZZONI G. *Manuale di diritto del lavoro* Giuffrè 1969, pg.31.

il diritto di ciascuna parte di recedere in ogni momento con congruo preavviso, e il suo opposto...."²⁹.

Infatti, il giuslavorista oggi adempie "il suo munus di scienziato e di maestro redigendo un breviario di nozioni purificatissime e contempla l'usura del mutamento e prende coscienza che il diritto altro non è che un "circuito senza interruzione fra fatto e norma"; l'adesione ai fatti immerge la regola giuridica nella società e ne sottolinea l'intima socialità"³⁰, perché il binomio "diritto-valori" rappresenterebbe una sintesi efficace del suo impegno di giurista e di uomo³¹.

Da quanto sopra detto non ci resta che prendere atto che la crisi del diritto del lavoro è una crisi metodologica, in cui si dibatte la scienza giuridica da sempre³².

Essa, pone fondamentalmente due problemi tra loro connessi: a) elaborare un modello di argomentazione giuridica, che renda esplicite le valutazioni dell'interprete, per loro natura non sono verificabili con certezza e le assoggetti a un controllo razionale in modo da garantirne l'oggettività e quindi la plausibilità sociale; b) definire il rapporto di questo metodo con la dogmatica giuridica, cioè col pensiero sistematico³³.

Diventa necessario, quindi, pervenire ad una scienza filosofica del diritto del lavoro, accanto alla scienza del diritto del lavoro, perché, per dirla con Luigi Mengoni, "...il pensiero giuridico non può muoversi esclusivamente sul piano dei concetti, ma deve farsi mediatore tra il concetto e la forma ideale dell'istituto giuridico, la quale non può essere colta se non nella concretezza dell'esperienza giuridica... mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico, e insieme come strumento selettivo, entro limiti compatibili con le possibilità di decisione del sistema, del flusso crescente di informazioni proveniente dall'ambiente sociale circostante"³⁴.

Non dimenticando che oggi non ci si può limitare ad essere dei tecnici della formazione o interpretazione delle norme, ma è necessario illustrare la portata delle norme medesime, attraverso l'ambiente in cui si applicano, *attraverso la norma giuridica, superare la norma stessa per giungere a conoscere il rapporto giuridico che vive in una realtà sociale e non solamente nei concetti elaborati dai giuristi, meri aspetti formali*³⁵.

Tutto ciò è coerente con quanto affermato da Hegel nei *Lineamenti della Filosofia del Diritto*.

Infatti, secondo il filosofo la scienza filosofica del Diritto (cfr. *del lavoro*) ha per oggetto l'*Idea* di diritto. Il concetto e la realizzazione del concetto di diritto (cfr. *del lavoro*). Cioè la *forma* e la *figurazione* dell'*Idea* di diritto (cfr. *del lavoro*). La *forma* del Concetto o *Idea* di diritto del lavoro è la sua forma logica; così come noi ora la esponiamo e la concepiamo. La *figurazione* dell'*Idea* di diritto (cfr. *del lavoro*) è la realizzazione del diritto nella realtà storica, il suo processo di realizzazione.

²⁹ MENGONI L. *Obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, Milano, 1993, p. 239, fa parte altresì, con il titolo *I cinquant'anni del codice civile: considerazioni sulla parte generale delle obbligazioni*, degli *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 755.

³⁰ GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000 p.302.

³¹ "Prima el giurista che analizza il dato giuridico lavor nasce il riformatore sociale, che si occupa del diritto del lavoro perché deve risolvere la questione sociale della posizione del lavoratore subordinato" DACRUZ E.B. *Presupposti politici e criteri tecnici nell'elaborazione del diritto del lavoro*, in RIDL 1963 p.5

³² MAZZONI G. *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?* In RIDL 1954 I, pg..9 ss.

³³ MENGONI L. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico in Jus*, 1976, p. 3 ,ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 ss.; p.28.

³⁴ MENGONI L. *Prefazione* alla raccolta di saggi *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. IX.

³⁵ "...Il giurista non può trascurare la rilevanza che il diritto del lavoro ha per la scienza economica....Per altre vie il giurista perviene al campo della scienza politica....Ma è in particolare con la sociologia che il diritto del lavoro ha interessi comuni...Infine al giurista, preoccupato dall'organizzazione armonica dei rapporti di lavoro, è indispensabile la conoscenza della psicologia del lavoratore...L'unità del mondo naturale dato all'uomo, l'unità del mondo sociale creato dall'uomo..." , DURAND P. *Il diritto del lavoro nel quadro delle scienze sociali alla metà del XX secolo* 1958, I p.199-201.

L'*Idea*-concetto diritto del lavoro, contiene entrambe le determinazioni (razionale e reale). Per *Idea* si intende proprio l'unità di concetto e realtà. L'*Idea* è quel concetto che si conferisce la realtà da se stessa, ossia è quel procedere razionale che dà senso alla realtà; ricomprende in sé la realtà che permane e che non è transeunte.

Questa corrispondenza fra realtà e concetto (nell'*Idea*) è la stessa corrispondenza fra *forma* semplicemente concettuale e *figurazione* (cfr. *rappresentazione*) del concetto nel corso della sua realizzazione³⁶.

Il diritto ha un ruolo specifico: "*di mediazione fra la realtà economica e un determinato sistema di valori morali*" fatto proprio dalla Costituzione e più precisamente di contribuire al raggiungimento di "*un ordine sociale giusto che assicuri a ciascuno una posizione corrispondente alla sua specifica partecipazione alla comunità economica*"³⁷

Quindi, fra contratto come forma e rapporto come figurazione/rappresentazione.

Del resto la nozione del fenomeno giuridico lavoro, (cfr. come *fatto giuridico*), da come si evince dal diritto positivo (artt.2092-2094 c.c.) e da come è stato definito dalla prevalente dottrina, "...è rapporto individuale in virtù del quale una persona mette a disposizione di un'altra, su base contrattuale, in tutto o in parte, le proprie energie lavorative, al fine di ottenere in cambio una determinata retribuzione, che diventa perciò la causa giuridica del rapporto.."38.

Occorre anche considerare che in tale nozione si coglie la presenza immediata del fatto economico nella regola giuridica³⁹, che potrebbe costituire un motivo di turbamento nella applicazione della norma, *riproponendo l'eterna questione della certezza e della giustizia del diritto*⁴⁰, perché il diritto del lavoro opera quale strumento di nuovi criteri di distribuzione di ricchezza attuando con la *preordinazione del contenuto dei contratti individuali una specie di pianificazione di essi*, finalizzata alla ripartizione del *prodotto sociale che di volta in volta si andrà realizzando*. Più ripartizione di tale prodotto sociale si concretizza nella società, più verranno realizzate le capacità di partecipazione all'esperienza civile della comunità dei lavoratori, con un benefico effetto sociale e politico per l'intera comunità e per lo sviluppo concreto della democrazia.

Uguaglianza, quindi, nelle concrete possibilità di esercizio dei diritti e nelle condizioni di adempimento degli obblighi.

Inoltre, dalla tutela legislativa che emerge a livello costituzionale, si deduce che il costituente ha considerato i lavoratori subordinati come delle categorie economiche sottoprotette nelle reali ed attuali condizioni della vita sociale e, quindi, bisognevoli di una tutela riequilibratrice delle condizioni stesse.⁴¹

Così si identifica un modello di lavoratore che si è sviluppato nel secondo dopoguerra nei paesi a capitalismo avanzato: *un lavoratore subordinato a tempo indeterminato, figlio dell'organizzazione del lavoro*.

In quanto tale il diritto del lavoro è espressione di specifici interessi economici, che necessitano di adeguata protezione, in quanto prevalgono due principi essenziali: da una parte, la

³⁶ HEGEL *Lineamenti della Filosofia del Diritto* edizione italiana curata da V. Cicero (Rusconi, Milano 1996)

³⁷ MENGONI L. *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in *Diritto e valori*, cit., p.155.

³⁸ ROBERTI G. *Espansione e sviluppo del diritto del lavoro*, in *RIDL* 1964 p.31

³⁹ "Il rapporto tra diritto ed economia ha sempre interessato, tra gli altri, due campi principali: la regolazione/definizione dei mercati produttivi e la regolazione/definizione della prestazione lavorativa. Abbiamo usato due termini, regolazione e definizione, non perché essi siano sinonimi, ma perché indicano due "modus operandi" di diversa intensità (e quindi fra loro sostitutivi) dell'agire giuridico nell'analisi dei rapporti di scambio fra agenti diversi...Con il termine definizione, il diritto si limita a definire in un contesto storicamente determinato la figura giuridica degli agenti economici...Con il termine regolazione, invece, il diritto procede a inquadrare in un sistema di norme più o meno esteso l'operatività degli agenti economici..." FUMAGALLI A. *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, LII, 2001 n-3 Ediesse p.219

⁴⁰ Il corsivo è di PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in *RIDL* Milano 1962 pg.50.

⁴¹ PERGOLESI F. *Principi costituzionali di diritto del lavoro* in *RIDL* 1959 p.227

protezione dell'uomo, dall'altra il fine economico del c.d. *massimo sociale*, cioè del migliore "bene comune" realizzabile in una data collettività⁴².

Declino o evoluzione di un modello di diritto del lavoro a seguito della cd. *flessibilizzazione del mercato*, oppure declino o evoluzione della definizione dei soggetti giuridici del lavoro in quanto agenti nel mercato del lavoro o crisi del modello giuspositivistico, perché essenzialmente fondato sulla dogmatica giuridica?

La suddetta crisi del diritto del lavoro ha sicuramente radici nella società, ma ancor di più nella crisi del modello giuspositivistico, di cui il diritto del lavoro trae linfa vitale.

Infatti il modello giuspositivistico, entrato in crisi alla fine degli anni Sessanta, ha consentito a diversi autori di orientarsi, anche se a volte in maniera un po' schematizzata, nello studio della materia, producendo un *modello formale del diritto del lavoro*, cioè una teoria che studia il diritto nella sua struttura normativa, indipendentemente dai valori cui questa struttura serve e dal contenuto che essa racchiude.

Un'ulteriore caratteristica del dibattito giuslavoristico-giuspositivistico contemporaneo è, poi, *il notevole ampliamento dell'ambito tematico*: accanto alle problematiche tradizionali, che dalla teoria del contratto a quella della subordinazione, dalla teoria del rapporto di lavoro alla flessibilità, il giuslavorista è oggi sempre di più impegnato nella trattazione di questioni specialistiche, che lo vedono a fianco di interlocutori che nulla hanno a che vedere con la scienza del diritto (politici, sindacalisti, ecc.).

Diversamente, il diritto del lavoro collocandosi sul piano dei fatti apre per un verso, al mondo dei valori etico-politici e, per l'altro, appunto al mondo dei fatti, con l'obiettivo di trovare criteri di giudizio di ordine morale per decidere in diritto e in politica.

L'attacco dei gruppi terroristici ad alcuni dei giuslavoristi impegnati nelle riforme è appunto il segno di questo cambiamento

Purtroppo ogni rivoluzione ha i suoi martiri!

Occorre acquisire la consapevolezza che "...*gli ordinamenti giuridici non possono essere ridotti a mere strutture normative e che accanto alle norme (rule) esistono i principles, che vanno al di là del diritto statuito, in quanto si riferiscono a scopi (quali il benessere della comunità) o valori (tra cui i diritti individuali). Essi rappresentano uno standard che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica, o sociale) desiderata, ma in quanto è un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale.*"⁴³

I principi rispetto alle regole che possono essere mutate solo in forza di una deliberazione, sono validi in quanto corrispondono a esigenze morali sentite in un particolare periodo e il loro peso relativo può mutare nel tempo.

Perciò, è necessario tener in conto come la scienza del diritto caduta la rigida distinzione tra diritto e morale che aveva caratterizzato il diritto sino ad Hart, apre a questioni con forte ricaduta politica e morale, ed il diritto del lavoro in questo contesto, deve concepire lo sviluppo proprio e immanente del suo oggetto.

Dunque, la domanda: *diritto al diritto del lavoro? Ed ancora, quale diritto?*

Il diritto, in quanto tale, è un *dato assiologico con connotati etico-politici*. Questo, è il punto di partenza dello sviluppo scientifico del diritto del lavoro, poiché il *dato assiologico con connotati etico-politici*, è il risultato di una precedente dimostrazione che cade fuori dalla scienza del diritto.

E' considerato dalla scienza del diritto, un dato oggettivo esterno di cui riappropriarsi.

Infatti, i grandi temi del dibattito contemporaneo sono tornati ad essere a livello internazionale, *la giustizia, i diritti fondamentali dell'uomo, l'imparzialità o neutralità dello Stato*.

⁴² PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in RIDL Milano 1962 pg.43.

⁴³ DWORKIN R. *Taking Rights Seriously*, London, 1977 (tra. It. Par., a cura di REBUFFA G. *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982 p.90

Tutto ciò determina la rottura con un giuspositivismo che Scarpelli indica come “*una faccia della tecnica politica che vuole realizzare il controllo sociale mediante una produzione regolata di norme generali ed astratte*” di quella tecnica politica, cioè, che è propria dello Stato moderno.⁴⁴

Ma il diritto non è un sistema chiuso e indipendente; esso è sottosistema che sta accanto, e in parte si sovrappone e in parte si contrappone, ad altri sottosistemi (economico, culturale, politico) e ciò che lo distingue dagli altri come dice Bobbio, è la sua *funzione*⁴⁵.

Il che significa, che non è possibile delimitare il diritto del lavoro dal valore lavoro e l'*homo faber* dal valore persona e quindi il concetto di individuo con quello di lavoratore⁴⁶.

Infatti, secondo Hegel⁴⁷ il problema della scienza del diritto non è di dire la verità del diritto (dell'eticità, dello Stato etc.) ma di fornire forma razionale a questo contenuto *dato assiologico con connotati etico-politici*, (cfr. *valore-lavoro*).

E' dunque, vano voler cercare il diritto del lavoro unicamente nelle leggi. In margine alle leggi, vi è un vasto terreno lasciato al dato assiologico in predicato, che supplisce al silenzio della legge.

V'è soprattutto “...*il diritto autonomo, cioè l'insieme delle norme elaborate dai rappresentanti degli interessati (lavoratori e datori di lavoro) e la cui applicazione s'impone alle parti esattamente come quella di una vera e propria legge imperativa che escluda la libertà contrattuale. La forma tipica di questo diritto autonomo s'incontra nella tecnica del contratto collettivo...*”⁴⁸.

Certamente, c'è un rapporto di contraddizione fra il diritto universalmente noto e la forza del pensiero libero che vuole comprenderlo razionalmente e non accettarlo passivamente, ma il problema della libertà in rapporto allo Stato può essere risolto, nella misura in cui il mondo etico e lo Stato non possono costituire un problema per la ragione, in quanto sono prodotti di ragione⁴⁹.

Infatti è la “ragione”, che ci avverte che il contratto collettivo è essenzialmente un regolamento, dipendente dal diritto oggettivo, un insieme di norme destinate a regolare un settore particolare della vita economica e sociale e a imporsi a tutti coloro che lavorano in questo particolare settore.

E' attraverso il contratto collettivo che il sistema si adegua alle diverse e mutevoli esigenze del mondo economico.⁵⁰

⁴⁴ SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p.131. ved. anche BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965 ed anche SCARPELLI U. *L'etica senza verità*, Bologna, 1982.

⁴⁵ Secondo Bobbio la teoria formale del diritto è tutta orientata all'analisi della struttura degli ordinamenti giuridici ed ha trascurato l'analisi della loro funzione. Pertanto data l'insufficienza della teoria strutturale vi è una necessità di una “*teoria funzionalistica del diritto*”. BOBBIO N. *Dalla struttura alla funzione*. Milano 1977, p.8.

⁴⁶ “.....Ne deriva una situazione che tecnicamente si esprime in istituti protettivi o di favor verso l'uomo che lavora; ed anzi si tende a considerare il lavoro, secondo una concezione un po' mitica, come l'espressione più completa della personalità dell'uomo. In tal modo la protezione del lavoro si presenta come protezione e come pieno riconoscimento del valore umano del soggetto giuridico fino alla identificazione dell'uomo nel «lavoratore». D'altra parte, questa situazione di favore o di privilegio si aggiunge ad altre già formate da secoli per vari altri interessi, che, in un intreccio multiforme, costituiscono una complessa sedimentazione eterogenea nell'ordinamento giuridico....” PROSPERETTI U. Lavoro (fenomeno giuridico) [XXIII, 1973] Enciclopedia del diritto Giuffrè.

⁴⁷ HEGEL *op.cit.*

⁴⁸ “...*Per principio il contratto collettivo ha per risultato quello di limitare la libertà contrattuale nella misura in cui il contratto è destinato ad imporsi ai rapporti privati tra datori di lavoro e salariati. Si può dire che è questa la ragion d'essere del contratto collettivo, più specialmente per quanto si riferisce al tasso dei salari, il contratto di lavoro è sottratto nella stessa misura al libero arbitrio degli interessati...*”, GOETHEM van M.FERNAND *Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro* in RDIL 1950, p. 268 e ss.

⁴⁹ HEGEL *op.cit.*

⁵⁰ PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in RIDL Milano 1962 pg.64.

Quindi, è un errore pensare che la libertà contrattuale, vincolata sul piano del contratto individuale di lavoro (cfr. *determinazione razionale*), si ritrovi e riprenda il suo imperio sotto altra forma sul piano del contratto collettivo (cfr. *determinazione reale*), perché entrambi presuppongono per la loro validità ed appartenenza al sistema una *norma posta da una autorità costituzionalmente a ciò deputata*.

Pertanto, quando per esempio, si parla di flessibilità bisogna tener presente il ruolo che gioca nella produzione del diritto, il “*diritto autonomo*” (cfr. *la determinazione reale*), perché *la via della legge imperativa non può bastare*.

Infatti, “...è evidente che la libertà (cfr. *contrattuale*) conserva la sua utilità: in certi campi è desiderabile la sua conservazione e, persino, il suo sviluppo. Poiché una disciplina troppo rigida e troppo minuta può a sua volta comportare degli abusi ed il dirigismo non è sempre sinonimo di progresso reale. Vi è una misura da conservare. L’eterno problema resta quello di conciliare l’armonia della libertà e della legge, permettendo all’una e all’altra di contribuire alla giustizia e al benessere, secondo le diverse concrete esigenze..”⁵¹

Non sappiamo se a questo punto, abbiamo risposto a tutte le domande, ma sicuramente, abbiamo raggiunto un obiettivo: quello di offrire un contributo al dibattito ormai aperto nella scienza del diritto sulla crisi del lavoro, sempre più visto come un “*fenomeno della vita sociale esaminato nella sua disciplina giuridica*”⁵². È un caso tipico di “filologica” decostruzione di un testo per ricavarne un altro, con incerti elementi indiziari, soggettivamente aperti a ogni avventura congetturale.

Ed ancora, un'altra domanda: *che cosa deve intendersi con l'espressione diritto del lavoro*.⁵³

La risposta è contenuta in altro interrogativo: il diritto del lavoro è un sistema giuridico formalizzato?

La domanda che formuliamo è il nostro tema conduttore, e ci consentirà di trovare i termini giusti per comporre un quesito il meno confutabile possibile, spogliandolo di quei termini che possano essere un facile appiglio per eventuali confutazioni.

La questione dal punto di vista giuridico, può apparire più di forma che di sostanza; ma in materia di sistemazione e di ordinamento giuridico la forma, può assumere l'importanza della sostanza stessa, secondo il brocardo *forma dat esse rei*⁵⁴ (cfr. *la forma mette in vita il negozio*).

Molto spesso le divergenze su temi specifici, dipendono da divergenze di fondo negli approcci epistemologici, metodologici o valutativi al diritto, con grave danno per la chiarezza e la

⁵¹ GOETHEM van M.FERNAND *Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro* in RDIL 1950, p. 278.

⁵² NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro*, Napoli, 1962.

⁵³ “È evidente l'utilità della precisazione di questa espressione, in quanto molto controversi sono stati, nella dottrina italiana e straniera, l'oggetto e i limiti di questa disciplina”, MAZZONI G. *Manuale di diritto del lavoro* Giuffrè 1969, pg.22.

⁵⁴ “...Según esto, la primera operación de la forma es sustanciar o dar el ser sustancial a la cosa. Por esto decían los escolásticos: *Forma dat esse rei*, que la forma daba a la materia el *esse simpliciter*, o sea el *esse ens actu*, el ser absoluto, el ser de sustancia, mientras que la forma accidental daba el *esse secundum quid*, como el ser bueno, malo, grande, pequeño, &c., o sea el *esse ens actu hoc*, es decir, los accidentes que suponen ya el ser sustancial en la cosa. Pero como, según ya hemos dicho antes, la materia no ha existido jamás sin la forma, de aquí que la materia no ha dejado de estar jamás en el estado de sustancia. En un principio, Dios, al crear la materia, *concreó la forma*, y posteriormente, en virtud de las *transsubstanciaciones*, la materia pasa de una forma a otra, pero jamás deja de tener alguna...”, in *Diccionario de ciencias eclesiásticas* voce *Materia* y *Forma* tomo séptimo páginas 132-134 Imprenta Domenech, Editor, Valencia 1888. Ed ancora la giustizia spagnola così si pronunzia: “...Y si bien es verdad que son numerosísimas las Sentencias que adoptan un criterio riguroso sobre la base del principio «*forma dat esse rei*», hasta el punto de sancionar la inobservancia de cualquiera de ellos con el efecto más grave, ocurre sin embargo: que en la mayoría no pasa de ser una doctrina general; por otro lado hay también muchas resoluciones en que se adoptó un criterio flexible en cuanto a determinadas formalidades ...Hay un viejo dicho, con el *abolengo* suficiente para alcanzar la categoría de axioma, que enseña: *DISTINGUE TEMPORA ET CONCORDABIS IURA*. Y cabe pensar que nunca mejor dicho que aquí y ahora. Con arreglo al mismo, el sistema jurídico debe ser valorado en relación con la realidad del momento en que se aplica, adecuando las mudanzas jurídicas al cambio de las condiciones históricas. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 7 de gener de 1992, núm 1/1992 (Sala Civil i Penal) in <http://civil.udg.es>.

fecondità della discussione, considerando anche che il fenomeno lavoro e la sua regolamentazione giuridica ha assunto e va sempre più assumendo nella moderna realtà sociale ed economica, ma anche e, soprattutto, *etico-politica*..

Infatti è in corso un processo di sviluppo e di estensione del fenomeno lavoro nella sua concezione sociale e giuridica, processo che si esercita in due direzioni: una interna al sistema ordinamento giuridico (*forme*) ed una esterna (*figurazione/rappresentazione*)⁵⁵.

La prima trova ancor oggi un non definitivo passaggio dalla regolamentazione individuale a quella collettiva contrattualistica di categoria ed a quella più generalmente legislativa.

La seconda caratterizzata da una dialettica tra subordinazione e collaborazione, della modalità della prestazione di lavoro nell'impresa, con due conseguenze una di ordine economico e una di ordine giuridico; "... *la prima si concreta nella partecipazione dei lavoratori all'impresa; la seconda... consistente in una graduale anche se non uniforme evoluzione del rapporto di lavoro da relazione di scambio a rapporto associativo...*"⁵⁶.

Quindi, non più due parti l'una di fronte all'altra, ma l'una accanto all'altra. Non più dunque, l'elemento caratteristico e tipicamente differenziale del lavoro per altrui utilità, ma anche il lavoro per utilità altrui e propria, cioè anche per uno scopo collettivo, sociale e di solidarietà, che è essenzialmente etico.

Nel far questo, naturalmente, utilizzeremo per l'analisi e la comprensione dell'interrogativo, un approccio interdisciplinare tale da intrecciare la propria riflessione giuridica con la politica, la sociologia, la filosofia e l'economia⁵⁷, ma anche con la logica in particolar modo quella *fuzzy*, per utilizzare categorie e concetti elaborati non solo da giuristi, ma anche da studiosi di altre scienze⁵⁸, anche perché vi è l'esigenza di coordinare i vari schemi formali che le medesime scienze, hanno nel tempo elaborato.

In queste affermazioni abbiamo anche il conforto di H. Hart che nella prima pagina del *Il concetto di diritto*, afferma che la descrizione interna del diritto è un pezzo di *sociologia descrittiva* dei fenomeni sociali⁵⁹.

⁵⁵ "il pensiero giuridico è topico" [citazione da Viehweg, n.d.a.] - "la scienza giuridica o è sistematica o non è" [citazione da Wolff, n.d.a.], non sono reciprocamente esclusive, ma si integrano nel rapporto costitutivo che sussiste tra ermeneutica e dogmatica giuridica"

⁵⁶ Già su questo tipo di analisi si è espresso ROBERTI G. *op. cit.* p. 33, il quale nella nota n.2 evidenzia la stasi dell'evoluzione del diritto del lavoro e della sua trasformazione interna, da di rapporto di scambio, a di rapporto associativo fondato più sulla collaborazione che sulla subordinazione nell'impresa avvenuto nel periodo corporativo, dovuta non all'entrata in vigore della Costituzione, ma secondo l'Autore alla lotta di classe presente nella nostra società, che oggi possiamo ritenere sicuramente conclusa. Ma quello che più interesse ai fini della nostra ricerca è l'importanza che l'Autore dà all'Enciclica papale "Mater et Magistra", quale elemento esterno all'ordinamento giuridico atto a dare un impulso: "...*si sperava potesse costituire una spinta efficace per ricondurre anche in Italia il progresso scientifico e normativo del diritto del lavoro nel suo alveo naturale; ma finora, purtroppo, il principio collaborazionista enunciato da Giovanni XXIII non ha avuto in questo campo gli sviluppi sperati...*"

⁵⁷ "...*Lo stile dell'incontro tra diritto ed economia è però cambiato. Si è prodotto o si sta producendo un vero e proprio mutamento culturale: le categorie prima sociologiche, oggi economiche, non rappresentano più una "contaminazione", e neppure solo un arricchimento culturale, ma addirittura una chiave di lettura...*" MAGNANI M. *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in <http://www.dirittodellavoro.it>.

⁵⁸ Per Schmitt, il punto di forza del decisionismo risiede nell'essere il momento di congiuntura tra l'elemento giuridico e quello politico, tra la volontà che pone ordine al caos e la ragione giuridica che conferisce una forma a tale ordine. Quest'ultimo è il prodotto di un'energia che mette ordine e che poi si cristallizza in una forma. L'esempio classico del decisionismo che Schmitt adduce è quello di Thomas Hobbes, autore nel quale il passaggio dal caos all'ordine è lampante, e vi è una teorizzazione della sovranità, di quella nozione centrale nella dottrina moderna dello Stato da Jean Bodin in avanti. La nozione di sovranità è cardinale per il decisionismo, giacché nulla più di essa mette in luce il carattere originario del decisionismo, l'idea che la legge scaturisca dalla decisione.

⁵⁹ HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, Preface, p. vii: "...*Notwithstanding its concern with analysis the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology; for the suggestion that inquiries into the meanings of words merely throw light on words is false. Many important distinctions, which are not immediately obvious, between types of social situation or relationships may best be brought to light by an examination of the standard uses of the relevant expressions and the way in which these depend on a social context...*"

Ma anche di, Gödel il quale ha dimostrato che un *sistema chiuso* non può auto-dimostrarsi⁶⁰. In seguito sono stati sviluppati teoremi analoghi, come il "problema dell'arresto" di Turing⁶¹, essenzialmente analogo all'incompletezza come formulata da Nagel e Newman⁶² e la costante di Chaitin, cioè la probabilità dell'arresto⁶³ in ciò che chiamiamo Intelligenza Artificiale (IA).

Se tutto ciò è vero per la matematica e ancor più vero nel nostro campo di indagine, dove ci troviamo di fronte ad un sistema giuridico organico, che non può prescindere da una sua tipicità quello di essere un ordinamento omogeneo, che comprende solo i lavoratori intesi nella più ampia accezione di produttori (cfr. *lavoratori subordinati ed autonomi*) in attuazione di un fine pubblico dello Stato di tutela del lavoro, nel suo più ampio significato di fenomeno della vita sociale tutelato dal diritto (art.4 Cost.).

Pertanto il concetto di sistema giuridico formalizzato nell'attuale sistema giuridico italiano potrebbe addirittura ridursi ad una disputa più terminologica che concettuale.

Secondo Luhmann, *le teorie, le conoscenze, i concetti dogmatici non sono il sistema, essi dirigono il sistema del diritto*" garantendone la funzione di controllo sociale.

Ma tale funzione esige che lo spirito sistematico della scienza giuridica, sia pronto a rivedere, per correggerle o sostituirle, le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale⁶⁴

Quanto detto è anche confermato da un concetto del celebre filosofo austriaco Ludwig Wittgenstein.

Questi, infatti, nella proposizione 580 delle *Philosophische Untersuchungen*⁶⁵, afferma che "Ogni criterio interno abbisogna di criteri esterni".

Nel confrontarci col mondo, spesso utilizziamo strumenti che normalmente vivono al nostro interno, come le rappresentazioni visive, le sensazioni e altro ancora.

Usiamo, queste interiorizzazioni come modelli per leggere il mondo, creando noi stessi dei modelli che si fondono col mondo esterno divenendo un *unicum continuum* con esso. Ognuno di noi, quindi, spesso cade nella convinzione che il nostro mondo interiore sia solo nostro.

Qualsiasi mondo inventato, anche le immaginazioni più fervide, generano sempre qualcosa che ha a che fare col mondo esterno e reale.

Questo approccio è conosciuto ed utilizzato dagli scienziati del diritto del lavoro "mi riferisco all'innegabile diffusione di un metodo di lavoro fondato sulla rispettosa acquisizione, quale premessa del ragionamento giuridico, dei 'dati' dalla realtà del mondo economico e della produzione, quali risultanti dagli studi ed elaborazioni scientifiche dei cultori delle scienze economiche, sociologiche ed organizzativistiche di tutto il mondo, ed in particolare di quello anglosassone. Di modo che si può forse sostenere che mai come in questa fase storica la sensibilità

⁶⁰ L'affermazione di Gödel è: "...io non sono dimostrabile in questo sistema formale.....". Dato un sistema formale assiomatico almeno come l'aritmetica di Peano è possibile partendo dagli assiomi del sistema costruire una proposizione che non è né decidibile né non decidibile attraverso gli assiomi stessi del sistema. Grazie al *teorema di incompletezza*, Gödel riuscì a dimostrare che all'interno di un sistema formalizzato esistono alcune proposizioni indecidibili, delle quali cioè, rimanendo all'interno di tale sistema, non è possibile stabilire la loro verità o falsità senza cadere in contraddizione GÖDEL K. "Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter System". Monatshefte für Mathematik und Physik, 1931; 38:173-98.

⁶¹ Nessuna macchina, può dirci se un'altra macchina costruita per risolvere problemi di decidibilità, cioè quei problemi che nascono quando non si è in condizione di prestabilire come un elaboratore si comporterà nel cercare di risolvere il problema dato, quindi ad arrestarsi e perciò a determinare in un arco di tempo accettabile se il risultato dell'indagine sarà positivo o negativo, Sì o No. TURING AM. "On Computable Numbers, With an Application to the Entscheidungsproblem". Proceedings of the London Mathematical Society, 1936; 2(42), 230-26

⁶² NAGEL E and NEWMAN JR. *Gödel's Proof*. New York: University Press, 1958

⁶³ CHAITIN G.J. "Randomness in arithmetic and the decline and fall of reductionism in pure mathematics," Bulletin of the European Association for Theoretical Computer Science, 1993; 50: 314-328.

⁶⁴ MENGONI L. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* in *Jus*, 1976, p. 3, ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 ss.; p.58.

⁶⁵ WITTGENSTEIN L., "Philosophische Untersuchungen", Basic Blackwell, Oxford 1953. (trad. it., "Ricerche filosofiche", Einaudi, Torino, 1999).

del giurista del lavoro, aprendosi alla conoscenza di quei mondi, si sia fatta profondamente influenzare da essi, accettando di operare alla luce ed in conseguenza di quei 'dati', al fine di adeguare al meglio la norma al fatto... ”⁶⁶

Certamente non disconosciamo che il diritto del lavoro è materia oggetto di considerazione della scienza giuridica, tuttavia ancor dopo un secolo dalla pubblicazione dell'opera barassiana, bisogna constatare che “...non pare che la dottrina sia pervenuta finora a risultati affidanti e abbastanza concordi per quel che attiene alla prospettazione dei problemi costruttivi preliminari ed alla definizione dei concetti fondamentali di tale settore del diritto...”⁶⁷.

Infatti, “...vi è una scarsa propensione per lo più dei cultori della materia verso ricerche di siffatto obbietto e portata...”⁶⁸.

Tutto ciò per affermare che l'esigenza di una sistematica costruzione del diritto del lavoro in quanto diritto, è stata sempre avvertita dalla scienza giuridica, perché condizionati non solo dalle ideologie politiche sociali del tempo, ma, soprattutto, dalla ambiguità di significato e di valore della nozione *lavoro*⁶⁹.

Perciò avvertiamo la necessità di procedere sulla scia della scienza giuridica, e naturalmente riallacciandoci ad essa, utilizzando gli strumenti offerti non solo dal diritto positivo, ma anche, come già detto, da altre scienze, non dimenticando che “..il lavoro nel significato proprio della parola è ogni attività dell'uomo esercitata per la produzione di un bene..” e che la legge morale “riprova quello stato sociale che conservi nel suo seno una classe di uomini che non miri ad altro scopo se non a quello di godere dei beni che altri hanno prodotto..”⁷⁰

Considereremo le scelte di valore concettuali e linguistiche, in quanto sono espresse e incorporate nel linguaggio e nei discorsi, come *pragma*, cioè come sono descritti dalle scienze in questione.

Qualunque scienza sociale o storica è, quindi, necessariamente, *meta-discorso* descrittivo dei suoi discorsi-oggetto⁷¹.

Per noi, capire una norma giuridica, equivale a capire cosa accade nelle varie concatenazioni di fatti tra oggetti giuridici, quindi nello specifico, la realtà ed il dato valore-lavoro.

Esiste, infatti, tutta una serie ampia di norme giuridiche di portata generale, che la scienza giuridica non può fare a meno di comprendere nell'ampio settore del diritto del lavoro (cfr. *basti pensare alla legislazione sociale o legislazione del lavoro*)⁷².

Noi possediamo, sempre, una certa conoscenza degli oggetti e dei fatti di cui parliamo, e conosciamo questi quando ne conosciamo non solo la definizione, ma anche quando siamo in condizione di farne una descrizione da sottoporre all'esame più accurato delle catene dimostrative che collegano gli assiomi alle conclusioni normative.

Con Ferrajoli (cfr. “*Io penso invece che ogni teoria del diritto includa inevitabilmente sia tesi assertive che tesi normative*”) riteniamo, inoltre, che qualunque scienza sociale abbia

⁶⁶ CARABELLI U. *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo* in atti del AIDLASS – XIV Congresso Teramo – Silvi Marina 30 Maggio/1 giugno 2003 http://www.dirittodellavoro.it/public/current/convegni/Aidlass_Carabelli.doc

⁶⁷ SCOGNAMIGLIO R. *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro* in RIDL 1964 p.4.

⁶⁸ SCOGNAMIGLIO R. *op.cit.* p.4.

⁶⁹ “...Ne deriva una caratteristica incertezza, ed oscillazione, di indirizzi concettuali nonché di soluzioni, che per lo più non viene avvertita, ma che conviene invece mettere in luce per le gravi e molteplici implicazioni di una scelta non certo casuale...”, SCOGNAMIGLIO R. *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro* in RIDL 1964 p.4. Vedi anche BARASSI, *Il Contratto di lavoro*, Milano 1915 pp.20 ss., GRECO *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pp.1 ss., BORSI-PERGOLES, *Trattato di diritto del lavoro*, I Padova, 1960 pp.29 ss.

⁷⁰ AHRENS E. *Corso di diritto naturale o di Filosofia del Diritto* Trad. It. Di Alberto Marghieri II ed. Napoli 1880, pag.67.

⁷¹ COMANDUCCI P. *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali, Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastino http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/16COMAND.PDF.

⁷² Queste norme prescindono, “...nella maggior parte dei casi, dalla concezione privatistica del rapporto individuale di lavoro avendo, invece, la finalità loro e la causa giuridica nel fine pubblico dello Stato di tutela del cittadino lavoratore sin quasi a configurarne un particolare ‘status professionale’...”, ROBERTI G. *op.cit.* p.35

componenti normative, cioè contenga descrizioni *interne* delle norme e non solo descrizioni *esterne* delle opinioni sulle norme⁷³

È proprio questo che ci dice Platone nella sua *Settima lettera*⁷⁴.

Tuttavia, la nostra conoscenza giuridica non è pensabile solo in materia di un numero ben definito di istruzioni. Possiamo e sappiamo parlare di qualcosa solo quando ne padroneggiamo anche il *pragma*, sia esso reale o astratto.

Infatti, come ha osservato giustamente Heidegger, nelle sue lezioni di logica⁷⁵, commentando alcuni passi delle opere aristoteliche, tutti i nostri concetti, anche i più astratti, sono sempre il frutto di un *pragma*, di un rapporto con le cose a noi esterne.

È così che anche la definizione viene meno. Se vogliamo conoscere qualcosa, dobbiamo quantomeno essere in condizione di farne la descrizione, così come sostiene Gadamer nel suo saggio *Dialettica e Sofistica nella Settima lettera di Platone*⁷⁶.

Sicché, ciò che è presente al nostro interno è frutto della nostra interazione col mondo esterno. Il compito del teorico del diritto consiste nel costituire un apparato concettuale, che può seguire due vie.

Una, che viene indicata come *normativa*⁷⁷ “....i cui criteri per valutare – anche comparativamente – questo primo tipo di teorie, sono fundamentalmente due: quello della coerenza interna e quello della potenzialità esplicativa (portata e capacità di dar conto degli elementi rilevanti della realtà)...”⁷⁸; l'altra *descrittiva* dove il “.... compito del teorico del diritto consiste nel dar conto della realtà giuridica concepita come fenomeno prevalentemente linguistico: dei discorsi del legislatore, dei giudici, degli operatori pratici del diritto, della stessa dogmatica. che spiegano ed analizzano le operazioni prevalentemente pratiche, normative, dei differenti attori del gioco giuridico....”⁷⁹.

Quindi, il nostro è un ragionamento usato per arrivare ad una conclusione, se il diritto del lavoro è un *sistema giuridico formalizzato*, partendo da un insieme di assunzioni anche non giuridiche, perciò esterne, il che significa identificare, generalmente, struttura e tipologia dei diritti soggettivi e, poi, dei diritti fondamentali.

Riguardo i diritti soggettivi, al lavoratore ne vengono riconosciuti parecchi, costituzionalmente garantiti, i quali hanno la loro ragion d'essere nel principio che presidia, la dignità umana dell'individuo, in conformità anche alle norme internazionali ed europee.

Si tratta di diritti soggettivi fondamentali della persona, inalienabili, assoluti, cioè valevoli *erga omnes*, ai quali si contrappongono, come è ovvio altrettanti doveri incombenti allo Stato, agli enti pubblici e privati, ai singoli.

⁷³ FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, con interventi di L. Baccelli, L. Bonanate, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, D. Zolo, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp.279-282.

⁷⁴ PLATONE, "Epistole", Bur, Milano, 2001, 342 E, p. 193.

⁷⁵ HEIDEGGER H., "Logica. Il problema della verità" ed. Mursia 1986

⁷⁶ GADAMER H.G., "Studi Platonici", vol. 1, ed. Marietti, Genova, 1998, p. 239 e ss.

⁷⁷ Il normativismo non coincide con il giuspositivismo, che è una corrente tra i giuristi positivi.

⁷⁸ COMANDUCCI P. *op. cit.* p. 318.

⁷⁹ "...Entrambe le posizioni teoriche – la normativa e la descrittiva – possiedono necessariamente un apparato concettuale, che serve loro come strumento per sviluppare le loro attività di ricerca (per esempio, un concetto di diritti fondamentali): ma la prima – la teoria normativa – lo stipula esplicitamente, mentre la seconda lo riprende prevalentemente dalla pratica dei giuristi e degli organi, prendendo come punto di partenza un inventario degli usi linguistici.... Usando una analogia, si potrebbe dire che i fautori delle teorie normative assomigliano ai grammatici, ed i fautori delle teorie descrittive assomigliano ai compilatori di dizionari. Grammatiche e dizionari sono meta-linguaggi, che parlano di uno stesso linguaggio oggetto, una lingua naturale (l'italiano, lo spagnolo, il francese). Le grammatiche sono direttamente normative (prescrivono regole di uso corretto del linguaggio), mentre i dizionari sono direttamente descrittivi (forniscono informazioni sugli usi correnti del linguaggio). Ma le grammatiche, indirettamente, riflettono anche gli usi linguistici corretti, e sono pertanto anche descrittive; ed i dizionari scelgono solo alcuni dei sensi in cui si usano le parole di una lingua, e sono pertanto anche normativi." COMANDUCCI P. *op. cit.* p. 319.

Dato che i diritti soggettivi sono di differenti tipi, questo permette di individuare, nel piano astratto, i conflitti potenziali tra le norme che li conferiscono. E consente di verificare, poi, facendo riferimento ad un sistema giuridico specifico e basandosi sull'apparato concettuale previamente elaborato, le eventuali incompatibilità che si danno in astratto tra i diritti che sono considerati fondamentali in quel sistema giuridico⁸⁰.

È quindi facile rendersi conto che molti diritti, e vari diritti fondamentali, sono figure giuridiche complesse, formate dall'unione di varie modalità attive elementari.

Su questo aspetto è Comanducci che ci fornisce una interessante puntualizzazione: *"...Occorre aggiungere, tuttavia, che la maggioranza delle norme che conferiscono diritti fondamentali (norme che spesso vengono chiamate oggi "principi") nei nostri sistemi giuridici hanno un ambito di applicabilità "aperto", vale a dire che le loro condizioni di applicabilità sono assenti, o ampiamente indeterminate. Questo provoca sovente che, nel piano astratto della interpretazione, sia molto difficile (ma non impossibile) che si presentino casi di incompatibilità tra principi che conferiscono diritti fondamentali. È più probabile che casi di incompatibilità si individuino (e si configurino da parte dei giuristi) quando, nell'applicazione delle norme ad un caso concreto, si "chiudono" le loro condizioni di applicabilità..."*⁸¹.

I diritti fondamentali, intesi come principi oggettivi, costituiscono anche parametri valutativi per l'interpretazione/concretizzazione delle clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale: a) obbligo di correttezza tra debitore e creditore (art. 1175 c.c.), avente una funzione di collaborazione reciproca in ogni fase del rapporto per la salvaguardia degli interessi di ciascuna parte; b) principio della buona fede precontrattuale, che regola il comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), oppure, nei contratti-standard con i consumatori dove è esclusa la fase della trattativa, assoggetta a un controllo di ragionevolezza le condizioni che "determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 1469-bis c.c.); c) principio della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1366, 1375, 1440, comma 2, c.c.); d) clausole dell'ordine pubblico e del buon costume (artt. 5, 634, 1343, 1354, comma 2, 2035 c.c.), che prescrivono agli atti di autonomia privata limiti di liceità ulteriori a quelli derivanti da specifiche norme proibitive⁸².

Comunque possiamo fin d'ora azzardare e sostenere che il diritto positivo è fondato su diverse norme giuridiche ordinate a sistema retto da principi, che hanno il compito di mantenerlo unico ed aperto alle dinamiche della società, pertanto sono presenti una serie di doveri, di contenuto etico-sociale, obbligatori per l'*homo faber*⁸³.

Tutto ciò determina che il diritto del lavoro *"in quanto scaturisce dall'esperienza dell'associazione degli interessati, attraverso il formarsi di norme statali risultanti dall'assunzione nell'ordinamento generale di norme formate dalla volontà degli stessi interessati nell'ambito dei gruppi organizzati e nei rapporti dei gruppi fra loro..."*⁸⁴, è un diritto che recepisce il diritto dei gruppi ex art.2 della Cost.

Del resto la Costituzione contempla la nozione pluralistica della società che contiene gruppi intermedi fra l'uomo e la società generale stessa. Fra tali gruppi oltre alla famiglia anche il

⁸⁰ Le teorie descrittive, che affermano la possibilità di conflitti in astratto tra diritti fondamentali, procedono di solito così. COMANDUCCI P. *op. cit.* p. 320.

⁸¹ COMANDUCCI P. *op. cit.* p. 322

⁸² MENGONI L. *Autonomia privata e Costituzione* in Banca borsa tit. cred. 1997, 1, 1.

⁸³ È importante fin d'ora precisare che il termine *homo faber* è da noi utilizzato in tale contesto, perché si riferisce genericamente a tutti gli individui e non solamente alle parti di un contratto (datore di lavoro e lavoratore).

⁸⁴ *"...Così il diritto statale perderebbe, almeno nel campo dei rapporti di lavoro, il carattere di una sovrastruttura imposta da diversi interessi prevalenti per assumere l'impronta di una forma intrinseca allo spiegarsi degli interessi, quali risultano dall'organizzazione e dall'equilibrio degli interessi medesimi...E' evidente che tale ipotesi e tutt'altro che pacifica e sono note le critiche sugli inconvenienti del diritto dei gruppi in confronto alla valutazioni generali del diritto statale, in base alle quali il valore di quell'ipotesi può essere anche rovesciato...(in nota KELSEN, Essenza e valore della democrazia in Democrazia e cultura, Bologna, 1955,5 e sul punto p.56)..."*, PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro* *op. cit.* pg.45

sindacato, gruppi questi naturali che lo Stato ed il diritto si limitano a riconoscere. La costruzione tecnico-sistematica del diritto del lavoro riflette questa costituzione sociale dove l'individuo manifesta la sua libertà nell'autonomia individuale e i gruppi sociali, il sindacato, nella libertà dell'autonomia collettiva⁸⁵

In sede di diritto positivo i concetti di libertà e di dignità contenuti nell'art.41 Cost. stanno alla base dei diritti fondamentali e assoluti della persona, sono prevalentemente di carattere etico-sociale e sono azionabili *erga omnes*, *ma necessitano la produzione della legge*.

E' questa, una produzione normativa che può avvicinarsi alla formazione dell'uso come fatto normativo.

*Così il diritto dello Stato, e la società che da questo viene modellata, risulta più vicino, più conforme a quelle che sono state chiamate le "leggi intrinseche delle azioni concrete e pertanto meno "artificiale", meno frutto "del genio del legislatore"*⁸⁶

L'art. 41 Cost. involge l'integrale personalità dell'uomo e perciò lo considera sia come lavoratore sia come datore di lavoro, ma principalmente come membro del gruppo sociale nella pienezza dei suoi diritti: di tutti i suoi diritti nessuno escluso.

Possiamo, fin d'ora, affermare un assioma: il sistema-ordinamento *diritto del lavoro*, è un sistema aperto e non chiuso, così come lo è il diritto-ordinamento giuridico, perché se così non fosse, avremmo una visione monocromatica o monoteistica dell'ordinamento giuridico⁸⁷.

L'esigenza fondamentale è quella dell'adeguamento delle strutture concettuali del sistema ai valori, espressi nella Costituzione ma suscettibili di sempre nuove valutazioni in quanto storicamente determinati, sì da ottenere un *sistema aperto*.

Infatti, secondo Mario Jori, "...la visione monocromatica o monoteistica dell'ordinamento giuridico data per scontata dalla giurisprudenza giuspositivistica non costituisce, da sola, una buona spiegazione della realtà sociologica o storica di nessun diritto, incluso quello moderno. Al diritto ufficiale si aggiunge o si sostituisce il diritto non ufficiale o meglio diversi livelli di diritto non ufficiale; ovviamente la espressione 'diritto ufficiale' richiede preventivamente di essere spiegata e analizzata mediante un preciso criterio di individuazione per poter essere utilmente contrastata ai diversi tipi di diritto non ufficiale, anch'essi da individuare mediante opportuni criteri..."⁸⁸.

Del resto il concetto di persona, è un concetto pregiuridico ed è pertanto un concetto giuridicamente indefinito.

Infatti all'individuo, cioè al singolo, preso nell'esclusiva considerazione di se stesso, espressione dell'individualismo, si sostituisce la persona, cioè l'uomo quale componente della società⁸⁹.

Invero, l'art. 2 della Cost. si riferisce ai diritti inviolabili originari della persona umana, preesistenti all'ordinamento positivo e da questo riconosciuti e incorporati come proprio fondamento etico-materiale.

Ecco che se "...la dottrina civilistica si è aperta ai valori etico-personali, quella del diritto del lavoro si è fatta più avvertita dell'esigenza tipicamente civilistica che la traduzione dei giudizi

⁸⁵ SANTORO-PASSARELLI *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in Saggi di diritto civile, I Napoli, 1961, pp.235 e 237.

⁸⁶ PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in RIDL Milano 1962 pg.49.

⁸⁷ JORI M., *Dalla teoria dell'ordinamento giuridico verso la teoria generale degli ordinamenti normativi*, in *Studi in Memoria di Giuliana D'Amelio*, Cagliari, 1978, pp. 149- 171. Per le critiche tarelliane alla teoria dell'ordinamento giuridico (e una significativa discussione sul tema) si veda, *Il diritto come ordinamento, Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, a cura di R. ORECCHIA, Milano, 1976, specialmente le relazioni di G. TARELLO E L. LOMBARDI VALLAURI.

⁸⁸ JORI M. *Pragmatica, scienza giuridica e diritti Analisi e diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastino <http://www.giuri.unige.it/>

⁸⁹ In tal senso G. CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli 1965, 32; v. anche A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 15 ss. Per una differenziazione dei due concetti v. A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano 1948, 26 ss.

di valore in giudizi di dover essere proceda per la via e sotto il controllo di una corretta concettualizzazione sistematica.."⁹⁰.

Mengoni sottolinea che il diritto del lavoro è nato in polemica col diritto civile, proprio contro l'imperialismo del contratto, ma la sfida per il diritto del lavoro è di "correggere la logica tradizionale del contratto, non di rifiutarla"⁹¹.

L'interrogativo rimane ancora sospeso nel vuoto, finché non diremo qualcosa di più specifico sul concetto di sistema, considerando che nel diritto del lavoro predomina, il carattere personale, nel senso che nel vincolo obbligatorio fra le parti non è in oggetto una cosa, ma un rapporto di particolari prestazioni umane lavorative: il diritto della persona vi rimane centro di tutto lo sviluppo e culminante in ogni momento⁹².

Tutto questo determina due ordini di problemi teorici di grande rilevanza. Il primo riguarda la necessità di una definizione generale di sistema. È possibile inquadrare le diverse forme di sistema affermatesi nella storia in un unico tipo ideale chiamato sistema giuridico formalizzato? E se sì, qual è la sua funzione fondamentale? Il secondo riguarda la definizione delle forme stesse. Come possono esser distinte le une dalle altre? Ed è possibile classificarle entro uno schema semplice e significativo che consenta di metterne in luce sia le differenze che le somiglianze?

Nell'usare tali concetti inizialmente, si farà uno sforzo di astrazione da ogni specifico sistema legale contemporaneo.

Innanzitutto che cos'è un sistema giuridico?

Secondo Mengoni possiamo attribuire due significati al termine "sistema": a) "concetto di sistema, nel senso di totalità deduttiva di discorso, che diventa prevalente alla fine del settecento;....Wolff designa con il termine sistema, un insieme di verità universali o proposizioni universali tra loro connesse (systema doctrinarum). Il sistema ideale dovrebbe rendere possibile la deduzione di un gran numero di conclusioni da un piccolo numero di concetti-base o principi o teoremi; ma da questo ideale, raggiunto soltanto dalla matematica, la scienza pandettistica rimase molto lontana"; b) "un modo scientifico di pensare, un metodo di riflettere su cose nuove mettendole in relazione con quelle già conosciute.... Ovvero, secondo la definizione di N. Hartmann, il filosofo moderno che ha rivalutato questo significato, una forma mentale che consente di "rimanere sistematicamente in contatto con i problemi". In quest'altro senso il pensiero sistematico non è chiuso, bensì aperto agli apporti critici di nuovi punti di vista e pronto a introdurre correzioni, modificazioni o integrazioni nell'edificio dottrinale già costruito, il quale non è mai definitivo. I concetti sistematici non sono che "la riduzione di un problema ai suoi elementi fondamentali definitivi, una sua formulazione abbreviata" [la citazione è qui relativa a Hartmann]"⁹³.

Tenendo in dovuta considerazione il pensiero di Mengoni, che conferma quanto da noi affermato, qui utilizziamo quanto detto da Kalinowski⁹⁴ sul concetto di sistema, nel suo saggio *Introduzione alla logica giuridica*: "...un sistema è, nel senso etimologico, un insieme ordinato, in quanto tale è un sistema assiomatico cioè divisibile in due parti, la prima contenente proposizioni ammesse senza alcuna dimostrazione e chiamate per l'appunto assiomi, la seconda le proposizioni dimostrate, i teoremi. Tanto gli assiomi, che i teoremi sono indicati col nome generico di tesi, finché non sono dimostrati...".

⁹⁰ MENGONI L *Il contratto individuale di lavoro*, cit., p. 189.

⁹¹ MENGONI L *Il dialogo fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 1990, p. 6.

⁹² BARASSI scrive nel suo *Il contratto di lavoro I*, p.478 "Il lavoro è attività del soggetto uomo; la capacità di lavoro è una qualità sua; e l'effettivo esercizio dell'attività di lavoro è non già una cosa né in senso economico (merce, bene economico) né in senso giuridico, ma solo l'attuazione che il soggetto uomo fa di una qualità, di un attributo eminente tra le qualità che, tutte insieme, costituiscono la sua individualità." Testo riportato anche da PERGOLESI F. *Il contratto di lavoro manuale Ed. del Diritto del Lavoro Roma 1929*, p.35

⁹³ MENGONI L. *Ancora sul metodo giuridico* 1984, p. 322

⁹⁴ KALINOWSKI G. *Introduzione alla logica giuridica* Ed. Giuffrè 1971 pg.47-48

Perciò la sua costruzione implica l'esistenza di *regole assiomatiche* che permettono il riconoscimento degli assiomi, e di *regole di dimostrazione*, altrimenti dette *d'inferenza*, che permettono la deduzione dei teoremi.

La regola-istruzione di base è una formalizzazione della struttura di pensiero della cosiddetta implicazione (*se..., allora*).

Il sistema è *formalizzato* quando è indicata la *forma* dei segni linguistici utilizzati e la loro disposizione nello spazio e nel tempo, cui si possa attribuire un qualche significato.

Il sistema, quindi, possiede una virtù *formativa*, dove il concetto di forma richiama *l'uno nel diverso, l'elemento costante nel mutamento, ciò che non si muta in ciò che si muta*.

Occorre, infatti, precisare che qualsiasi sistema assiomatico, che non sia *formale* o *semiformale* presenta due aspetti fondamentali: il primo, logico, dato dall'insieme dei rapporti deduttivi considerati nella loro struttura sintattica (sintassi descrittiva); il secondo, sostanziale, dato dai contenuti o significati costituenti la interpretazione semantica dei rapporti formali (semantica descrittiva)⁹⁵.

I *postulati* (o *assiomi*) e i teoremi del sistema deduttivo rientrano in questo secondo aspetto e ne costituiscono la interpretazione semantica⁹⁶.

Essi posseggono un grado di generalità e di astrazione molto accentuato, nel senso che rappresentano l'elemento caratterizzante la struttura teorica del sistema medesimo; cioè la serie complessa degli elementi invarianti che qualificano necessariamente – sotto un profilo strutturale – qualsiasi dato concreto, il quale, proprio per via di quella qualificazione, può dirsi appartenere ad uno piuttosto che a un altro sistema scientifico.

I *postulati* e i *teoremi*, in questo senso – per quanto riguarda le discipline sociali in genere – rientrano nell'ambito dei fattori fondamentali sopra richiamati; in quanto sono essi, appunto, che ci permettono di caratterizzare i diversi tipi di comportamento sociale e, quindi, anche il comportamento giuridico.

La *teorizzazione* consiste, perciò, nel circoscrivere il grado di interpretazione a livelli il più possibile elevati, compatibilmente con un ambito di significatività convenzionalmente determinato.

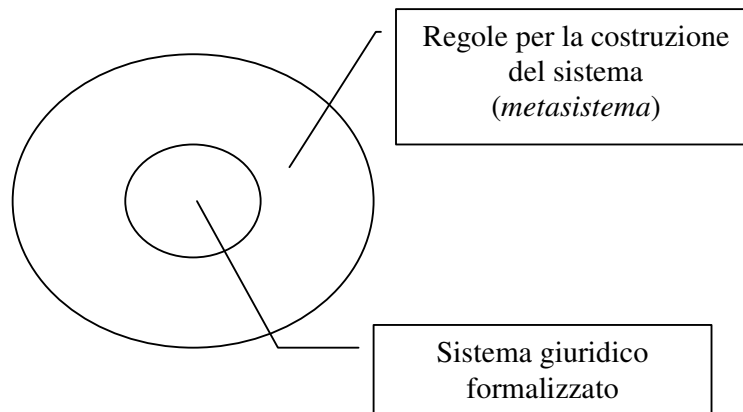
Le regole relative alla costruzione del sistema (*fonti*) non ne fanno parte in quanto si trovano fuori dal sistema medesimo ed hanno quale argomento quest'ultimo e le sue tesi, e sono pertanto formulate sempre in un linguaggio di grado superiore a quello delle tesi, ossia di un *metalinguaggio*.

In quanto poste al di là (*meta*) del sistema esse costituiscono un *metasistema*⁹⁷.

⁹⁵ CARNAP R., *Logical Foundations of Probability*, Chicago 1950, p.15 ss.

⁹⁶ Il concetto di proposizione autoevidente, o assioma, risale a Euclide, famoso matematico greco del terzo secolo a.C. che raccolse in un'unica opera tutte le conoscenze matematiche note a quei tempi. Con assioma, ancora Aristotele intende ciò che deve necessariamente essere conosciuto da chi voglia accingersi a conoscere qualsiasi cosa, dove il termine "necessariamente" è inteso con una valenza filosofica molto forte. Per *necessario* Aristotele è solito intendere qualcosa che non può in nessun modo essere diversa da com'è. Euclide fu il primo che riuscì a esporre (in un'unica opera) dei principi che gli consentirono di "assiomatizzare" la geometria, rendendola un vero e proprio modello a cui tutte le scienze per molto tempo dovettero rapportarsi per ottenere una certa validità e approvazione. La geometria quindi diventò, per così dire, il linguaggio tecnico con cui ma soprattutto in cui bisognava tradurre gli altri.

⁹⁷ KALINOWSKI G. *op.cit.* pg.47-48



Un sistema formalizzato può avere diverse interpretazioni *isomorfe* (*modelli isomorfi*).

L'interpretazione di un sistema formalizzato comporta, quindi, la redazione di un dizionario terminologico (*termini definiti*) ma ancor prima di *termini primitivi* (non definiti).

Tuttavia, il linguaggio del diritto non è una lingua naturale e né il legislatore, né i giudici sono veramente utenti di una lingua.

La lingua (l'insieme delle regole sul come parlare) sarebbe piuttosto la norma di riconoscimento (cioè le fonti del diritto) e la legge sarebbe già un discorso, cioè un uso contingente delle regole della lingua-diritto⁹⁸.

Bisogna ricordare anche che il linguaggio giuridico presenta differenze importanti, sia dal linguaggio ordinario basato sulla lingua naturale, sia dai linguaggi artificiali delle scienze, fondate su forme diverse di consenso e convergenza di interessi.⁹⁹

E' sufficiente qui ricordare la differenza esistente sulla nozione di lavoratore nell'ambito della sicurezza¹⁰⁰ o di quello della circolazione dei lavoratori e del diritto di soggiorno¹⁰¹, tra il diritto comunitario e quello nazionale.

⁹⁸ FERRAJOLI L. *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1966, alle pp. 296-297 e 300-330

⁹⁹ JORI M., *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in "Analisi e diritto" 1995, pp. 109-144; vedi inoltre il paragrafo *Pragmatica giuridica* in M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2 ed., Torino, 1995, pp. 327 ss..

¹⁰⁰ L'art. 51, lett. c) d.lg. n. 626 del 1994, di attuazione della direttiva 90/270/CEE, ai fini dell'applicazione del titolo VI, definisce « lavoratore » colui « che utilizza un'attrezzatura munita di videoterminale in modo sistematico ed abituale, per almeno quattro ore consecutive giornaliere, dedotte le pause di cui all'art. 54 per tutta la settimana lavorativa »; gli art. 54 e 55 del medesimo decreto prescrivono, per tali lavoratori, un'interruzione del lavoro sul videoterminale mediante pause o cambiamenti di attività, nonché la sorveglianza sanitaria. Il giudice nazionale dovendosi in particolare pronunciare sull'esistenza di presunte violazioni della normativa in argomento, alla Corte ha chiesto di precisare la portata della definizione di « lavoratore » di cui all'art. 2, lett. c) della direttiva 90/270/Cee. Il legislatore comunitario considera tale « qualunque lavoratore ai sensi dell'art. 3, lett. a) della direttiva 89/391/Cee (12) che utilizzi regolarmente, durante un periodo significativo del suo lavoro normale, un'attrezzatura munita di videoterminale ». Alla Corte è stato chiesto, in particolare, se dalla definizione contenuta nella direttiva resti escluso il lavoratore che utilizzi un videoterminale nell'arco dell'intera settimana lavorativa, ma non necessariamente tutti i giorni per quattro ore consecutive, nonché il lavoratore che utilizzi il videoterminale per almeno quattro ore consecutive tutti i giorni della settimana lavorativa tranne uno. In merito alla questione sollevata la Corte ha precisato che l'art. 2, lett. c) della direttiva non apporta alcun chiarimento su cosa significhi utilizzare « regolarmente, durante un periodo significativo del suo lavoro normale un'attrezzatura munita di videoterminale ». Tenuto conto peraltro del carattere vago dell'espressione di cui trattasi, secondo la Corte, occorre riconoscere agli Stati membri un ampio potere discrezionale che, tuttavia, alla luce del principio della previsione legale dei reati e delle pene in precedenza specificamente richiamato nella stessa sentenza, impedisce in ogni caso alle autorità nazionali competenti di fare riferimento alle disposizioni della direttiva qualora esse intendano avviare un procedimento penale nei confronti dell'autore di un comportamento che non sia

Adesso un'altra domanda (cfr. *ci rendiamo conto che ancora non abbiamo dato risposta alla prima!*)

Esiste un solo diritto del lavoro, quello che promana dal potere politico, statale, o inter-statale che sia, o, invece, siamo in presenza di diversi sistemi giuridici (cfr. il diritto del lavoro nazionale, il diritto del lavoro internazionale, il diritto del lavoro comunitario, ecc)?

Basti pensare che l'interpretazione di una norma di diritto nazionale adottata per trasporre una direttiva va effettuata alla luce del diritto comunitario. Infatti, l'autorità competente, in particolare, deve interpretare la norma nazionale cercando di realizzare la finalità della direttiva, nel rispetto tuttavia dei principi fondamentali affermati e tutelati dal diritto comunitario¹⁰².

Il ragionamento si complica se ci si limita a riflettere sul fenomeno giuridico statale, dove sono presenti una pluralità di fonti del diritto.

Pertanto, in presenza di un'evoluzione legislativa inevitabilmente scomposta, frammentaria, contraddittoria, le categorie sistematiche consentono, di comprendere il testo della norma come parte organica di una totalità, mentre l'ambito ermeneutico si allarga grazie al loro supporto, producendosi una costante opera di integrazione, limitazione o estensione di senso.

Infatti "...l'analisi del contenuto teoretico delle norme giuridiche non può avvenire se non sotto la guida delle categorie sistematiche, il collegamento all'una o all'altra delle quali, per successive approssimazioni, conduce alla comprensione del testo come parte organica di una totalità e allarga l'orizzonte ermeneutico fornendo un punto di attacco per intendere più esattamente la norma mediante congrue integrazioni o limitazioni o estensioni di senso"¹⁰³.

Un fatto è certo il diritto del lavoro è posto attraverso il potere legislativo ed è esercitato, in base alla Costituzione, dal parlamento e per una parte determinata dal governo perciò di fatto è interamente sancito per legge, anche nei Paesi di tradizione di *common law*, e gli scostamenti dalla legge sono un'eccezione, non la regola.

Questa la risposta di un giuspositivista, che conosce dell'esistenza di un *sistema giuridico formalizzato* nella forma posta e lo interpreta.

Da questo punto di vista il diritto del lavoro, si presenta come conosciuto attraverso il linguaggio del diritto, fondato sul *significato dell'imperativo contenuto nella proposizione normativa* (cfr. è il segno linguistico, abituale di una norma, cioè di una direttiva che indica ciò che

perseguito dalla legge nazionale attuativa della medesima direttiva. ALU' R. *Lavoro ai videotermini: l'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee* in *Giur. merito* 1997, 3, 633.

¹⁰¹ La Corte di Giustizia affronta tre diverse questioni pregiudiziali, le prime due riguardanti la nozione di « lavoratore » quale presupposto per l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio dell'Unione Europea a norma, rispettivamente, del Regolamento CE n. 1612/1968 e della direttiva CE n. 320/1968 e la terza concernente l'ammissibilità o no di trattamenti differenziati nei confronti dei lavoratori migranti, previsti da normative nazionali che attribuiscono determinati benefici previdenziali sulla base di una condizione di residenza.. la Corte di Giustizia affronta tre diverse questioni pregiudiziali, le prime due riguardanti la nozione di « lavoratore » quale presupposto per l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio dell'Unione Europea a norma, rispettivamente, del Regolamento CE n. 1612/1968 e della direttiva CE n. 320/1968 e la terza concernente l'ammissibilità o no di trattamenti differenziati nei confronti dei lavoratori migranti, previsti da normative nazionali che attribuiscono determinati benefici previdenziali sulla base di una condizione di residenza. I giudici comunitari acquisiscono, nel definire il concetto di lavoratore ai fini dell'esercizio della libertà di circolazione, il criterio della sottoposizione alle altrui direttive (eterodirezione) e che, quindi, limitino l'ambito di applicazione dell'art. 39 del Trattato CE ai soli lavoratori subordinati.

¹⁰² La Corte di Giustizia CE, ha affermato che la tutela dei diritti fondamentali va garantita entro l'ambito delle strutture e delle finalità della Comunità (sentenza del 12 novembre 1969, causa 25/69, in *Racc.*, 1969, 419. proposito, va anzitutto rilevato come il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità costituisca il principale strumento attraverso il quale il legislatore comunitario ha inteso garantire la libertà di circolazione dei lavoratori: essa può infatti essere realizzata soltanto laddove i lavoratori migranti siano in tutto e per tutto assimilati a quelli nazionali (cfr., sul punto, F. Pocar e I. Viarengo, op. cit., 52). La centralità del divieto di discriminazione basata sulla nazionalità ha indotto il legislatore comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia a darne un'interpretazione ampia, comprensiva delle discriminazioni sia dirette che indirette (si v., in proposito, l'art. 3 del regolamento CE n. 1612/1968, nonché, in giurisprudenza, C. Giust. 15 gennaio 1986, causa n. 41/84, Pietro Pinna c. Caisse d'allocation familiales de la Savoie, *Racc.*, 1986, 1 ss.; C. Giust. 30 maggio 1989, causa n. 33/88, Pilar Allue e Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia, *Racc.*, 1989, 1591 ss.). *Corte giustizia CE*, 23 Marzo 2004, n. 138

¹⁰³ MENGONI L. *Ancora sul metodo giuridico* 1984, p. 333.

si deve o si può fare o non fare) è caratterizzato da un *significato*. Ma esiste anche il linguaggio dei giuristi che a differenza del primo, riflette una *proposizione valutativa* che è il segno di un giudizio di valore, ossia un giudizio concernente la bontà, indifferenza o malvagità (nei diversi sensi possibili) di un'azione.

Per Mengoni, "...essi infatti non si abbinano in un ordo successivus, ma si integrano in un rapporto di interdipendenza o interazione. I concetti dogmatici, in cui si sono originariamente fissati significati normativi compresi in un determinato momento storico e con riferimento ad un certo ordine di problemi, si convertono poi nel nucleo specificamente giuridico della precomprensione dirigendo gli esiti del processo ermeneutico verso quei medesimi significati e l'estensione di essi a nuovi casi attraverso concatenazioni logico-deduttive. La dogmatica non è in grado di produrre nuovo sapere, di sviluppare autonomamente (per mezzo di semplici trasformazioni logiche) nuove possibilità di soluzione immanenti al sistema normativo; tende piuttosto a sostituire al sistema normativo il proprio sistema di concetti, e quindi a modellare la realtà giuridica, immersa nel movimento della storia, sul già conosciuto..."¹⁰⁴.

Cruciale diventa, quindi, l'individuazione del rapporto fra legge e giudizi di valore, questi ultimi rilevanti in quanto socialmente riconosciuti.

Infatti "l'argomentazione giuridica non si esaurisce in operazioni logico-formali di tipo inferenziale, assiologicamente neutrali, ma coinvolge operazioni valutative", in cui trova realizzazione la scelta conforme alla tavola di valori riconosciuta dalla Costituzione, valori espressi da "disposizioni di principio".¹⁰⁵

Quindi, **la proposizione valutativa è una proposizione giuridica descrittiva vera o falsa.**

E volendo aderire all'indirizzo valutativo della prevalente dottrina sul concetto di lavoro come fatto giuridico, desunto sistematicamente dalle norme di diritto positivo, possiamo indicare la seguente proposizione giuridica descrittiva: *Il rapporto di lavoro è un rapporto di scambio, di opera contro mercede, che nella sua prevalente accezione si instaura tra un datore di lavoro ed un prestatore di lavoro collocati rispettivamente su due piani diversi, per cui il prestatore di lavoro dipende gerarchicamente dall'imprenditore e, quindi, il rapporto che lega il primo al secondo è sostanzialmente di subordinazione.*

La forma giuridica così rappresentata risulta quella di un rapporto di lavoro subordinato (art.2086 c.c.) che si costituisce fra due soggetti individuali.

Ma questa proposizione giuridica è vera o falsa?

Eccoci di nuovo al primo interrogativo. Per un positivista le norme giuridiche non sono né vere né false, diversamente da un giusnaturalista che si troverebbe a suo agio nel dimostrare che le norme giuridiche sono vere o false.

Tale questione costituisce un ulteriore problema che in quanto tale ha implicazioni filosofiche e/o di dogmatica giuridica¹⁰⁶.

Ma ancor prima, occorre rispondere ad un'ulteriore domanda, che ha una rilevanza sia per un ordinamento giuridico modellato su regole legislative, come il nostro, sia in quelle angloamericane organizzate giuridicamente nella forma giurisdizionale: *il sistema diritto del lavoro, esprime un significato etico?*

In effetti, prima ancora di dimostrare se le norme giuridiche sono vere o false, è necessario indagare la *metascienza*, in particolare il raffronto tra leggi e regole etiche, limitando l'indagine a ciò che è utile alla *esseità del diritto del lavoro*.

La riflessione filosofica ci consente di scendere "fino in fondo" e di risalire alle cause prime, e perciò di scavare fino ai problemi chiave.

¹⁰⁴ MENGONI L. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* in *Jus*, 1976, p. 3 ,ripubblicato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 ss.; p.56.

¹⁰⁵ MENGONI L. *I principi generali del diritto e la scienza giuridica* Atti del convegno dei Lincei, Roma, 1992, p. 318.

¹⁰⁶ "La dogmatica giuridica svolge un compito semantico: quello di definire il senso delle norme giuridiche." KALINOWSKI G. *Introduzione alla logica giuridica* Ed. Giuffrè 1971 p. 91

Certamente è una modalità di ricerca, è uno stile di pensiero; infatti, è stato autorevolmente sostenuto, che i problemi non affrontati nella loro radicalità profonda tendono a ripresentarsi¹⁰⁷.

Ecco affacciarsi ulteriori interrogativi ai quali dobbiamo rispondere, che aprono qualche prospettiva di ricerca in vista della loro soluzione:

a) *la domanda di giustizia sociale per il lavoro è rivolta all'etica?*

b) *la risposta legislativa in materia di lavoro è adeguata alle attese etiche della società?*

In fondo ad ogni rivendicazione di giustizia sociale vi è un'aspirazione ad una positiva uguaglianza tra gli uomini e di libertà dagli uomini, tema, questo, costante nelle Encicliche sociali.¹⁰⁸

In effetti è con l'avvento del cristianesimo che si modificò completamente uno stato di fatto in cui l'attività industriale era appannaggio delle classi inferiori del popolo e, in particolare degli schiavi.

La dottrina dell'eguaglianza fra gli uomini fece poco a poco penetrare nelle masse l'idea che il lavoro onora l'uomo.

La dottrina sociale cattolica si costituisce durante la rivoluzione industriale ed è esposta inizialmente nell'enciclica papale *Rerum Novarum* del 1891¹⁰⁹, dove si parla della «giusta mercede» che l'imprenditore deve pagare all'operaio come di quella che consenta a quest'ultimo di mantenere frugalmente e secondo buoni costumi la propria famiglia¹¹⁰ “...sia pur dunque che l'operaio e il padrone formino di comune consenso il patto, e nominatamente il quanto della mercede: vi entra però sempre un elemento di giustizia naturale, anteriore e superiore alla libera volontà dei contraenti, ed è che il quantitativo della mercede non deve essere inferiore al sostentamento dell'operaio, frugale, s'intende, e ben costumato. Se questi, costretto dalla necessità o per timore di

¹⁰⁷ ZANETTI G. *Introduzione al pensiero normativo* Ed Diabasis 2004, p.4.

¹⁰⁸ Ricordiamo *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1931), *Mater et Magistra* (1961) le quali segnano tappe fondamentali dell'evoluzione sociale di interesse anche per gli studiosi di diritto del lavoro Ved. RIVA SANSEVERINO L. *I problemi del lavoro nelle encicliche sociali: dalla Rerum Novarum alla Mater et Magistra* in RIDL 1963, pg.75 ss. Successivamente, *Populorum progressio* di Paolo VI indica le condizioni della giustizia sociale; “Essere affrancati dalla miseria, trovare con più sicurezza la loro sussistenza, la salute, una occupazione stabile; una partecipazione più piena alle responsabilità, al di fuori da ogni oppressione, al riparo da situazioni che offendono la loro dignità di uomini; godere di una maggiore istruzione; in una parola, fare, conoscere, e avere di più, per essere di più: ecco l'aspirazione degli uomini di oggi, mentre un gran numero d'essi è condannato a vivere in condizioni che rendono illusorio tale legittimo desiderio. D'altra parte, i popoli da poco approdati all'indipendenza nazionale sperimentano la necessità di far seguire a questa libertà politica una crescita autonoma e degna, sociale non meno che economica, onde assicurare ai propri cittadini la loro piena espansione umana, e prendere il posto che loro spetta nel concerto delle nazioni.”. E da ultimo *Sollicitudo rei socialis* di Giovanni Paolo II (1987) secondo cui “...occorre rilevare che nel mondo d'oggi, tra gli altri diritti, viene spesso soffocato il diritto di iniziativa economica. Eppure si tratta di un diritto importante non solo per il singolo individuo, ma anche per il bene comune. L'esperienza ci dimostra che la negazione di un tale diritto, o la sua limitazione in nome di una pretesa "eguaglianza" di tutti nella società riduce, o addirittura distrugge di fatto lo spirito d'iniziativa, cioè la soggettività creativa del cittadino. Di conseguenza sorge, in questo modo, non tanto una vera eguaglianza, quanto un "livellamento in basso". Al posto dell'iniziativa creativa nasce la passività, la dipendenza e la sottomissione all'apparato burocratico che, come unico organo "disponente" e "decisionale" - se non addirittura "possessore" - della totalità dei beni e mezzi di produzione, mette tutti in una posizione di dipendenza quasi assoluta, che è simile alla tradizionale dipendenza dell'operaio-proletario dal capitalismo....”.

¹⁰⁹ Di cui Papa Giovanni XXIII ebbe a scrivere nella *Lettera enciclica Mater et Magistra* sui recenti sviluppi della questione sociale nella luce della dottrina, quanto segue: “...Orbene, insigne documento di tale dottrina ed azione, svolta lungo il corso dei secoli dalla Chiesa, è senza dubbio da ritenersi l'immortale enciclica *Rerum novarum*, (Acta Leonis XIII, XI, 1891, pp. 97-144) promulgata settanta anni or sono dal nostro predecessore di v.m. Leone XIII, per enunciare i principi con i quali si potesse risolvere cristianamente la questione operaia. Poche volte parola di pontefice ebbe, come allora, una risonanza così universale per profondità di argomentazioni e per ampiezza, nonché per potenza incisiva. In realtà quegli orientamenti e quei richiami ebbero tanta importanza che in nessun modo potranno cadere in oblio. Una via nuova si aprì all'azione della Chiesa, il cui pastore supremo, facendo proprie le sofferenze, i gemiti e le aspirazioni degli umili e degli oppressi, ancora una volta si eresse a tutore dei loro diritti... E oggi, pur essendo passato un lungo periodo di tempo, è ancora operante l'efficacia di quel messaggio non solo nei documenti dei pontefici succeduti a Leone XIII...”

¹¹⁰ Leone XIII, *Rerum Novarum*, 1891, § 27).

peggio, accetta patti più duri, i quali perché imposti dal proprietario o dall'intraprenditore, volere o non volere, debbono essere accettati, questo è subire una violenza contro la quale la giustizia protesta...” .

Successivamente Pio XI nell'enciclica *Quadragesimo Anno* sostiene che la giusta mercede è quella che consente agli operai non soltanto di mantenere adeguatamente se stessi e la propria famiglia, ma anche «di ripromettersi che alla loro morte saranno convenientemente provveduti quelli che lasciano dopo di sé ... farsi un qualche modesto patrimonio, ... mettersi da parte qualche fortuna»¹¹¹; nella determinazione della giusta mercede deve altresì tenersi conto, da un lato, della necessità di evitare che «le madri di famiglia per la scarsezza del salario del padre siano costrette a esercitare un'arte lucrativa fuori delle pareti domestiche, trascurando così le incombenze e i doveri loro propri e particolarmente la cura e l'educazione dei loro bambini»¹¹² ma dall'altro lato deve tenersi conto anche dell'andamento dell'azienda.¹¹³

In definitiva il lavoratore è titolare di diritti che sono antecedenti alla stipulazione del contratto e che non possono essere alterati da patti contrattuali¹¹⁴.

Nell'Enciclica *Mater et Magistra* sempre nel segno tracciato dalle due precedenti encicliche, di particolare valore è la riaffermazione del valore della persona e della libertà economica, ma insieme della perfetta liceità della tendenza alla socializzazione, purché attuata nel rispetto dei diritti della persona, rispettando la giustizia sociale non solo nella distribuzione della ricchezza, ma anche nella stessa struttura delle unità produttive sottolineando la presenza attiva dei lavoratori nelle imprese¹¹⁵.

L'Enciclica afferma che le esigenze della giustizia e dell'equità non riguardano solo i rapporti tra lavoratori e datori di lavoro, ma anche i vari settori economici e tra le zone economicamente depresse, con quelle economicamente più sviluppate non solo del Paese ma anche del mondo intero.

Alle distorsioni dello sviluppo economico e sociale contemporaneo è rivolta l'Enciclica *Sollicitudo rei socialis* di Papa Giovanni Paolo II, che pur avendo come tema centrale il contrasto est-ovest quale causa del ritardo del sud nel mondo, è importante ai nostri fini perché vi è l'affermazione che lo sviluppo è un fatto etico e culturale, perciò la questione sociale, ha una dimensione mondiale.

Pertanto vi è l'obbligo di correggere l'emarginazione sociale entro il mercato libero e le disuguaglianze e squilibri fra questo e i poveri della terra, nei rapporti internazionali e l'obiettivo immediato è quello dell'integrazione dei diritti formali di cittadinanza con i diritti sostanziali di accesso al benessere e alla cultura per tutti gli individui¹¹⁶.

La questione sociale è una questione economica dove la congiunzione tra lavoro e capitale si realizza nel profitto; quindi è un problema di distribuzione della ricchezza e non di produzione, tanto è vero che il concetto di giustizia è irrilevante rispetto alla produzione. Infatti, non esiste una giustizia produttiva come esiste una giustizia distributiva. Ciò significa che la questione sociale è una questione di prezzi ed il mezzo naturale per la fissazione del prezzo è il contratto. Dunque capire il contratto ci consente di capire la questione sociale e di come il profitto viene distribuito tra capitale e lavoro. Non esiste una crisi del contratto ma della forma del contratto. Esso non muta, né

¹¹¹ Pio XI *Quadragesimo Anno*, 1931, § 29; nello stesso senso la *Divini Redemptoris*, 1937, § 52.

¹¹² Pio XI *Quadragesimo anno*, § 32; dello stesso Pontefice di poco precedente, *Casti Connubii*, 1930, § 43,

¹¹³ Pio XI *Quadragesimo Anno*, § 33; tutte le citazioni di questa e delle note precedenti sono tratte da *Le encicliche sociali dei papi, da Pio IX a Pio XII*, a cura di I. Giordani, Roma, 1948.

¹¹⁴ RIVA SANSEVERINO L. *I problemi del lavoro nelle encicliche sociali: dalla Rerum Novarum alla Mater et Magistra* in RIDL 1963, pg.79.

¹¹⁵ Giovanni XXIII *Mater et Magistra* 1961” ...l'impresa divenga una comunità di persone nelle relazioni, nelle funzioni e nella posizione di tutti i suoi soggetti..”

¹¹⁶ ARE G. *Il pensiero sociale della Chiesa cattolica nell'Enciclica Sollicitudo rei socialis di Giovanni Paolo II* in RIDL 1990, I p.117 ss.

quanto alla funzione, né quanto alla struttura, perché è strumento di pace all'interno di un conflitto.¹¹⁷

L'approccio positivista escluderebbe un approccio etico a tali problematiche, bensì Falzea sottolinea che "...l'etica si presenta come un sistema di valori assunto da una società umana a valore fondamentale ordinante..."¹¹⁸ ed Habermas evidenzia che nel cuore stesso del diritto positivo si introduce la morale, una morale procedurale che si è spogliata di tutti i contenuti determinati, sublimandosi in un procedimento di giustificazione valido per possibili contenuti normativi.

Si può così parlare di un diritto giusto senza far riferimento a questo o quel contenuto morale. In definitiva ciò che consente di giudicare della legittimità del diritto è il carattere argomentativo delle procedure di verifica dell'accettabilità delle norme giuridiche¹¹⁹.

Ma è Alexy¹²⁰ che sostiene la tesi della connessione *concettualmente e normativamente necessaria* tra diritto e morale ricorrendo, per ciò che a noi interessa, ai principi. Sviluppando e precisando l'elaborazione dworkiniana di regole e principi, Alexy per non ricadere nelle aporie del giusnaturalismo ritiene necessario permettere un trattamento giuridico e giurisprudenziale del conflitto tra valori e principi. Questi ultimi sono definiti come una specie di norme che presentano caratteri e comportamenti differenti rispetto alle regole, in quanto i primi rispetto ai secondi, hanno un contenuto più astratto e generico e rinviano a valori che dovranno essere attuati nella maggior misura possibile¹²¹.

Ancora, per Falzea l'individuo è posto "...al centro dei valori terreni e impronta a tali valori l'etica mondana: un'etica fondata sulla spiritualità razionale e che va progressivamente eleggendo la libertà come dotazione primaria dello spirito.....Nel suo incardinamento individuale l'etica dei valori umani genera la categoria etico-giuridica della persona.... Nei valori comuni e nei comuni orientamenti rivolti a realizzarli sta il tipo di vita della società, la maniera peculiare e irripetibile con la quale ciascun gruppo sociale vive spiritualmente i propri bisogni e interessi e impiega le sue risorse spirituali per il loro soddisfacimento.... L'etica dei valori sociali, identificata storicamente nei valori ai quali si ispira il vivere dei consociati, ma soprattutto nei valori ai quali è orientata la società nella tensione al miglioramento ed al perfezionamento della vita comune, costituisce il fondamento di tutti i sistemi culturali che, nella loro specificità e nel loro insieme, compongono la cultura generale di ogni società... La cultura sociale... è la sintesi dei contenuti del sapere e dei modi di sentire della società nella loro traduzione normativa. Sintesi deontologica dei valori sociali nei quali si sostanzia il tipo di vita della società e modello delle sue aspirazioni ad uno stile di vita più alto e più degno.....".¹²²

Il personalismo, tuttavia, non è solo un valore etico esterno al Diritto del lavoro, ma diventa un principio ispiratore della logica interna dello stesso. Tant'è che Mengoni nel saggio per il decennale del giornale di Diritto del lavoro, dopo aver precisato che la rottura col diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, sottolinea che esso " fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione proprietaria ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra meri proprietari".

¹¹⁷ CARNELUTTI F. *Capitale e lavoro*, in RIDL 1954 I pg. 1 ss.

¹¹⁸ FALZEA A. *Etica e diritto* Prolusione in REGGIO CALABRIA - 6/7/8 MARZO 2003 in <http://www.unirc.it>.

¹¹⁹ HABERMAS J. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

¹²⁰ La teoria di Alexy propone un costituzionalismo "temperato", cioè una teoria giuridica che, a partire da una interpretazione per "valori" dei sistemi costituzionali, cerca di mediare la dimensione morale del diritto con i suoi caratteri istituzionali, ALEXY R. *Concetto e validità del diritto*. Einaudi 1997, p.21

¹²¹ Alexy definisce i principi come *precetti di ottimizzazione*, vale a dire delle direttive realizzabili solo in parte e in misura variabile, che non prescrivono delle condotte specifiche, ma rinviano a valori che dovranno essere attuati nella maggior misura possibile. Sulle norme-principio come "precetti di ottimizzazione" vedi R. ALEXY, *Collisione e valutazione (comparativa) quale problema di base della dogmatica sul diritto fondamentale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, (atti del seminario di Catanzaro del 1 dicembre 2000), Torino, Giappichelli, 2002.

¹²² FALZEA A. *op. cit.*

Il ricorso all'etica appare allora la strada obbligata ed essa risulta, "...il primo legislatore ed il primo giudice..."¹²³, per ridare al diritto la sua originaria dimensione umana quale strumento idoneo a restituire l'inevitabile raccordo tra diritto e morale.

Carnelutti¹²⁴ e Del Vecchio¹²⁵ tra i maggiori, ci rammentano che il carattere di eticità dell'ordinamento giuridico non sempre emerge all'esterno delle formulazioni tecniche delle varie norme, ciò per il loro tecnicismo, mentre tale carattere *affiora nelle norme primarie, specialmente di natura programmatica e nei principi generali*.

Anche per Mengoni "*i principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro status originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica*"¹²⁶.

Si ricorda a tal proposito che la prospettiva etica non prescrive modi efficienti di perseguire un fine (cosa fare), ma principi per definire molteplici fini (cosa voler essere)¹²⁷, che ci consentono una più elevata valutazione e valorizzazione del lavoro, per una migliore soddisfazione dei bisogni individuali da raggiungere collettivamente (*utilità sociale*), per una concezione solidaristica dei più complessi rapporti intersoggettivi nella comunità sociale¹²⁸.

I predetti punti di vista extrasistematici finiscono per trovare la loro radice (normativa) nella Costituzione "*che riconosce determinati valori metagiuridici e li assume come istanze superiori di controllo e di legittimità del diritto positivo*".¹²⁹

Alla costituzione repubblicana viene assegnato un significato giuridico nuovo ed opposto rispetto alla cultura positivisticolegalistica, che ha comportato "*un nuovo modo di intendere la positività del diritto*", con la "*stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo come istanza di controllo di legittimità sostanziale delle leggi*"¹³⁰.

Rilevante ed evocativa è la definizione di Mengoni dei "*valori*": in quanto "*principi etico-giuridici sovraordinati alle norme positive, non sono ius normatum, ma iustitia normans: essi vincolano anzitutto lo stesso legislatore in quanto criteri direttivi dell'attività di formazione delle*

¹²³ FALZEA A. *op.cit.*

¹²⁴ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1952, pp.18,42

¹²⁵ DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1946, pp.207 ss.

¹²⁶ MENGONI L. *Diritto e tecnica* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2001, p. 1 ss.,

¹²⁷ "...il sistema sociale, inoltre, dà forma alle esigenze e alle aspirazioni che i suoi cittadini si trovano ad avere. Esso determina in parte sia il tipo di persona che essi vogliono essere, sia il tipo di persona che essi sono. Perciò un sistema economico non è soltanto un meccanismo istituzionale che soddisfa i bisogni e le esigenze esistenti, ma anche un modo per creare e plasmare le esigenze future. Il modo in cui ora gli uomini lavorano insieme per soddisfare i loro attuali desideri influenza i desideri che essi avranno più tardi, il tipo di persone che essi diverranno ..." RAWLS, J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999, p. 222.

¹²⁸ "Non si può poi tralasciare una obbiettiva valutazione delle struttura complessa a tipo gerarchico della impresa in ordine ai fini che essa si propone di raggiungere o della necessaria coesione dei vari elementi di cui si compone. E' qui che assume significato il concetto di comunità di lavoro (che può non coincidere con quello di comunità aziendale) il quale, seppure sottoposto a svariate interpretazioni, corrisponde anzitutto ad una realtà obbiettiva, per quanto diverse e opposte siano le sue forze componenti..." LEGA C. *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro* RIDL, 1957 p.93.

¹²⁹ Il corsivo è di MENGONI.

¹³⁰ I corsivi sono di MENGONI il quale sostiene anche che "...La costituzione repubblicana è ispirata a una concezione opposta, oggi correntemente denominata post-positivistica, nel senso di un nuovo modo di intendere la positività del diritto, definito dal rifiuto di due postulati fondamentali del positivismo classico, il postulato della completezza dell'ordinamento giuridico e il postulato del formalismo giuridico" [...] L'innovazione basilare della costituzione sta nel passaggio dal punto di vista esterno al punto di vista interno, ossia nella stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo come istanza di controllo di legittimità sostanziale delle leggi..."; *Diritto e tecnica* in Riv. trim. dir. proc. civ. 2001, p.7

norme giuridiche; in secondo luogo impartiscono al giudice parametri di interpretazione teleologica della *lex lata* e linee direttrici per l'attività di integrazione delle lacune"¹³¹.

"Sono così ripudiati sia il positivismo legislativo, che esaurisce il concetto di diritto nella positività, sia il suo correlato sul piano filosofico, il positivismo scienziato, che nega la possibilità di fondare scientificamente giudizi di valore".¹³²

Il lavoro non è soltanto un dovere (etico), individuale per guadagnarsi la vita onestamente, per sé e per i propri familiari, ma va ritenuto anche un dovere politico-sociale, verso la collettività come strumento del bene comune e per il progresso comune (*socialità del lavoro*).

La giustizia per il lavoro si svolge così dalla garanzia della libertà a quella dell'eguaglianza, con un potente ritorno del contrattualismo, ma anche dell'utilitarismo come filosofia del cambiamento.¹³³

La teoria contrattualistica della giustizia¹³⁴, è una teoria dei diritti e pone non solo un problema di vincoli, ma anche di inefficienza, tuttavia quello che a noi interessa e che essa propone il rispetto per le persone (che sono fini in sé) e non il rispetto degli interessi, il cui orizzonte diventa indeterminato. Perciò pone l'accento sul fatto che per dire che cosa è giusto, bisogna che noi ci accordiamo, in qualche modo, non ricorrendo ad un singolo principio, ma convergendo noi stessi mediante una procedura, condividendo non un principio ma un metodo, fino a un punto di accordo, che nella tradizione classica è il "*pactum*" o il "*contratto*", il contratto sociale¹³⁵, e che nella "teoria della giustizia" di John Rawls si traduce in un accordo sui *principi di giustizia* che devono regolare la nostra società, cercando di arrivare, come si usa dire, al "*trade off*" migliore, cioè all'equilibrio migliore fra quanto richiesto dalla libertà e quanto richiesto dalla eguaglianza¹³⁶.

¹³¹ "[i] valori fondamentali" della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo: non valgono in quanto "posti", ma per se stessi, indipendentemente dalla loro concretizzazione in programmi normativi di azione. [...] Ciò che viene positivizzato è il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, il rinvio ad essi come a misure di "diritto giusto", a principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione", MENGONI L. *Diritto e valori*, cit., p. 6.

¹³² MENGONI L. *Dogmatica giuridica* in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1988, ripubblicata in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 57.

¹³³ RAWLS J. *La Teoria della giustizia*, Milano 1982; VECA *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Milano, 1982; FORTE *La giustizia sociale secondo Rawls*, in Mondoperaio, 1982, n.9 p.111 ss; GIORELLO e MONDADORI M.L. *L'utilitarismo come filosofia del cambiamento*, 1982, n.9 p.119; BOBBIO N. *Contratto sociale oggi*, Napoli, 1980

¹³⁴ ".....È mio scopo presentare una concezione della giustizia che generalizza e porta a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale quale si trova ad esempio in Locke, Rousseau e Kant. A questo scopo, non dobbiamo pensare che il contratto originario dia luogo a una particolare società o intuisca una particolare forma di governo. L'idea guida è piuttosto quella che i principi di giustizia per la struttura fondamentale della società sono oggetto dell'accordo originario. Questi sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione. Questi principi devono regolare tutti gli accordi successivi; essi specificano i tipi di cooperazione sociale che possono essere messi in atto e le forme di governo che possono essere istituite. Chiameremo giustizia come equità (cfr. "*justice as fairness*") questo modo di considerare i principi di giustizia....." RAWLS, J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999, pp. 27-28.

¹³⁵ "...Il contratto sociale delle teorie illuministiche preannunciò lo spostamento della sede del potere dal sovrano ai sudditi che tra loro stipulavano un patto sul quale costituzionalmente si fondava l'assetto pubblico. Correlativamente il processo discendente del potere sovrano mutò corso; perché la radicazione alla base, al *dèmos*, ne impose un moto dal basso verso l'alto, con la delega di potere che ciascunmandante affidava a mandatari, per l'esercizio nella sede parlamentare. Il neocontrattualismo denuncia il formarsi di altri equilibri: nella sfera collettiva si verifica il sorgere di nuove entità che arricchiscono con originalità il proteiforme profilo della soggettività; nascono le formazioni sociali nelle quali si sviluppa la stessa soggettività individuale. Questo fenomeno è particolarmente inteso nella grandi organizzazioni d'interessi nelle quali si denota la tendenza del gruppo a riassumere le soggettività individuali, con fenomeni di assorbimento delle stesse autonomie singole. Nuovi gruppi depositari di sovranità, i grandi gruppi hanno sufficiente autorità per costringere lo Stato a negoziare assetti della cosa pubblica." CESSARI A. *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo* in RIDL II 1983 p.195-196.

¹³⁶ Rawls si riferisce alla giusta convivenza fra cittadini di una collettività politica. Contrapponendosi da una parte all'utilitarismo, dall'altra allo scetticismo dei valori, egli ha suggerito, poi, una lettura intersoggettiva del concetto kantiano di autonomia: agiamo autonomamente se obbediamo a quelle leggi che sono accettabili con buone ragioni da

Ma, l'assetto che lo strumento contrattuale viene chiamato a valorizzare non è più quello dei diritti soggettivi individuali. Lo scambio di cui viene esaltata la centralità è quello fra i grandi gruppi, nonché fra essi e la cosa pubblica¹³⁷.

L'accordo formalizza un importante processo di cambiamento dell'assetto sociale che trova nella *negoziazione sociale* la propria fonte.

L'accordo quindi diviene un *accordo di riconoscimento*¹³⁸ di rappresentatività, e di affermazione di settori di competenza a prendere sostanziali decisioni di governo della cosa pubblica¹³⁹.

Naturalmente, la categoria logico-giuridica del contratto viene esaltata, quindi vi è la necessità di realizzare un equilibrio tra contratto e rapporto di lavoro.

Perché il primo racchiude in sé il *principio di libertà formale* che, nei rapporti di lavoro, si traduce in disuguaglianza e discriminazione., mentre il secondo, racchiude il *principio di libertà sostanziale*.

Bene, poiché il diritto del lavoro si fonda essenzialmente sull'ipotesi di libertà decisionale degli agenti giuridici (lavoratore, datore di lavoro, forze sociali in genere) e considerando che, nella realtà, gli agenti giuridici interagiscono fra loro in condizioni di disparità, il diritto del lavoro, non può prescindere dall'etica racchiusa nella forma della giustizia sociale,¹⁴⁰ quale espressione di una *negoziazione sociale* capace di rinnovare e modificare l'accordo sociale.

In questo senso riteniamo che nessun sistema umano formalizzato o *a-formalizzato* ed anche il diritto del lavoro, possa prescindere da una teoria morale che disegni un preciso sistema di valori.

Esistono nel diritto positivo doveri giuridici di contenuto etico che possono essere considerati nell'ambito del diritto del lavoro italiano.

Norme di diritto positivo, queste, aventi un sostanziale contenuto etico-sociale, da cui è possibile dedurre sia comportamenti obbligatori del datore di lavoro,¹⁴¹ sia del lavoratore.¹⁴²

tutti gli interessati in base a un uso pubblico della ragione. Rawls adopera questo concetto morale di autonomia come chiave per render conto dell'autonomia politica dei cittadini di uno stato democratico di diritto. "Noi esercitiamo il potere politico in modo pienamente corretto solo quando lo esercitiamo in armonia con una costituzione tale che ci si possa ragionevolmente aspettare che tutti i cittadini, in quanto liberi ed eguali, ne accolgano, alla luce dei principi e ideali accettabili per la loro comune ragione umana, gli elementi essenziali." RAWLS, J., *Liberalismo politico*, traduzione italiana di G. Rigamonti, a cura di S. Veca, Milano, Edizioni di Comunità, 1994, p. 126. La teoria rawlsiana non ha interessato solamente il campo filosofico e politico, ma ha aperto un importante dibattito anche all'interno della scienza giuridica. La sua teoria della giustizia sorge, infatti, come tentativo di costituire "una alternativa praticabile alle dottrine che hanno a lungo dominato la nostra tradizione filosofica", ossia l'intuizionismo, ma, soprattutto, l'utilitarismo. RAWLS, J., *Una teoria della giustizia*, Milano, Giangiacomo Feltrinelli Editore, 1999, p. 21. Non possiamo che condividere quanto affermato da Amartya Sen sulla teoria della giustizia di Rawls: "La teoria della giustizia di gran lunga più influente - e, ritengo, più importante - che sia stata presentata in questo secolo è quella della «giustizia come equità» di John Rawls ... L'approccio di Rawls alla giustizia ha trasformato il modo in cui noi pensiamo a quel tema ... In effetti, sarebbe difficile oggi tentare di costruire una teoria della giustizia che non fosse fondamentalmente influenzata dalle illuminazioni forniteci dalla profonda e penetrante analisi di Rawls...." SEN, A., *La disuguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1994, pp. 109, 123. .

¹³⁷ CESSARI A. *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo* in RIDL II 1983 p.192.

¹³⁸ Per l'individuazione di questa nozione logico-giuridica, v. CESSARI A. *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, pp.66-68

¹³⁹ CESSARI A. *Pluralismo neocorporativismo neocontrattualismo* in RIDL II 1983 p.185. L'accordo trilaterale del 22 gennaio 1983 sottoscritto dal Governo, insieme con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e con quelle dei datori di lavoro dell'industria, privata e a partecipazione statale costituisce la formalizzazione della *negoziazione sociale* e la conferma del neocorporativismo quale conseguenza. Infatti si spostano tradizionali assetti istituzionali ed il Parlamento è chiamato a tradurre in esiti normativi gli impegni intervenuti fra potere esecutivo e rappresentanti dei grandi gruppi organizzati di interessi; ciò, senza che lo stesso Parlamento abbia avuto parte nella *negoziazione sociale*.

¹⁴⁰ "La legge attribuisce, o consente siano attribuiti, al datore di lavoro poteri unilaterali ai quali corrisponde una soggezione del lavoratore. A tutela di quest'ultimo, la disciplina legislativa che regola il rapporto di lavoro stabilisce, da tempo, limiti esterni a quei poteri .." PERSIANI M. *Diritto del lavoro e razionalità* in *Diritto del Lavoro CEDAM* 2004 pg.9, già pubblicato in Arg. Dir. Lav., 1995, n.1, p.1 ss.

¹⁴¹ LEGA C. *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro* RIDL, 1957 pp.85 e ss. BOTIJA P. *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro* RIDL 1953 p.345. Secondo BOTIJA, i doveri etico-giuridici del datore di lavoro vengono suddivisi in tre categorie: doveri di *dignità, di protezione, di assistenza*. Essi sono fondati sul rispetto

La enucleazione di tali *doveri giuridici etici*, assume un rilievo importante perché far emergere dal *sistema giuridico lavoro* tali doveri, significa apprezzare sul piano etico-sociale i principi che informano la materia diritto del lavoro ed anche i valori che stanno al vertice del sistema, tenendo presente lo Stato costituzionale che nasce dalla volontà dei consociati di vivere *non sub homine, sed sub lege*".¹⁴³

I doveri giuridici a carico del lavoratore dalla scienza giuridica sono desunti alcuni negativamente dal sistema, mentre altri positivi trovano dei veri e propri riferimenti normativi.

Sui primi, va detto che il prestatore di lavoro è tenuto, e giuridicamente legittimato, a disattendere prescrizioni datoriali aggiranti o elusive di normative legali (fiscali, previdenziali, valutarie, ecc.) o volte a dar corpo ad atti gestionali contrastanti con i principi etico-giuridici della correttezza ed imparzialità.

Riguardo i secondi, stante l'inattuazione dell'art. 46 Cost., che prefigura la soluzione partecipativa dei lavoratori alla gestione delle aziende, l'attuale prestatore di lavoro non è obiettivamente associato ai fini ed alle sorti dell'impresa, pertanto su di lui gravano doveri di collaborazione in senso tecnico (art. 2094 c.c.), di diligenza (art. 2104 c.c.) e di fedeltà nel senso specificato dal contenuto dell'art. 2105 c.c. (ad onta di un'infelice rubrica), sostanziantesi nel divieto di concorrenza e di violazione del segreto professionale.¹⁴⁴

della dignità umana del lavoratore (dovere di dignità) come conseguenza del potere di comando e disciplinare dell'imprenditore ed hanno per contenuto sostanziale l'obbligo di assumere un atteggiamento cordiale verso il lavoratore, atteggiamento che si dilata in una vasta assistenza di ordine morale.

¹⁴² BARASSI *Diritto del lavoro*, II, Milano, 1957, p.281.

¹⁴³ "La rinata esigenza di una legittimazione metalegislativa dell'ordinamento ripropone il problema della fondazione dei valori inasprito dalla frammentazione della coscienza morale nella società pluralistica. Il problema può trovare soluzione accedendo a una teoria cognitivistica moderata (corrispondente a una concezione ermeneutica della verità connessa con la logica della probabilità), la quale, pur intendendo i valori come oggettività ideali non riducibili a ciò che si esaurisce nell'esperienza immediata, riconosce però che essi non sono suscettibili se non di una conoscenza mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano e si manifestano in forme sociali tipiche di comportamento o di valutazione. La crisi del positivismo legislativo ha risvegliato nella scienza giuridica la coscienza ermeneutica, la consapevolezza che le leggi, in quanto oggettivazioni dello spirito, non possono essere oggetto di una conoscenza meramente esplicativa delle loro strutture logiche e dei loro nessi sistematici, ma devono essere comprese nel loro significato complessivo mediante una forma di pensiero finalisticamente orientato, appunto la forma del sapere ermeneutico. La scienza giuridica non può "comportarsi rispetto al suo oggetto esattamente come se fosse un fenomeno naturale cui niente si può aggiungere, né sottrarre" [la citazione è di BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1982, p. 523], secondo l'ideologia del positivismo ottocentesco legata a un concetto troppo ristretto di razionalità, che ammette solo argomenti deduttivi; non può trattare i concetti del diritto positivo come "corpi giuridici" alla stregua delle cose del mondo naturale assoggettandoli a procedimenti analitici fondati su un rapporto di rigida contrapposizione del soggetto all'oggetto della conoscenza. Poiché il predicato della normatività non appartiene al testo legislativo come tale, bensì al significato del testo, la cui comprensione è il risultato dell'interpretazione, "per il giurista il sistema delle sue conoscenze è in pari tempo il sistema del suo stesso oggetto, cioè il sistema delle norme giuridiche" [citazione da LUHMANN, *Rechtstheorie als Grundlagewissenschaft der Rechtswissenschaft*, in *Jahrb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2 (1972), p. 256], MENGONI L. *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, 1988, ripubblicata in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p.40.

¹⁴⁴ Cass., sez. lav., n. 519 del 16 gennaio 2001 (est. Lamorgese) che ha statuito: "L'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ. – riferibile soltanto alle notizie "attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione industriale", e non estensibile sino a comprendere nel divieto anche notizie inerenti agli aspetti amministrativi e commerciali della vita dell'impresa - e quelli ad esso collegati di correttezza e buona fede, devono essere funzionali soltanto in relazione ad una attività "lecita" dell'imprenditore, non potendosi di certo richiedere al lavoratore la osservanza di detti obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con l'imprenditore, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti, quale appunto quello di evadere il fisco occultando le vendite delle merci prodotte. Tale obbligo non può, infatti, essere configurato nel senso più ampio di fedele dedizione del lavoratore al perseguimento degli interessi dell'imprenditore, sì da imporre al primo l'obbligo di astenersi da qualsiasi comportamento che possa essere in contrasto con quegli interessi. Ne consegue che, nel caso di specie, è legittimo e non sanzionabile il comportamento del lavoratore che abbia consegnato alla guardia di finanza fotocopia della distinta della spedizione di merci vendute a terzi senza la relativa documentazione fiscale, in quanto esercizio di un diritto soggettivo pubblico di denuncia di un fatto penalmente rilevante, a salvaguardia di un interesse pubblico, qual è quello che ogni cittadino adempia al carico tributario cui è tenuto in ragione della propria capacità contributiva, interesse che è avvertito

Il dovere di collaborazione deve essere attuato dal prestatore di lavoro, mediante una esecuzione di buona fede, che è una regola fondamentale dell'art.1375 c.c.. Anche questo un concetto etico posto in relazione, appunto, con la diligenza del buon padre di famiglia.¹⁴⁵

Il dovere di dignità del lavoratore nei confronti del datore di lavoro è implicito nel contratto di lavoro e rientra nei doveri di fedeltà e di obbedienza.

La scienza giuridica se da un lato dimostra l'esistenza di doveri giuridici aventi contenuto etico-sociale a carico del datore di lavoro che possono raggrupparsi in tre categorie a) *dovere di dignità*, b) *dovere di protezione*; c) *dovere di assistenza*,¹⁴⁶ dall'altro in base alle norme contenute negli artt.1175¹⁴⁷ e 2087 cod. civ. e l'art. 41 della Costituzione, tenta una sistemazione.

Sotto il primo vanno ricondotte le parole offensive, le dimostrazioni di mancanza di fiducia prive di fondamento, le minacce, le costrizioni, le aggressioni e tutti gli altri atti di violenza.

Il concetto dovere di dignità, non è un concetto assoluto, ma relativo e va pertanto considerato nel quadro della situazione di fatto quale si concreta in ogni singolo rapporto di lavoro, che dimostra come l'atto di lavoro sia inseparabile dall'uomo.

Il datore di lavoro, in definitiva, accanto ai diritti e alle obbligazioni di natura giuridica, ha vincoli di natura morale.

Il dovere di dignità può essere raffigurato come dovere di cordialità. Dovere che deve essere adempiuto unilateralmente e in modo automatico, anzi quasi oggettivo. Secondo Perez Botija tutto ciò va inteso considerando due cose: "a) *che non è indispensabile che sia collegato ad alcuna controprestazione, poiché non si può pretendere che sia seguito da un simile atteggiamento nel campo spirituale da parte del lavoratore*; b) *che il datore di lavoro è tenuto verso l'inferiore a un comportamento ispirato a cordiale dignità, con severa, perfetta osservanza della disciplina, ma senza che ne risulti durezza di carattere*".¹⁴⁸

Al dovere generale di protezione in quanto, *dovere complesso*, si ritiene che siano da ricondurre tutti i doveri del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, infatti il rapporto di lavoro ha carattere di mezzo a fine e, quindi, non è possibile considerarlo come fine a se stesso.

Per taluno il dovere è correlativo al dovere di fedeltà; per altri costituisce un obbligo fondamentale che discende dall'essenza stessa del contratto di lavoro¹⁴⁹

Di tale dovere di protezione vengono individuati quattro aspetti fondamentali: a) *dovere di protezione materiale*; b) *dovere di occupazione*; c) *dovere di dare occupazione confacente*; d) *dovere di assistenza in caso di malattia*.¹⁵⁰

Il primo aspetto consente di considerare la scomposizione del dovere di protezione generale in una serie di *subdoveri*, molti dei quali raggiungono un grado rilevante di apparente autonomia (cfr. in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro).¹⁵¹

Il secondo aspetto va collegato all'obbligo del datore di lavoro di fornire l'occasione di lavoro, cioè di far sì che il lavoro possa continuamente ed effettivamente essere prestato¹⁵².

nell'opinione pubblica in un contesto in cui l'evasione fiscale è notoriamente elevata, almeno in alcune categorie di contribuenti, tanto che il combatterla rientra tra le linee programmatiche di ogni Governo della Repubblica".

¹⁴⁵ BARASSI in *Il dovere della collaborazione* in RIDL 1949, I p.11.

¹⁴⁶ PEREZ BOTIJA E. *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro* in RIDL 1953 I, pg.344 s.

¹⁴⁷ "E' precisamente nell'art. 1175 che si trova scolpito un dovere così detto di "correttezza" avente contenuto essenzialmente etico e che trova applicazione in ogni rapporto obbligatorio...è l'espressione di un principio generale di solidarietà fra i due soggetti del rapporto i quali, per virtù del vincolo fra di essi intervenuto, divengono compartecipi di una comunione di interessi. Tale comunione trova la sua giustificazione nella causa (in senso oggettivo) di negozio, cioè nella sua funzione economico-sociale che l'ordinamento giuridico ha riconosciuto meritevole di protezione....La solidarietà così affermata affievolisce l'elemento egoistico proprio dei rapporti obbligatori..." LEGA C. *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro* RIDL, 1957 pp.89

¹⁴⁸ PEREZ BOTIJA E. *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro* op.cit pg.355.

¹⁴⁹ PEREZ BOTIJA E. *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro* op.cit pg.362

¹⁵⁰ PEREZ BOTIJA E. op.cit pg.363

¹⁵¹ PEREZ BOTIJA E. op.cit pg.364

Il terzo aspetto è collegato all'obbligo del datore di lavoro di far sì che l'occupazione fornita al lavoratore sia *confacente, adeguata*, cioè corrispondente alla natura ed al tipo concordati, per evitare che vi sia un abuso nell'esercizio del suo *ius variandi*, o che in quello identificato come *pietrificazione professionale che finisce per condannare il lavoratore ad un parziale ostracismo in quanto elemento di un meccanismo privo di personalità, senza alcuna volontà, senza responsabilità, senza iniziativa, quindi ad evitare processi di taylorizzazione*.

L'ultimo aspetto quello di natura assistenziale caratterizzano gli istituti del congedo, del collocamento in disponibilità, della conservazione del posto.

Nel dovere di assistenza¹⁵³, infine, si concreta l'esaltazione del senso umano e morale del rapporto di lavoro, che però non deve concretizzarsi in un *abuso di obbligazione*¹⁵⁴. Tale dovere si concretizza nel dovere di consigliare, di prestare aiuto morale e soprattutto di contribuire al perfezionamento professionale e all'educazione del lavoratore, nonché nel collocamento in disponibilità, nei premi, nella tutela del diritto morale d'autore, nella formazione professionale.

L'unità di tali norme si attua perché esse evidenziano *“la doverosità giuridica di comportamenti di contenuto etico, positivi e negativi del datore di lavoro inerenti al modo di essere dell'organizzazione del lavoro e all'esercizio dei poteri gerarchici con riguardo al carattere personale della prestazione debitoria e a quello reciprocamente fiduciario del rapporto”*.¹⁵⁵

Carlo Lega¹⁵⁶ individua in modo non completo alcuni comportamenti a sfondo etico sociale cui è tenuto obbligatoriamente il datore di lavoro i quali possono essere ricondotti alle norme di legge sopra indicate:

A) Doveri di correttezza (ex art.1175 c.c.):

- a) *dovere di applicare con egual giustizia le clausole contrattuali a tutti i lavoratori dell'azienda, cioè con imparzialità e senza favoritismi;*
- b) *dovere di fare effettivamente svolgere al lavoratore la prestazione concordata, quanto meno in via normale;*
- c) *dovere di attribuire l'esatta qualifica professionale e farvi corrispondere le mansioni proprie,*
- d) *dovere di dare istruzioni e consigli sul miglior modo di effettuare la prestazione (all'infuori dello specifico dovere del contratto di apprendistato);*
- e) *dovere di avvertire i lavoratori della decorrenza dei termini legali nella procedura per ottenere la integrazione salariale della CIG;*
- f) *dovere di rilasciare il certificato di lavoro con attestazioni obiettive e senza commenti negativi (è anche un dovere specifico a sensi degli artt.2124,2133, 2246, ecc);*

B) Dovere di tutelare la personalità del lavoratore (ex art.2087):

- a) *dovere di impartire disposizioni efficaci per mantenere soggettivamente e oggettivamente la moralità e la correttezza nell'ambiente di lavoro, con particolare riguardo alle donne e ai fanciulli;*
- b) *dovere di non procedere a licenziamenti in forma ingiuriosa o in base a motivi immorali;*
- c) *dovere di applicare le sanzioni disciplinari nel modo più conveniente e meno irriguardoso;*

¹⁵² Il BARASSI parla di bilateralità dell'obbligo di lavorare nel senso che da un lato vi è il diritto dell'imprenditore alla prestazione e dall'altro il diritto del lavoratore di poter prestare effettivamente la propria prestazione, di conseguenza esistono obblighi di entrambi le parti così come esistono i rispettivi diritti.

¹⁵³ *“Alcuni autori distinguono fra una forma di assistenza repressiva e una forma di assistenza contributiva. La prima ha per scopo la eliminazione di danni o fattori negativi (malattie, infortuni, disoccupazione); la seconda mira a integrare le energie individuali in vista del loro miglior sviluppo, utilizzando fattori positivi, quali l'istruzione o il perfezionamento professionale, la migliore organizzazione dell'impresa, etc.”* PEREZ BOTIJA E. op.cit pg.372

¹⁵⁴ Cioè un eccesso di che l'imprenditore attui nell'esecuzione dei propri obblighi finendo per instaurare una situazione vessatoria o limitatrice della libertà del lavoratore.

¹⁵⁵ LEGA C. op.cit. pp.88 ss.

¹⁵⁶ LEGA C. op.cit. pp.116 ss

- d) dovere di applicare le sanzioni di disciplinari allo scopo di far attuare il rispetto reciproco fra i lavoratori dell'azienda;
 - e) dovere di benevolenze e cortesia nei rapporti dove è più intenso il carattere personale delle prestazioni (lavoro domestico e simili);
 - f) dovere generico di cortesia nei rapporti personali (da far osservare anche dai subalterni investiti di poteri gerarchici);
 - g) dovere di riconoscere il diritto morale d'autore in relazione a invenzioni del lavoratore;
 - h) dovere di rispettare la dignità della persona del lavoratore introducendo misure e accorgimenti particolari ed evitando di ricorrere a modi di essere della prestazione lavorativa che la avviliscono;
- C) Doveri di libertà e di dignità (ex art. 41 Costituzione);**
- a) dovere di rispettare la libertà di pensiero e di religione dei lavoratori, astenendosi da comportamenti che possano menomarla o, comunque, offenderla;
 - b) dovere di permettere che il lavoratore possa esercitare i propri doveri civici e quelli inerenti alla assunzione di cariche sindacali o professionali;
 - c) dovere di rispettare la libertà personale;
 - d) dovere di rispettare la dignità della persona umana in generale;
 - e) dovere di rispettare la sicurezza (in senso giuridico e sociale) laddove non esistono doveri specifici in proposito.

In definitiva per mezzo di questi doveri si giunge a risultati tecnico-giuridici ed insieme sociologico-politici, che consentono all'uomo di liberarsi da *invisibili ostacoli che rendevano infecondo il rapporto di lavoro*.¹⁵⁷

La verifica di coerenza sistematica, realizza due esigenze fondamentali dell'ordinamento: quella di giustizia, assicurando il trattamento eguale di casi aventi la medesima struttura (tipica), e quella di certezza del diritto ove quest'ultimo pretenda di legittimarsi soltanto in funzione della sua razionalità formale¹⁵⁸, quando il grado di certezza, del sistema viene messo in crisi dai "valori etico-sociali", posti a fondamento del diritto positivo.

Mengoni, ritiene che l'ordinamento positivo abbia una legittimazione *metalegislativa*.

In ciò non è evidentemente una riesumazione del diritto naturale, ma la valorizzazione dei "punti di vista" storicamente condizionati dai valori etico-sociali, la cui validità dipende dal consenso socio-politico fissato nel patto costituzionale.

Pertanto, se la principale fra le virtù etiche è la *giustizia*, come sostenuto da Aristotele, possiamo, quindi, dire che non vi può essere alcun dubbio circa il fatto che le azioni in quanto essenzialmente etiche, dovrebbero avere fra i loro riferimenti primari, la giustizia distributiva.¹⁵⁹

L'agire morale che discende dalla riflessione etica persegue il bene, e tra i beni sommi si colloca la giustizia sociale.

¹⁵⁷ PEREZ BOTIJA E. op.cit pg.376.

¹⁵⁸ "La verifica di coerenza sistematica delle scelte valutative cui mettono capo i procedimenti ermeneutici semplifica l'attività di decisione giuridica in quanto la trasformazione in enunciati descrittivi esonera il giudice dalla necessità di rinnovare la valutazione in presenza di ogni altro caso avente la medesima struttura tipica. La funzione della dogmatica giuridica risponde così a due esigenze fondamentali dell'ordinamento: l'esigenza di giustizia, che vuole trattamento eguale dei casi oggettivamente uguali, e l'esigenza politica di certezza del diritto (almeno in una certa misura), cioè di stabilizzazione delle aspettative sociali di comportamenti individuali e di gruppo" MENGONI L. Ancora sul metodo giuridico 1984, p. 336

¹⁵⁹ "...La giustizia è la prima virtù delle istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero. Una teoria, per quanto semplice ed elegante, deve essere abbandonata o modificata se non è vera. Allo stesso modo, leggi e istituzioni, non importa quanto efficienti e ben congegnate, devono essere riformate o abolite se sono ingiuste. Ogni persona possiede un'inviolabilità fondata sulla giustizia su cui neppure il benessere della società nel suo complesso può prevalere. Per questa ragione la giustizia nega che la perdita della libertà per qualcuno possa essere giustificata da maggiori benefici goduti da altri.....", RAWLS, J., Una teoria della giustizia, Milano, Giangiuseppe Feltrinelli Editore, 1999, p. 21.

Ronald Dworkin coglie, invece, un aspetto comune a tutte le teorie della giustizia distributiva, sostenendo che hanno tutte "la stessa finalità e lo stesso valore ultimo: l'uguaglianza".¹⁶⁰

Ancora, come nota giustamente Barry, "...la giustizia non è che prudenza razionale, praticata in un contesto nel quale la cooperazione con (o quanto meno la sopportazione di) altri individui è condizione necessaria per ottenere ciò che si vuole. Giustizia è il nome che diamo ai vincoli cui degli individui razionali autointeressati accetterebbero di sottostare come prezzo minimo da pagare per ottenere la cooperazione degli altri"¹⁶¹....".

Il diritto, infatti, è allo stesso tempo individuale e sociale. La distinzione tra sociale ed individuale secondo Pergolesi, "...va ovviamente intesa in senso assoluto (o di categorie), ma convenzionale (o di intensità), intendendo cioè per diritti sociali quelli che hanno per finalità preminente o più immediata il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali) e per diritti individuali quelli che hanno per finalità preminente od immediata interessi individuali (e di riflesso collettivi)"¹⁶². Da questa posizione finalistica (politica) discende una particolare regolamentazione tecnica (giuridica), sia di titolarità sia di esercizio, sia di struttura sia di funzionamento. I diritti individuali s'impennano soprattutto sull'idea di libertà; quelli sociali sull'idea di sicurezza e di giustizia sociale. I primi impongono allo Stato un dovere di astensione e di rispetto delle prerogative della persona; i secondi esigono una condotta attiva cioè di prestazioni da parte dello Stato o di altri soggetti. Entrambi i tipi di diritto partono, tuttavia, da una stessa, ultima finalità: l'uomo".¹⁶³

Occorre precisare che i diritti sociali rispetto ai diritti di libertà, per la loro attuazione devono essere contenuti nel complesso sistema legislativo-amministrativo. Infatti sarà la situazione concreta su cui deve intervenire a evidenziare le priorità della scelta amministrativa, ciò pone il diritto sociale in una condizione di inferiorità rispetto ai diritti di libertà.

Con riferimento all'evoluzione dei diritti dell'uomo è riscontrabile un processo di progressiva *positivizzazione* (riconoscimento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici); *universalizzazione* (estensione dei diritti a tutti i gruppi sociali); *specificazione* (proliferazione dei diritti rispetto alle diverse esigenze della vita sociale); *internazionalizzazione* (riconoscimento dei diritti da parte del diritto internazionale)¹⁶⁴.

¹⁶⁰ DWORKIN, R., *I fondamenti del liberalismo*, Roma - Bari, Laterza, 1994.

¹⁶¹ BARRY, B., *Teorie della Giustizia*, Milano, il Saggiatore, 1996, p. 26.

¹⁶² L'espressione diritti sociali può essere intesa come sinonimo di qualsiasi diritto tendente a favorire le politiche del lavoro e del benessere (sciopero, contrattazione collettiva, partecipazione dei lavoratori). TREU T. *I diritti sociali europei: dove siamo*, in *Lav. dir.*, 2000, 432, il quale sottolinea come la configurazione tradizionale dei diritti sociali sia stata superata fino a includere una nuova generazione di diritti rivolti alla tutela dell'ambiente, della *privacy*, della bioetica. Una prima effettiva proclamazione dei diritti sociali (dato che la Costituzione rivoluzionaria francese del '93 non entrò mai in vigore) si trova solo nella Costituzione di Weimar del 1919. Infine, una pagina importante del costituzionalismo occidentale è data anche dalla nostra Costituzione, per ciò che riguarda i diritti fondamentali, i principi fondamentali (artt. 1-12) e la prima parte dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini" (artt. 13-54). Può essere tra l'altro utile, in questo quadro, un confronto con la parte relativa ai diritti fondamentali dello Statuto albertino (artt. 24-32). Inoltre, alla luce di progressi nel processo dell'integrazione europea, può essere utile dare uno sguardo al catalogo dei diritti contenuto nelle Costituzioni degli altri Stati dell'Unione europea (*Le Costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2001) Ved anche I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989; J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1999; R. Nozick, *Anarchia, Stato ed utopia*, Milano, Mondadori, 2000 R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; MENGONI L. *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.* 1998, 1,6 ss. secondo cui "Mentre i diritti di libertà sono diritti prestatati riconosciuti come mezzi di difesa dell'individuo contro il potere politico, i diritti sociali sono diritti positivi a prestazioni pubbliche, discrezionalmente concessi a pretese emergenti dalla società civile di un intervento dello Stato redistributivo del prodotto sociale, e in questo senso sono stati definiti diritti di ripartizione"; PROSPERETTI G. *Dalla tutela del rapporto alla tutela della persona*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, 1702 ss., BALDASSARRE A. *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. TReccani, Roma, 1989, 29*

¹⁶³ PERGOLESI F. *Principi costituzionali di diritto del lavoro* in *RIDL* 1959 p.219.

¹⁶⁴ MARTINEZ PECES BARBA *Teoria dei diritti fondamentali* Milano, Giuffrè, 1993. L'universalizzazione e la specificazione dei diritti si collega alla classificazione operata dal sociologo inglese THOMAS H. MARSHALL in alcune celebri lezioni tenute nel 1949 a Cambridge (ora in *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, UTET, 1976).

Per quel che riguarda la *positivizzazione* dei diritti, la discussione si è sempre svolta intorno alla discussione se i diritti dell'uomo esistono solo in quanto riconosciuti dagli ordinamenti giuridici (una posizione che può essere definita di positivismo giuridico) oppure, come sostengono le tesi giusnaturaliste¹⁶⁵, un nucleo originario di diritti si ricollega alla natura umana e quindi preesiste a

Marshall parlò di tre tipi di diritti. "I diritti del primo tipo" sono quelli che attengono alla piena affermazione della libertà individuale (libertà di pensiero, libertà religiosa, libertà di stampa, libertà di associazione); "i diritti del secondo tipo" sono i diritti politici (l'elettorato attivo e passivo, il diritto di partecipare all'esercizio del potere politico); "i diritti del terzo tipo" sono i diritti sociali, ovvero il diritto all'istruzione, all'assistenza sanitaria, all'assistenza sociale in caso di disoccupazione, diritti che presuppongono un'azione dello Stato per consentire a ogni cittadino di vivere la vita di un essere civile secondo gli standard prevalenti nella società. In questo quadro, esempi classici di riflessioni sui diritti del primo tipo sono *Il secondo trattato sul governo* di JOHN LOCKE del 1690 (Milano, Rizzoli, 1998) e il *Saggio sulla libertà* di JOHN STUART MILL del 1859 (Milano, Mondadori, 2002). La riflessione sui diritti politici richiama invece quella sul rapporto tra liberalismo e democrazia. A questo proposito, si può ricordare il celebre discorso di BENJAMIN CONSTANT su *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni* (Torino, Einaudi, 1991). Ma, in qualche modo, al tema si ricollega anche ISAIAH BERLIN in *Two concepts of liberty* (in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989) con la descrizione della dicotomia tra "libertà da" (libertà negativa, intesa come non interferenza) e "libertà di" (libertà positiva, intesa come effettiva capacità di decisione, autonomia, autogoverno). Ma il tema più dibattuto e complesso è quello dello *status* dei diritti sociali. La concezione che le esigenze di protezione sociale potessero costituire sviluppo e potenziamento delle libertà individuali fu propria, tra fine Ottocento e inizi Novecento, del *new liberalism* inglese (basti pensare a LEONARD HOBHOUSE, *Liberalismo*, Firenze, Sansoni, 1973). In Italia, un ragionamento simile venne compiuto da CARLO ROSSELLI in *Socialismo liberale* (Torino, Einaudi, 1997). Ma per la definizione dei diritti sociali nell'ambito dei diritti di libertà è interessante anche la prefazione di PIERO CALAMANDREI alla seconda edizione, del 1945, a *Diritti di libertà* di FRANCESCO RUFFINI (che, pubblicato per la prima volta dalle edizioni Gobetti nel 1926, aveva invece rappresentato l'estrema difesa delle fondamentali libertà di pensiero, di religione, di stampa e di associazione contro il nascente regime fascista); il saggio di Calamandrei è ora presente nella raccolta *La libertà dei moderni* (a cura di Gaetano Pecora, Milano, DUNOD, 1997). Nel già ricordato *L'età dei diritti*, NORBERTO BOBBIO riprende, da un lato, la classificazione di Marshall, dall'altro, ne introduce però una diversa: dopo aver parlato dei diritti sociali come diritti di seconda generazione, individua una serie di nuovi diritti come "diritti di terza generazione". Tra questi ricorda il diritto a un ambiente sano, i diritti dei consumatori, i diritti alla qualità della vita, alla privacy, il diritto allo sviluppo. E delinea, infine, dei "diritti di quarta generazione", legati alla tutela dell'integrità del patrimonio genetico a fronte dei progressi della ricerca biologica. Si tratta di tematiche sviluppatesi a partire dagli anni Settanta: basti pensare allo sviluppo dei movimenti femministi, alle lotte su divorzio, obiezione di coscienza, aborto. E nella stessa temperie culturale è nato in fondo, a partire dagli USA, anche il dibattito sul multiculturalismo: ci si è posti cioè l'interrogativo di quali diritti dovessero essere riconosciuti ai gruppi, alle comunità in quanto tali (basti pensare alle minoranze razziali e religiose), e quali rapporti vi fossero tra questi diritti e i diritti dell'individuo (si veda, a questo proposito, CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano, Anabasi, 1993). Il tema si collega oggi anche al problema dell'universalità dei diritti umani, che può essere così riassunto: la protezione dei diritti fondamentali è tipica del solo mondo 'occidentale' e quindi estranea ad altre civiltà, che preferiscono dare la preferenza ad altri valori, oppure i diritti umani devono essere protetti e garantiti da tutti gli Stati membri della comunità internazionale? Ma, da un diverso punto di vista, sempre a partire dagli anni Settanta, ci si è interrogati sulle degenerazioni burocratiche dei moderni Welfare State, tornando a rivendicare, contro l'ingerenza statale, "i diritti del primo tipo" e auspicando uno "Stato minimo": basti qui ricordare ROBERT NOZICK, *Anarchia, Stato, Utopia* (trad. it. Milano, Mondadori, 2000) e FRIEDRICH VON HAYEK *Legge, legislazione e libertà* (Milano, EST, 2000). Per quello che riguarda, infine, l'internazionalizzazione dei diritti umani, meritano di essere considerati, per una panoramica generale, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* di ANTONIO CASSESE e la voce sull'argomento dell'*Enciclopedia giuridica Treccani* redatta da Claudio Zanghì (vol. XI, 1989). Studi importanti sull'argomento sono poi quelli di PAOLO DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani* (Padova, CEDAM, 1994) e *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani* (Padova, CEDAM, 1997). Ulteriore materiale sull'argomento può essere poi reperito sul *database for education* dell'Alto Commissariato ONU per i diritti umani. Informazioni tratte da *Una bibliografia ragionata* a cura di Andrea Frangioni <http://www.treccani.it>.

¹⁶⁵ Sul giusnaturalismo è utile vedere ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale* Milano, Comunità, 1980 e LEO STRAUSS, *Diritto naturale e storia* Genova, Il Melangolo, 1990. Una critica delle tesi giusnaturaliste, a sostegno della 'storicità' delle varie categorie di diritti, è invece presente in molte opere di NORBERTO BOBBIO; tra queste si può qui ricordare *L'età dei diritti* Torino, Einaudi, 1990. Nel dibattito filosofico-politico, si è avuta una ripresa delle posizioni giusnaturaliste a partire dalla pubblicazione, nel 1971, di *A theory of justice* di JOHN RAWLS, Milano, Feltrinelli, 1999. Pochi anni dopo, nel 1977, RONALD DWORKIN, in *Taking the rights seriously*, ha sostenuto la positivizzazione dei principi di diritto naturale a opera dei cataloghi dei diritti contenuti nelle Costituzioni e attraverso l'operato delle Corti costituzionali *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982.

ogni concreto ordinamento giuridico, che risulta anzi legittimo solo in quanto non contraddice il diritto di natura.

Il recupero della dimensione propria dell'ermeneutica giuridica presuppone il superamento del positivismo legislativo, non però del principio di positività del diritto. La norma positiva vale anche a dare forza, secondo il principio di effettività - quale carattere essenziale del diritto - ai valori metalegislativi, che li riconoscono "*quali istanze assiologiche di controllo delle scelte del diritto positivo*".

"Al livello più alto di generalizzazione essa (cfr. l'ermeneutica) traduce i valori in regole di preferenza impartite agli organi di formazione e di applicazione del diritto (norme costituzionali strutturate come clausole generali o come diritti fondamentali); a un livello meno elevato, controllato dal primo (norme di legge ordinaria definite con la tecnica della fattispecie casistica), essa opera una scelta tra le molteplici possibilità di soluzione di un problema pratico rappresentate dai valori"¹⁶⁶.

Tutte le cose fin qui dette, ci portano ad affermare che *l'esseità assiologica* del diritto del lavoro, presuppone sul piano metalegislativo e metasistemico, i seguenti valori morali: *giustizia sociale, libertà, uguaglianza*.

Quindi, il programma etico dell'uomo anche nella sua specificità di *homo faber* è la sola maniera di evadere dal solipsismo, secondo cui dietro un determinato modo di pensare il mondo è il nostro interagire con esso¹⁶⁷.

Infatti, secondo Calogero, "*L'io limita la propria libertà per quella del tu, il quale a sua volta limita la propria per promuovere quella del terzo e così via*". Il che vuol dire che "*l'io pone il tu e il lui*"¹⁶⁸.

Perciò, dopo "*...aver fatto porre all'io il proprio limite nel tu, vi fa imporre al tu e il suo limite nel lui, questa è la stessa più profonda esigenza della moralità...*"¹⁶⁹. (ibid, p.35).

Utilizzando un linguaggio giuridico, tutto ciò è rappresentato nella *forma giuridica*, dal contratto che meglio si presta, per la sua funzione e contenuto, a rappresentare il fenomeno della *cessione a altri*, perché il *tu* contrattuale (cfr. datore di lavoro) e/o il *lui* contrattuale (cfr. contratto di somministrazione), possano avvalersi dell'*Io* (cfr. persona-lavoratore), cioè del risultato della attività lavorativa o senz'altro delle energie di lavoro.

Ecco che qualunque criterio si adotti per identificare la figura del contratto di lavoro, non si può prescindere dall'io-persona, abbandonando ogni suggestione economico-sociale, riconducibile all'individualismo, o al liberalismo, o al marxismo, che giustifica la posizione di rilievo assunta dall'eterodirezione quale esseità assiologica, di chi vincola ad altri la sua capacità lavorativa.

Per Calogero, l'uomo è coscienza, "presenza", il che implica un impegno etico, libero e responsabile.

Infatti non c'è mai, secondo Calogero, qualcosa o qualcuno che si possa imporre a noi: non c'è nessuna legge o regola esteriore costringiva al punto tale da doversi sottomettere ad essa, ma soltanto le nostre valutazioni e le nostre scelte. Siamo sempre e solo noi che decidiamo volta per volta, momento per momento¹⁷⁰.

¹⁶⁶ MENGONI L. *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina in Jus*, 1985, p. 469, ripubblicato in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, con il titolo *Interpretazione e nuova dogmatica*, p. 75.

¹⁶⁷ Il solipsismo è una dottrina filosofica che in questo caso sfocia in un assolutismo soggettivo e che indirettamente perviene alla impossibilità per un soggetto pensante di penetrare un'altra mente pensante. Così, applicando un simile principio a qualsiasi "cosa" si può immaginare che all'interno di essa viva un comportamento intelligente. Se la pensiamo così, ecco che siamo intrappolati in una visione del mondo.

¹⁶⁸ CALOGERO G. *La scuola dell'uomo*, 1939 p. 4.

¹⁶⁹ CALOGERO G *ibid*, p.35.

¹⁷⁰ "*Voler questo o quello, agire in questo o in quel modo, comportarmi moralmente o immoralmente, questo è lasciato alla mia facoltà: appartiene al regno del possibile, cioè alla sfera dei miei programmi d'azione. Seguire un certo ideale è per me un'esigenza, non una fatalità: sarà, se così si vuol dire, la soverchiante necessità interiore del mio atto, ma è comunque una necessità determinata, di cui è concepibile la mutazione, e che quindi è affatto diversa da quella per cui*

La scelta etica è una scelta dell'io, e perciò, contemporaneamente, sia della sua ragione che della sua volontà. La legge morale, l'eticità, è uscire da se stessi, volgersi all'universale.

L'uomo, in tutti gli ambiti in cui si trova a vivere, è sempre stretto tra la difesa e l'attacco di un valore, che egli vuole mantenere o cancellare nel futuro.

La decisione (*scelta*), quindi, fa capo a certi valori o disvalori che il singolo *io* ritiene tali e che vuole mantenere o sostituire.

Da ciò consegue che qualsiasi contenuto presente e qualsiasi progetto futuro, rimanda ad una scala assiologica che viene stabilita dall'*io* medesimo.

Nessuna logica o metafisica gli imporrà dall'esterno tale valutazione, né con rivelazioni né con dimostrazioni che si autodefiniscano assolute ed oggettive, salvo che egli non decida di ritenere quelle dimostrazioni o quelle rivelazioni valide per la situazione presente.

Le nostre scelte, quindi, ci indirizzano verso alcuni contenuti e ci allontanano da altri.

La logica e le scienze in genere, sono strumenti che di volta in volta l'*io* decide di utilizzare per realizzare i suoi progetti per il futuro.

Secondo Calogero, esiste una duplice libertà: *la libertà «assoluta» o «metafisica»*, che per necessità si impone a ciascun *io* perché corrisponde alla stessa presenza dell'*io* (io esisto dunque sono libero) e *la libertà «empirica»* che invece raggruppa tutte quelle libertà che conquistiamo nel corso della vita, ovvero nel superamento degli ostacoli che si frappongono tra noi e l'obiettivo prefissato. La prima libertà è la condizione necessaria per la conquista delle altre libertà, così come la presenza dell'*io* è la condizione necessaria per lo svolgimento di qualsiasi azione.

Calogero ricorda, inoltre, che avere la piena libertà di decidere il proprio progetto di vita, non significa assolutamente realizzarlo, poiché un conto è essere sempre liberi di aspirare a ciò che si considera buono, altra questione è, invece, realizzare quella stessa aspirazione: «...*altro è infatti la libertà, altro l'onnipotenza...*»¹⁷¹.

Proprio perché non siamo onnipotenti viviamo nell'eterna crisi dell'«*essere*» verso il «*dover essere*», cioè del necessario verso il possibile, del passato verso il futuro. La nostra condizione di partenza ci è necessaria, nessuno, quindi, può tornare indietro a cambiarla, ed essa vale soltanto in quanto trampolino verso il futuro, verso ciò che non è ancora e che noi vogliamo sia in un certo modo.

L'eticità è il mondo del *Tu* e presuppone la relazione minima tra due soggetti.

Nell'ambito del nostro diritto positivo, per esempio la norma dell'art. 1175 c.c. esprime già per se stessa, come proprio "*fondamento etico*"¹⁷², un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto (cfr.*Tu*) nel senso specifico di "*dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico*", senza bisogno di integrarla col dovere sociale di solidarietà umana previsto dalla Costituzione (artt. 2 e 41, comma 2) quale criterio di "*responsabilizzazione anche dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e anzi per il benessere degli altri*"¹⁷³.

La libertà assoluta, così come la presenza dell'*io*, non hanno alcun valore, per Calogero, perché sono produttive di ogni valore,¹⁷⁴ in quanto necessità immutabile. Ciò che non può cambiare, ciò che è inevitabile, infatti, non può avere valore¹⁷⁵, mentre acquista valore solo ciò che ha possibilità di diventare qualcosa, ovvero il «*dover essere*» che non «è» ancora: «*Il mondo dei valori*

io non posso mai non essere io e non essere volontà. Non è, insomma, un destino: è un dovere», CALOGERO G *ibid*, p.22.

¹⁷¹ CALOGERO G, *Etica, Giuridica, Politica*, II vol. delle *Lezioni di filosofia*, Einaudi, Torino 1960, III ed p. 69

¹⁷² Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, p. 537 ss., 544, da cui è tratto anche l'inciso virgolettato che segue.

¹⁷³ MENGONI L. *Autonomia privata e Costituzione* Banca borsa tit. cred. 1997, 1, 1.

¹⁷⁴ CALOGERO G *ivi*, p. 105

¹⁷⁵ MAURO VISENTIN, *La fine della gnoseologia e la posizione del problema speculativo di Guido Calogero*, in AA. VV., *Guido Calogero a Pisa tra la Sapienza e la Normale*, a cura di Claudio Cesa e Gennaro Sasso, Il Mulino, Bologna 1997, pp. 275-357, si veda p. 283

è quello delle cose che importano: e queste sono le cose per cui si trepida, non quelle che sono per eterna necessità».¹⁷⁶

La libertà assoluta, perciò, è priva di valore e appartiene sia ai tiranni, sia agli schiavi¹⁷⁷, mentre le diverse libertà «*empiriche*», che si possono perdere, sono quelle che bisogna conquistare e difendere perché non sono necessariamente connaturate a noi, queste medesime libertà, dunque, con i loro progetti di vita che noi vi associamo, acquistano valore e diventano per noi il bene.

Abbiamo, a questo punto, raggiunto un primo obiettivo, confermato anche da Ferrajoli, il quale ha presentato una innovativa teoria dei diritti fondamentali, che comprende una definizione formale, una tipologia ed una fondazione etica dei diritti fondamentali così definiti: «...Sono “*diritti fondamentali*” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “*tutti*” gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per “*diritto soggettivo*” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica¹⁷⁸... con i seguenti tratti strutturali che in base a questa definizione distinguono tali diritti da tutti gli altri, tutti indipendenti dagli argomenti o contenuti delle aspettative con essi tutelate: a) la forma universale [in senso logico] della loro imputazione; b) il loro statuto di regole generali ed astratte.....; c) il loro carattere indisponibile e inalienabile...»¹⁷⁹.

Oltre alla distinzione *soggettiva e oggettiva* dei diritti fondamentali Ferrajoli distingue anche tra diritti fondamentali *primari e secondari* (che si riferisce tanto ai soggetti come ai loro contenuti): i diritti primari, rispetto al loro contenuto, sono i diritti di libertà e i diritti sociali; i diritti secondari sono invece i diritti di autonomia, privata e politica, istituendo una gerarchia tra tali diritti¹⁸⁰.

Quanto sopra detto, ci consente di affermare che viviamo nell’eterna crisi dell’*“essere-lavoro”* verso il *“dover essere-diritto* del lavoro, cioè del necessario verso il possibile, del passato verso il futuro e per concretamente realizzare l’*Io-persona*, dobbiamo presupporre l’*essere-libertà*, il *poter-essere-libertà empirica (metascienza)* e, quindi, il *dover-essere-libertà giuridica*¹⁸¹.

¹⁷⁶ CALOGERO G, *La scuola dell'uomo*, cit., p. 18.

¹⁷⁷ CALOGERO G, *Etica, Giuridica, Politica*, cit., p. 106.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 282-283.

¹⁸⁰ «...Occorre insomma distinguere tre livelli di figure deontiche. Al livello più basso sta la libertà naturale extragiuridica, che non è un diritto ma una situazione di non diritto pur se protetta, ovviamente, dal diritto tramite la configurazione come illeciti delle loro arbitrarie lesioni: è la libertà consistente nel poter fare deonticamente tutto ciò che si può fare materialmente, incluso uccidere o rubare o comunque nuocere agli altri, e che è perciò destinata ad essere limitata dalle leggi e per altro verso dalle negoziazioni tra privati. A un livello superiore stanno i poteri – privati e pubblici, gli uni direttamente e gli altri indirettamente connessi ai diritti di autonomia rispettivamente civili e politici – il cui esercizio, tramite leggi e negozi, limita sempre le libertà. Infine, a un livello superiore a tali poteri stanno i diritti di libertà: siano essi di rango costituzionale, ciò che è necessario perché valgano a limitare il potere legislativo, siano essi di rango legislativo, ciò che è sufficiente perché valgano a limitare i poteri negoziali. Le libertà negative e positive del primo tipo sono variamente limitate dall’esercizio dei diritti-potere di autonomia: in maniera tendenzialmente uguale dalle leggi, in maniera disuguale dalla contrattazione privata. Le libertà positive del secondo tipo, ossia i diritti di autonomia, interferendo nelle libertà del primo tipo, sono altresì poteri, in quanto tali limitati dal diritto. Infine, le libertà negative del terzo tipo, ossia i diritti di libertà, sono precisamente i limiti imposti ai diritti-potere di autonomia...», FERRAJOLI *Ivi*, pp. 294-295.

¹⁸¹ Per esempio, i sindacati si possono differenziare tra loro sul piano politico-ideologico, oppure sul piano organizzativo (ved. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, 1998), o, più semplicemente, perché offrono lo stesso servizio con modalità diverse. Ciò che, invece, li accomuna è la pretesa di tutelare, di fatto se non di diritto, l’interesse non soltanto degli iscritti che per mandato rappresentano, ma di tutto il gruppo professionale di cui gli associati fanno parte (come scrive DELL’OLIO, *Il sindacato dei lavoratori nell’ordinamento vigente -voce per un’enciclopedia-*, DL, 1990, 357 s., il sindacato si occupa della *gestione accorpata* - e collettiva- dei rapporti di lavoro per garantire a tutti quelli che fanno parte della *categoria* condizioni non inferiori a quelle che si conta di imporre alla controparte, ma ciò - puntualizza MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo « erga omnes »*, RTDPC, 1963, 572 ss. - non tanto -o, almeno, non soltanto- per un’altruistica tensione a soccorrere i non soci, bensì (anche) per difendere i soci, ossia se stesso e le proprie conquiste. È questo, il punto di maggiore rottura tra *fatto* e *norma*, tra *essere* e *dover essere*.

Molto spesso si manifestano delle insofferenze alle forme giuridiche tradizionali, di cui si è lamentata l'insufficienza ad esprimere la nuova realtà, perciò il dover-essere-libertà giuridica si concretizza *nel principio di libertà*.

Del resto è soprattutto sulla libertà che si attua la tutela sociale, *“al fine di garantire a tutti la maggiore uguaglianza possibile nei punti di partenza”*¹⁸².

Il principio di libertà rivela *il grado di libertà che l'ordinamento giuridico concede ad ogni soggetto di diritto che si estrinseca nell'autonomia della volontà*, detta anche libertà contrattuale che è uno dei principi più generali del diritto privato patrimoniale, rispetto al diritto privato delle persone, che è il dominio del diritto imperativo¹⁸³.

La libertà contrattuale s'inquadra in una concezione liberale del bene sociale, e si fonda su un postulato: *quando ogni persona è autorizzata a raggiungere senza ostacoli il suo interesse personale, è manifesto che la società intera può trovarvi il suo utile*.

Nel diritto del lavoro le norme sono tutte orientate ad un solo fine, la salvezza della libertà, anzi della stessa personalità umana del lavoratore. La persona umana è implicata nell'adempimento dell'obbligazione e l'oggetto del negozio è la prestazione di un'attività lavorativa personale¹⁸⁴.

Infatti, *“per il lavoratore l'efficienza del sistema non può essere garantita soltanto da certi vantaggi contrattuali e dal principio dell'indisponibilità relativa dei propri diritti, bensì richiede la possibilità di conseguire in concreto e prontamente la soddisfazione dei diritti stessi”*¹⁸⁵.

Ne consegue che il creditore ha il dovere di comportarsi in modo da non lederne la dignità e la libertà, con riferimento al contenuto della prestazione debitoria, cioè dell'attività lavorativa, pertanto l'obbligo di correttezza imposto dall'art.1175 cod.civ. si applica con maggior rigore a causa del carattere personale e fiduciario di questo contratto, dove si ribadisce la partecipazione della persona umana nella realizzazione dell'oggetto del contratto esige la osservanza di regole di condotta che hanno come punto di riferimento la stessa persona del debitore¹⁸⁶.

Orbene, la giuridicità del dovere di correttezza è in funzione tanto dei diritti fondamentali posti a tutela della personalità del lavoratore, quanto della possibilità di realizzazione dell'oggetto

¹⁸² Enaudi L. Messaggio del 12 maggio 1948 al Parlamento.

¹⁸³ GOETHEM van M.FERNAND *Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro* in RIDL 1950, p. 268 e ss.

¹⁸⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in Dir. Lav., 1948, I p.276

¹⁸⁵ PROSPERETTI U. *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in RIDL Milano 1962 pg.62.

¹⁸⁶ *“...Solo alcune norme, dettate nel titolo III della parte I della Costituzione concernente i “rapporti economici”, limitano direttamente l'autonomia contrattuale: art. 36 (che garantisce ai lavoratori subordinati il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa), 37 (diritto di parità di trattamento, a parità di lavoro, delle donne e dei minori) e 40 (diritto di sciopero). Sono norme dotate di una duplice valenza: sotto un aspetto istituzionalizzano diritti fondamentali nei rapporti col pubblico potere, sotto un altro aspetto sono norme direttamente incorporate nella disciplina legale del contratto di lavoro: le prime due come norme impositive di minimi inderogabili di trattamento economico (quantificabili, in difetto di determinazione legislativa, per relationem alle tariffe dei contratti collettivi), automaticamente sostituiti, in virtù dell'art. 1339 c.c., alle clausole individuali meno favorevoli; la terza come norma che collega alla fattispecie dello sciopero legittimo l'effetto della sospensione dell'obbligazione di lavoro (e, correlativamente, della controprestazione retributiva). L'efficacia di queste norme sul contratto di lavoro è praticamente analoga alla Drittwirkung (immediata) teorizzata dalla dottrina tedesca, ma il mezzo tecnico è diverso. Alcune interpretazioni giurisprudenziali improntate al concetto di Drittwirkung, che implica il riconoscimento al giudice di un potere di controllo sul contenuto del contratto, sono rimaste isolate. Oggi si conserva appena il ricordo del tentativo, compiuto negli anni '50 da una parte della giurisprudenza, di derivare dall'art. 36 cost., il potere di sindacare la sufficienza delle tariffe dei contratti collettivi. Un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge. Nel codice civile si riscontrano pochi casi ben delimitati: art. 1384 (riduzione equitativa della clausola penale), art. 1526 (riduzione equitativa dell'indennità convenuta in favore del venditore in caso di risoluzione della vendita a rate), art. 1934 (riduzione della posta eccessiva in caso di gioco autorizzato dalla legge).... “MENGONI L. Autonomia privata e Costituzione in Banca borsa tit. cred. 1997, 1, 1*

contrattuale, è la sentinella della personalità morale del lavoratore ed anche per questo ha contenuto etico¹⁸⁷.

Pertanto, verrebbe attribuito al soggetto di volontà, *un potere di creazione del diritto*.

Se ciò fosse saremmo in presenza di solipsismo giuridico, e perciò potremmo affermare che la volontà sola è capace di creare diritto.

Ma ciò non è perché la libertà contrattuale trova il suo fondamento in una norma superiore, quella precisamente che *afferma essere tale libertà postulata per il bene sociale, che ne determina i limiti*.¹⁸⁸

Questa libertà, ha sempre però subito dei limiti, non è una libertà assoluta ed intera, ma utilizzando il concetto di Calogero è *una libertà empirica*.

Infatti il diritto non è mai una creazione spontanea, ma si pone sempre in una data realtà storica dove fini ben precisi, in relazione a situazioni date, danno origine ad un diritto nuovo.

Il diritto è, quindi, sempre relativo, nel senso che ogni nuova regolamentazione si presenta come desiderabile o come disastrosa in rapporto al diritto esistente.

Infatti le ragioni ideologiche aggiungendosi in questo contesto hanno da sempre creato abusi.

Abusi che determinano ineguaglianze, sono evitati con la norma imperativa che porta a limitare ancor più il campo d'applicazione della libertà contrattuale in materia di rapporti di lavoro, sul presupposto che *"...è l'ingiustizia derivante dall'ineguaglianza di fatto, come conseguenza di una libertà troppo grande, quando una delle parti gode, nell'elaborazione di un contratto, di una superiorità economica eccessiva rispetto all'altra parte contraente..."*¹⁸⁹

Pertanto, è giusto giuridicamente, ma ancor prima giusto moralmente, che un limite sia fissato alla libertà contrattuale nella misura in cui l'ineguaglianza è giudicata pregiudizievole.

Ecco, perciò che quando la condizione del lavoro subordinato si trova realizzata, gli interessati sono inquadrati *in uno statuto impersonale di norme*, dove molto poco è lasciato alla loro decisione.

Ma un ordine giuridico presuppone un *principio di autorità*, senza cui non si realizzerebbe la condizione necessaria per la conquista delle altre libertà di natura prettamente positivista e/o immanente, rispetto alla libertà assoluta (dell'*Io*) di natura prettamente giusnaturalistica e/o trascendente.

Funzione del *principio di autorità* è il *principio di uguaglianza*. Una conferma di ciò la possiamo derivare dalla dinamica dei diritti sociali, intesi come condizione *«indispensabile a liberare i non abbienti dalla schiavitù del bisogno»*¹⁹⁰, e a metterli in condizione di potersi avvalere,

¹⁸⁷ *"...La progressiva sensibilizzazione della dottrina privatistica ai valori etici della persona istituzionalizzati nella carta costituzionale nella forma di diritti fondamentali ha determinato un graduale mutamento della giurisprudenza, tradizionalmente diffidente verso l'uso della clausola della correttezza e della buona fede come strumento di controllo dell'autonomia privata. Questa clausola si concreta in obblighi autonomi ordinati alla protezione dell'interesse di ciascun contraente a preservare la propria persona e i propri beni da danni prodotti da comportamenti scorretti (sleali o negligenti) dell'altra, sia nella fase delle trattative e della formazione del contratto, nella quale costituiscono un rapporto obbligatorio senza obbligazione primaria di prestazione, sia nella fase dell'esecuzione del contratto, del cui contenuto essi entrano a far parte come obblighi accessori (obblighi di correttezza, corrispondenti alle Schutzpflichten della dottrina tedesca)..."* MENGONI L. Autonomia privata e Costituzione in Banca borsa tit. cred. 1997, 1, 1.

¹⁸⁸ Però non bisogna dimenticare che perché tutto ciò avvenga, *"è necessario che esista una regola preesistente ed oggettiva"* che *"...dia a quella volontà in un campo determinato e nella misura che essa autorizza, un potere di creazione del diritto..."*, GOETHEM van M.FERNAND *op. cit.* p.269.

¹⁸⁹ *"...per disciplina dei rapporti di lavoro, noi intendiamo l'insieme delle norme giuridiche che hanno di mira il lavoro subordinato, in generale lavoro salariato. Questo lavoro ha fatto l'oggetto in tutti i Paesi di una serie importante di disposizioni che tendono a sottrarlo, in larga misura, all'arbitrio della libertà contrattuale..."*, GOETHEM van M.FERNAND *op. cit.* p.271-272.

¹⁹⁰ La Costituzione italiana non enuncia la *libertà dal bisogno*, la quale idealmente sostiene e giustifica *".. tutta una serie di diritti e di libertà riconosciuti dall'ordinamento, tra cui emergono il diritto alla salute, al quale la Costituzione espressamente si riferisce come diritto fondamentale del singolo, oltre che interesse dell'intera collettività, il diritto all'assistenza, il diritto alla previdenza, la libertà dell'iniziativa assistenziale e previdenziale privata....la libertà dal bisogno non è una libertà negativa, cioè conformata allo schema tradizionale che caratterizza le libertà proprie*

anche di fatto, di quelle libertà politiche che di diritto sono proclamate come eguali per tutti»¹⁹¹, nella evoluzione dallo stato di diritto liberale-borghese, al c.d. «stato sociale di diritto», è caratterizzata dal principio di eguaglianza sostanziale, diversamente dallo stato liberale di diritto, autoritario che è fondato sull'eguaglianza formale.

Lo stato di diritto si caratterizza, perciò, per una contrapposizione fra eguaglianza e libertà, cui corrisponde la dicotomia *diritti sociali - diritti di libertà*¹⁹², rispetto ai diritti politici, che per definizione sono funzione del diritto di libertà.

Infatti, sia sul piano sociale, sia sul piano economico, deve essere garantito il rispetto delle regole, ma perché il soggetto possa essere libero, tale libertà deve essere di tutti.

In termini di teoria generale del diritto, questo si traduce, nella esaltazione della legge generale ed astratta e nel ripudio della legge-provvedimento, fonte di discriminazioni.

Il *trade-off* tra questi due principi è dato dal *principio di organizzazione* che fundamenta lo stato di diritto, tanto che sia la libertà, sia l'autorità-uguaglianza assumono un significato se ricondotte ad esso¹⁹³.

Attraverso il riferimento al concetto di dignità dell'uomo, l'uguaglianza è divenuta complementare rispetto alla seconda; inoltre, quando si consideri non l'individuo in astratto, ma l'*homme situé*¹⁹⁴, l'eguaglianza "...consente il concreto ed effettivo godimento ... delle libertà costituzionali..."¹⁹⁵.

Del resto i governi intervengono nel mercato del lavoro "... perché i mercati del lavoro completamente liberi sono imperfetti; esistono quindi rendite nelle relazioni di lavoro e i datori si appropriano di queste extra-rendite a scapito dei prestatori, generando sia disuguaglianza che inefficienza. I datori, ad esempio, discriminano le categorie di lavoratori svantaggiate, retribuiscono meno i dipendenti poco mobili, investono in capitale specifico dell'impresa, licenziano i lavoratori, che devono poi ricorrere ai sussidi pubblici, li forzano a lavorare più di quanto essi vorrebbero sotto la minaccia del licenziamento e non li assicurano contro i rischi di morte, malattia e invalidità e così via. In risposta alla sensazione di disuguaglianza e all'inefficienza associata alle relazioni di lavoro in un mercato del tutto libero, quasi tutti i Paesi intervengono in questo rapporto per proteggere il prestatore...."¹⁹⁶.

Perciò gli Stati scelgono una determinata combinazione di interventi nel mercato del lavoro per massimizzare il benessere sociale, garantendo il diritto al lavoro, inteso nei riguardi dei singoli anzitutto come diritto soggettivo, pubblico ed assoluto, alla libertà del lavoro, cioè libertà personale di scelta e di svolgimento della propria attività senza essere impedito da alcuno.

Dunque, entrambi i principi di libertà e di autorità, presuppongono un ordine sociale, che è governato appunto, dal *principio di organizzazione*.

dell'età moderna, le quali, anche quando sono concepite ed espresse secondo formule affermative (libertà di riunione, libertà di associazione, libertà di professione politica o religiosa), rappresentano in realtà aree di immunità, di esenzione da interventi esterni, garanzie a non essere impediti o disturbati nell'esercizio di quella particolare espressione della personalità, così considerata e tutelata: e, dunque, libertà da intendersi negativamente. La libertà dal bisogno appartiene, viceversa, alla categoria di quelle per la cui soddisfazione si richiede l'adozione da parte dell'ordinamento di iniziative di carattere positivo, indirizzate ad un fine specifico..” CINELLI M. *Libertà dal bisogno, solidarietà e autonomia nella previdenza dei professionisti*, in RIDL 1989 p. 113.

¹⁹¹ CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, 200.

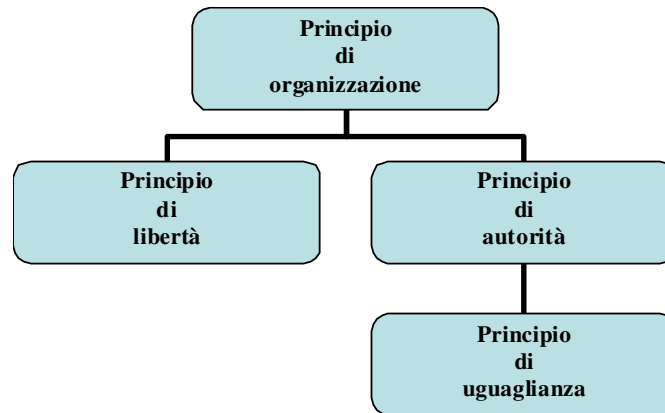
¹⁹² PRINCIPATO L. I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali in Giur. cost. 2001, 2, 873. I diritti di libertà, positivamente garantiti, sono studiati in sede di diritto costituzionale: come diritti prestatati o di diritto naturale sono oggetto di studio della filosofia del diritto.

¹⁹³ Il principio di organizzazione configura il diritto costituzionale come "diritto per principi", nel solco della distinzione sviluppata da Ronald Dworkin tra "regole" e "principi" e della ricostruzione del c.d. diritto mite proposta da Gustavo Zagrebelsky.

¹⁹⁴ Secondo la nota definizione di G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris 1956, VI, 361 e 374.

¹⁹⁵ M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.* 1980, 772

¹⁹⁶ JUAN C. BOTERO, SIMEON DJANKOV, RAFAEL LA PORTA., FLORENCIO LOPEZ-DE-SILANES ANDREI SHLEIFER "Che cosa determina il modello di regolazione del lavoro" in *Riv. it. dir. lav.* 2005, 2, 149.



Due aspetti importanti: uno relativo al contratto uno relativo al rapporto quale svolgimento fattuale del primo. Il primo fondato sullo scambio¹⁹⁷, il secondo presuppone la stabilità dell'occupazione e quindi di natura associativa, attraverso la collaborazione¹⁹⁸. Due sistemi di norme, civilistiche e costituzionali, che non si contrappongono ma coesistono, guidati da principi sostanzialmente diversi¹⁹⁹.

Nel sistema della Costituzione la legge sostituisce, con le sue norme, le "norme corporative", consentendo interventi più vasti dell'intervento economico degli aboliti organi corporativi, fondati sul pluralismo, sulla democrazia e sulla collaborazione ed in particolar modo sui principi di libertà e di democrazia.

C'è da tener presente che al centro del sistema vi è sempre un modello: quello di un rapporto subordinato a tempo indeterminato. Quindi è naturale che siano più presenti nel sistema diritto del lavoro principi che regolano il rapporto, rispetto a quelli che regolano il contratto, rimanendo quest'ultimo collocato per la sua forma almeno temporalmente alla fase iniziale della sua stipula.

Giunti a questo punto, è opportuno sottolineare, a maggior chiarimento dei problemi che abbiamo prospettato, che le norme che compongono il sistema del diritto, non si definiscono in base alla loro struttura sintattica, ma in quanto parte del sistema, che è a sua volta un insieme di proposizioni, per cui è necessario individuare le sue proprietà giuridiche (*assiomi giuridici, teorie giuridiche, principi giuridici, ecc.*).

¹⁹⁷ "...il contratto di lavoro, contratto a prestazioni corrispettive di scambio, non può essere considerato alla stessa stregua di un contratto che miri allo scambio mediante prestazioni corrispettive di beni patrimoniali; perché il lavoro umano, a differenza di un bene materiale, è la stessa persona che lo presta..." BARASSI in *Il dovere della collaborazione* in RIDL 1949, I p.7 e ss.

¹⁹⁸ Il concetto di collaborazione associativa non è nuovo nella dottrina; BARASSI in *Il dovere della collaborazione* in RIDL 1949, I p.1 e ss., insieme ad ARDAU *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1947, n.14 e SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1948 p.7 criticano la teoria che si limita a fare del rapporto di lavoro un puro rapporto di collaborazione. Quindi collaborazione associativa nei limiti sempre del dovere di fedeltà ex art.2105 c.c. Dice BARASSI "...La collaborazione vincola ciascuna delle due parti ai fini immediati che si propone l'altra (la destinazione dei prodotti o dei servizi e il sostentamento) senza che peraltro ne derivi una piena e immediata fusione unitaria di intenti....".

¹⁹⁹ "Il codice civile fu emanato, in pieno ordinamento corporativo, in relazione ai principi della Carta del Lavoro, premessa allo stesso codice che di essa costituì, appunto l'attuazione. L'ordinamento corporativo non era altro che un sistema, creato dalla legge, di organi amministrativi e di soggetti di diritto pubblico che regolavano, con loro potere normativo inderogabile, le singole imprese: sia nei rapporti di produzione che in quelli di scambio di beni e servizi... Caduto l'ordinamento corporativo e le relative norme,rimasero le norme del codice civile a disciplinare la materia del lavoro, e purate da ogni riferimento all'ordinamento corporativo....l'abrogazione della legislazione corporativa e dei relativi vincoli delle norme corporative all'impresa privata, ha permesso un ritorno abbastanza vigoroso all'iniziativa privata, ma è rimasta, nella stessa impresa, quella struttura gerarchica che era stata ritenuta necessaria per inquadrare l'impresa stessa in un ordinamento pubblicistico della produzione: mentre è in dubbio che la impostazione data dalla Costituzione all'impresa è quella di una "comunità di lavoro" in cui la parola "collaborazione" implica uno "status activae iuitatis" per coloro che ne fanno parte..." MAZZONI G. *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?* In RIDL 1954 I, pg.11 ss.

In tal caso si pongono delle questioni preliminari: stabilire quali sono nel diritto del lavoro le norme giuridiche prime, se vi è la libertà di stabilirle, se si possono scegliere arbitrariamente, se e come si possono eliminare ed, infine, se è possibile aggiungerne, se tra queste norme è configurabile un conflitto²⁰⁰

Nel caso affermativo, l'aumento di tali norme giuridiche prime (*assiomi giuridici*) produce analogamente a quanto avviene in certi sistemi formalizzati la saturazione, pertanto diventa importante il grado di entropia del sistema giuridico diritto del lavoro²⁰¹.

Ancora una volta l'approccio giusnaturalistico consentirà di dare risposte diverse, rispetto a quelle di un approccio giuspositivista.

Per il primo, gli *assiomi giuridici* sono evidenti e pertanto non vi può essere un limite, stante il fatto che la ricchezza normativa (*deontica*) dell'uomo è praticamente inesauribile.

La dinamica sociale determina un confronto continuo con circostanze sempre diverse e tutto ciò rivela una nuova norma, esistente teoricamente in potenza da sempre, ma che non essendo ancora conosciuta non aveva trovato condizioni di applicazione.

Diversamente per il positivista il sistema giuridico non ha che una norma prima²⁰², la norma fondamentale (*Grundnorm*) di Kelsen²⁰³, o la norma di riconoscimento di Hart²⁰⁴.

²⁰⁰ "...Non vi sono conflitti tra i diritti sociali a prestazioni positive e gli altri diritti fondamentali. Non vi sono con i diritti di libertà, dato che nel modello di Ferrajoli i diritti sociali non incontrano limiti nei diritti di libertà, «ma solo nei costi della loro soddisfazione, finanziati dal prelievo fiscale in danno dei diritti patrimoniali» . E neppure vi è conflitto tra i diritti sociali, e in generale i diritti primari, e i diritti di autonomia privata (di scambio e iniziativa economica) e politica, dato che questi ultimi sono diritti-poteri..." COMANDUCCI P. *op. cit.* p. 326.

²⁰¹ Su questo ved. MELISSARI P. *Lavoro, Diritti, Tutele* Ed. Falzea 2005

²⁰² Diversamente Mengoni secondo cui, "...Perduti i fondamenti etici del giusnaturalismo, "il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto". Ciò che conta per la validità della norma è la legalità del procedimento di statuizione, non la fondazione razionale del suo contenuto: la verità del diritto è meramente procedurale (vale a dire interamente subordinata alla storia). Questa concezione, derivata dalla teoria pura del diritto di Hans Kelsen, si regge su una triplice finzione: la finzione di una mitica norma fondamentale che legittima tutto quanto senza essere a sua volta suscettibile di giustificazione razionale; una presunzione, che in realtà è una finzione, di razionalità collegata alla regolarità formale dei procedimenti di formazione delle singole norme; infine la finzione di completezza, di totale auto-sufficienza dell'ordinamento giuridico, per cui tutto ciò che non è integrabile nelle sue categorie formali è privo di senso, ossia giuridicamente irrilevante...La costituzione repubblicana è ispirata a una concezione opposta, oggi correntemente denominata post-positivista, nel senso di un nuovo modo di intendere la positività del diritto, definito dal rifiuto di due postulati fondamentali del positivismo classico, il postulato della completezza dell'ordinamento giuridico e il postulato del formalismo giuridico. Secondo il positivismo legalistico di tipo ottocentesco il fondo morale del diritto positivo poteva essere rilevato soltanto da un osservatore esterno, dallo storico, dal sociologo o dal politologo, non da un punto di vista interno al sistema giuridico, cioè dal giurista: una volta integrati nel sistema, i principi morali si tramutavano in concetti formali perdendo il loro status ontologico e logico originario..."; MENGONI L. *Diritto e tecnica in Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 1, 1.

²⁰³ Secondo Kelsen, la Costituzione in senso stretto non è altro che "la regola che disciplina la produzione delle norme giuridiche che formano l'ordine sociale, ossia la regola che determina gli organi e il procedimento di formazione delle leggi. (Infatti) il varo di tale regola fondamentale è condizione indispensabile per la formazione delle norme giuridiche, che disciplinano il reciproco comportamento delle persone che formano la comunità statale, nonché delle norme giuridiche che determinano gli organi necessari per applicare e far valere le norme suddette e i rispettivi procedimenti" (KELSEN (1929), *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, fascicolo 5°, Berlino e Lipsia pp. 30 ss., pp 36 s.). In sostanza quindi, la Costituzione in senso stretto è regola fondamentale che non pregiudica i contenuti delle norme giuridiche. Essa disciplina piuttosto il procedimento della loro formazione. Ne consegue che un ordinamento costituzionale può essere qualificato come democratico se ed in quanto disciplina un procedimento di produzione delle norme giuridiche regolanti l'agire delle persone nello stato, capace di garantire la partecipazione del popolo e dei suoi rappresentanti alla loro formazione, senza predeterminarne i contenuti. Tuttavia, non va sottaciuto che lo stesso Kelsen è dell'opinione che norme giuridiche che si basano su un ampio consenso uguale a quello necessario per porre la regola fondamentale, possono prevedere anche elementi che determinano (in parte) il contenuto delle o di particolari leggi. Si tratterebbe di norme rientranti nel concetto di costituzione in senso ampio (*Verfassung in weiterem Sinne*). Fra queste norme Kelsen menziona quelle che prevedono un catalogo di diritti fondamentali e di libertà (*Grund- und Freiheitsrechte*; Kelsen, 1929, p. 37).

²⁰⁴ Secondo Hart l'ordinamento giuridico di una società evoluta è costituito da due tipi di norme, *primarie* e *secondarie*, ed è fondato su un tipo particolare di norma secondaria che è detta *di riconoscimento*. Il riconoscimento delle norme

Da quanto sopra detto emergono due aspetti importanti: *primo*, l'idea che i problemi della giustizia sociale nascano quando c'è un conflitto di interessi fra individui o fra gruppi diversi; *secondo*, e più importante, l'idea che la giustizia sociale sia qualcosa su cui tutti, in linea di principio, possono raggiungere un accordo razionale.

Ecco, perciò, che in caso di conflitto, è necessario trovare un corso d'azione che sia accettabile per tutte le parti. Il problema che si pone a questo punto è che determina il tipo di sistema morale ottenibile, è quale debba essere la base dell'accordo.

Se consideriamo la "*giustizia come vantaggio reciproco*", la base deve essere il perseguimento razionale dell'interesse personale; secondo tale posizione, un principio morale di composizione di un conflitto di interessi è un principio che rispecchia l'equilibrio delle forze, per cui tutti sono incentivati nella stessa misura ad adeguarsi alle sue richieste, a condizione che lo facciano anche gli altri.

È facile individuare la motivazione che spinge ad agire in accordo con un simile principio morale. Non c'è bisogno di invocare una motivazione specificamente morale; c'è soltanto la razionalità, intesa come scelta dei mezzi più adatti a raggiungere i propri scopi.

Questa teoria presenta un forte limite. Un individuo può accettare un certo esito in quanto è il migliore nel quale possa ragionevolmente sperare, in una situazione data; ma questa può anche essere accettazione solamente nel senso di rassegnazione al destino.

Invece, secondo Kant, un accordo su condizioni ragionevoli è qualcosa che ha valore in sé, e non è uno strumento più o meno efficiente per perseguire i propri scopi.

Nasce, quindi, la possibilità che le esigenze della moralità vadano contro quelle dell'interesse personale.

In termini generali, questo approccio ci chiede di prendere le distanze dalla nostra situazione contingente e di assumere una posizione più imparziale, che sia accettabile da tutti i punti di vista.

L'approccio kantiano, in definitiva, afferma un egualitarismo morale fondamentale, la cui forza trainante non è la coerenza logica, bensì quella che potremmo definire coerenza umana.

Infatti, attraverso l'attribuzione di personalità morale universale, i conflitti di interesse vengono superati cercando delle ragioni per agire che siano valide per chiunque, sulla base delle premesse razionali comuni a tutti gli esseri umani²⁰⁵.

E' un auspicio all'effettività del principio di solidarietà, destinato a svilupparsi nel carattere necessariamente multiculturale dell'ordinamento giuridico. E' questo l'ambito entro cui devono trovare spazio le molteplici tensioni presenti nella società²⁰⁶.

giuridiche da parte dei funzionari preposti alla loro osservanza è fondamentale per la stessa esistenza dell'ordinamento giuridico: infatti, osserva Hart, non basta che gli individui soggetti alle norme sia consapevoli dei loro doveri ed obblighi, occorre anche che chi sta dall'altra parte dell'ordinamento conosca i propri poteri e li interpreti in modo conforme al riconoscimento che ad essi viene dato dai soggetti del diritto in questione. La norma di riconoscimento non stabilisce l'efficacia delle altre norme (la loro obbedienza/disobbedienza) ma la loro *validità*, cioè la loro appartenenza all'ordinamento come norme giuridiche (pg.122-123); la norma di riconoscimento è definitiva e suprema (p.132), per l'osservatore esterno essa esiste nella pratica effettiva dell'ordinamento giuridico, mentre dal punto di vista interno è valida, (p.120). HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto* 1961/ed.Einaudi, Torino 1965).

²⁰⁵ In tal senso anche SEN, A., *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Bologna, Società editrice il Mulino, 2000, p. 4. e SMITH, A., *Teoria dei sentimenti morali*, Milano, Rizzoli, 1995, pp. 295-6.

²⁰⁶ "*Lo scientismo tecnologico attribuisce valore preminente all'individuo; la costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio di solidarietà. Lo scientismo tecnologico produce una rottura radicale col pensiero precedente, crea una nuova forma di pensiero che non conosce essenze ma soltanto scopi e funzioni. L'ordinamento giuridico, invece, è multiculturale: la sua evoluzione plurisecolare ha inglobato in una apparente unità sistematica stratificazioni normative ispirate a filosofie, valutazioni di interessi e concettologie diverse, che ora convivono sincronicamente. Recenti istituti o riforme legislative coerenti con i processi di avanzamento dello scientismo tecnologico (si pensi al nuovo diritto di famiglia, alle leggi sulla fecondazione assistita, alla liberalizzazione dei costumi, alla liberalizzazione del mercato) coesistono con istituti precedenti derivati dal diritto romano e dalla tradizione romanistica cresciuta nell'ambiente della filosofia scolastica medievale, poi secolarizzata, ma sempre nel medesimo alveo di pensiero, dal giusrazionalismo dei secoli XVII e XVIII. [...]. È una multiculturalità in cui si riflettono tensioni presenti nella società, e non solo tra pensiero antico e moderno, ma anche in seno al moderno. L'ideale politico della democrazia è omogeneo alla logica del*

Tutto ciò presuppone, quindi, l'esistenza di una *comune* autorità morale a cui tutti gli individui saranno assoggettati.

Riaffiora a questo punto *il principio di autorità*²⁰⁷.

Anche se assistiamo quotidianamente ai continui conflitti di interesse, che sembrano indicare che non esista un'unica autorità morale, oggettiva in quanto imparziale, ciò non esclude una ricerca delle condizioni necessarie affinché una scelta sociale possa essere razionalmente condivisa dal più ampio numero di persone possibile.

Solo un maggiore consenso sulle decisioni sociali, se ottenuto sulla base della razionalità, comune a tutti gli individui, è in grado, infatti, di garantirne l'efficacia, preservando la stabilità e la serenità politica e sociale, cioè mezzi più efficaci in vista di determinati fini.

Tanto maggiore sarà questo *consenso razionale*, quanto più giusta potrà dirsi la scelta effettuata.

Il *consenso razionale* presuppone, quindi, un *principio di razionalità assiologica* che orienta il comportamento dell'individuo verso la scelta non più utile per sé stesso, ma eticamente più vantaggiosa per la collettività o il gruppo a cui appartiene.

Infatti, "*non basta che le proposizioni dogmatiche siano sistematicamente congruenti; è necessaria anche la loro congruenza assiologica secondo un principio di razionalità che sta al di qua del pensiero sistematico e non si identifica col principio di economicità*"²⁰⁸.

E' quello che Hegel definisce il passaggio dalla *proprietà* al *contratto quale* rapporto fra due volontà. Avere la proprietà di una cosa mediante la volontà comune. Questa mediazione è appunto il contratto.

Il contratto procede dall'arbitrio (e presuppone il riconoscimento personale), arriva a una volontà comune, ha come oggetto una cosa esteriore ed alla base del contratto vi è lo scambio e ciò che deve rimanere identico è il valore di scambio.

La cosa passa di mano, il valore resta; oppure si scambiano due cose qualitativamente diverse il cui valore è identico. Il valore è l'aspetto universale degli oggetti di scambio²⁰⁹.

Infatti, l'economia di mercato, in cui il processo di produzione è organizzato nella forma della compravendita, richiede che tutti i fattori della produzione siano trattati come merci²¹⁰.

mercato, quindi favorevole allo smantellamento delle strutture dirigistiche dell'economia pubblica, compensato però da nuove regole correttive di asimmetrie informative e di potere nei rapporti di scambio o di distorsioni dei rapporti di concorrenza", MENGONI, Diritto e tecnica op. cit p.9

²⁰⁷ "...Nella pratica, ovviamente, possiamo anche non fare quanto sentiamo che questa motivazione ci chiede; ma posto che la sua autorità sia stata comunque riconosciuta, è difficile, ancora una volta, trovare un modo di trattarla come una semplice ragione per agire fra molte, da giocare contro le altre...." BARRY, B., *Teorie della Giustizia*, Milano, il Saggiatore, 1996, p. 316.

²⁰⁸ MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2002, 4, 1063, 1994, p. 17, ripubblicato in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 113.

²⁰⁹ HEGEL *Lineamenti della Filosofia del Diritto* edizione italiana curata da V. Cicero (Rusconi, Milano 1996).

²¹⁰ Marx aveva capito il ruolo svolto dal rapporto di lavoro nel creare le condizioni della produzione di plusvalore. Già nelle sue prime opere economiche aveva compreso che nel contratto di lavoro "*l'operaio libero [...] vende se stesso, e pezzo a pezzo*" (Marx, 1945, p. 19). Poi nel *Capitale* (1964, I, pp. 372-3) aveva chiarito che la direzione capitalistica nel processo lavorativo assume la forma di un dispotismo politico e che "l'ordine del capitalista sul luogo di produzione diventa indispensabile come l'ordine del generale sul campo di battaglia", cosicché "agli operai salariati la connessione dei loro lavori si contrappone [...] come *autorità* del capitalista, come potenza di una volontà estranea che assoggetta al proprio fine la loro volontà". Marx stesso restò almeno in parte prigioniero dell'ideologia del lavoro merce, non riuscendo a cogliere la differenza sostanziale che c'è tra un contratto di lavoro e un contratto di compravendita di una merce; e benché avesse sempre avuto ben chiaro in mente che "il *salario* viene determinato attraverso la lotta ostile fra capitalista e lavoratore" (Marx *Manoscritti economico-filosofici* 1968, p. 155), tuttavia ha sempre continuato, sulla scia di Smith e Ricardo, a usare la metafora del mercato per dar conto della determinazione del salario. Marx aveva capito che il "lavoro" non è una merce e che non ha senso parlare di "scambio di lavoro". Tuttavia avendo posto la "forma-merce" alla base dell'analisi del capitale e il lavoro alla base dell'analisi del processo di valorizzazione, si trovò poi costretto a introdurre il concetto di "forza-lavoro" per dar conto del rapporto di lavoro come basato sulla *compravendita* di una merce: il lavoratore vende la forza-lavoro e ne riceve in cambio il salario, che è il suo valore di scambio; il capitalista acquista il valore d'uso della forza-lavoro, che consiste nella capacità di creare valore.

Le leggi sul lavoro dal punto di vista civilistico della disciplina del contratto, sin dalle origini,²¹¹ si coordinano con una *ratio* protettiva della condizione di parte debole del lavoratore, priva di effettivo potere di autonomia (cfr. *libertà*), dando rilevanza perciò all'effettività del rapporto perché in esso si materializza il prodotto del lavoro, l'oggetto dell'attività lavorativa ed in quanto oggetto si presenta al lavoratore come un'entità che è a lui estranea, indipendente da lui, e insomma merce che per contratto appartiene a un altro.

Ciò accade perché, visto che col contratto di lavoro il datore di lavoro acquista la prerogativa del comando sull'attività del lavoratore, questa diventa nel rapporto giuridico una manifestazione della sua volontà.

L'attività lavorativa, che è azione fisica e mentale del lavoratore, si trasforma, quindi, in azione economica del datore di lavoro. I prodotti da essa creati appartengono, dunque, a quest'ultimo, non al lavoratore.

Questa *ratio* è portatrice di una esigenza di limitazione della regola del mercato anche in ordine alla determinazione delle condizioni dello scambio, specialmente in assenza di informazione.

E' bene ricordare che l'assenza di informazioni favorirebbe interpretazioni differenti del problema distributivo, acuendo la diversità delle posizioni etiche delle parti in conflitto.

La "perfetta" informazione, viceversa, agevolando una corretta, e comune, interpretazione del problema, consentirebbe di raggiungere una soluzione accettata dalle parti realizzando quello che Rawls indica come superare il *velo di ignoranza* per realizzare la *posizione originaria*²¹².

Il discorso, quindi, dovrebbe vertere sull'ammissibilità o meno di quegli *assiomi* (cfr. *postulati*), cioè sostanzialmente, sulla ammissibilità o meno della *razionalità* su cui quegli assiomi si fondano.

Per Mengoni "...Nel contesto della giustificazione decisiva è la valutazione di razionalità sistematica, di congruenza della soluzione con la logica del sistema costituito. In questo contesto sono escluse giustificazioni di altra specie, politiche, economiche, morali, religiose ecc. Sono tutti punti di vista importanti per la formazione del progetto di decisione, ma per tradursi in decisione *secundum ius* esso deve essere fondato mediante un controllo di coerenza in vista della decisione di altri casi..."²¹³

Infatti sia il giudice di legittimità, sia il giudice delle leggi utilizzano la razionalità quale principio su cui fondare il loro giudizio.

Nell'ambito del diritto positivo italiano tale principio è racchiuso nell'art.1175 del c.c. dove è sancito il dovere di correttezza espressione di un generale principio generale di solidarietà tra i due soggetti del rapporto che deriva a sua volta dallo spirito di collaborazione cui è improntato ogni ordinamento giuridico moderno. La solidarietà così affermata affievolisce l'elemento egoistico proprio dei rapporti obbligatori²¹⁴.

Quest'ultimo principio consente di attivare il metasistema che a sua volta attiva i tre principi che regolano il sistema giuridico formalizzandolo ed il suo assetto assiologico.

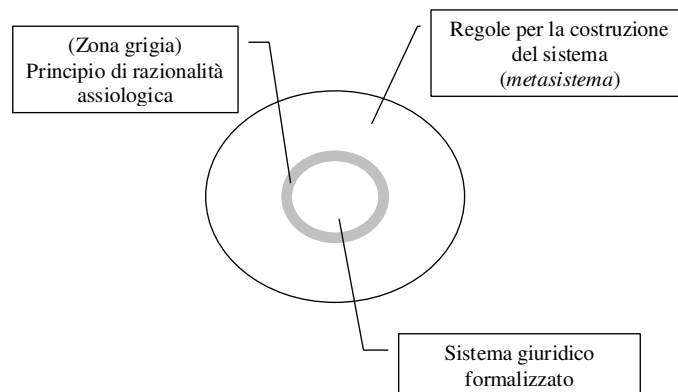
La coordinazione di tali principi è intesa qui, come correlazione logica o sistematica considerata sotto il peculiare aspetto sociale.

²¹¹ BARASSI, L. *Contratto di lavoro*, II, 1917, 328 s.,

²¹² RAWLS *Ibidem*, p. 35.

²¹³ MENGONI L. *Ancora sul metodo giuridico* 1984, p. 335

²¹⁴ LEGA C. *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro* RIDL, 1957 pp.89 e ss. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1956, p.485, BARASSI *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, I p.81, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* Milano p. 382, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, (2) Milano, 1950, p.25, COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p.23, BETTI *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p.69, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p.60.



Il principio di *razionalità assiologica* si fonda sulla regola del *maxmin* adottato dalla logica fuzzy per la scelta in condizioni di incertezza²¹⁵.

Grazie a ciò sussiste la possibilità di passaggi graduali e di forme miste in quanto le forme giuridiche, per la variabilità dei loro elementi possono sovrapporsi, pertanto è necessario un procedimento di qualificazione della riconduzione all'assetto assiologico, alla essentità assiologica, attraverso una valutazione globale degli elementi disponibili, *funzionali appunto a tale ordine-organizzazione*.

Infatti il controllo di razionalità o ragionevolezza da parte del giudice di legittimità, esprime l'esigenza di giustificare ogni decisione normativa "ed implica l'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità".²¹⁶

Tutto ciò acquisisce rilevanza se si pensa che tale controllo più che essere di legittimità anche a tale livello di giurisdizione è appunto di merito, perché *quel controllo attiene sia alla rispondenza, in termini di valutazione politica qual è inevitabilmente quella del ragionevole, dei*

²¹⁵ "...il problema del diritto moderno dal punto di vista di una teoria assiomatica generale è, ovviamente, che nonostante gli sforzi di esplicitare e formulare in testi giuridici espliciti e univoci le norme giuridiche, incluse le metanorme di struttura, molte di loro rimangono formulate in linguaggio ordinario e quindi vaghe e incerte, incluse le norme sulle fonti a quelle sulla interpretazione. Il problema non cambia se vi aggiungiamo le norme formulate dalla giurisprudenza, che sono semmai anche più vagamente formulate. Un ordinamento giuridico moderno rimane percorso da profonde incertezze; non solo incertezze riguardanti il contenuto di specifiche norme, ma anche i concetti e le norme strutturali su cui interpreti diversi possono dare e danno soluzioni diverse. Le divergenze su punti specifici sono appunto solo divergenze, ma le divergenze interpretative riguardanti elementi strutturali del diritto richiederebbero una descrizione diversa. I diritti contemporanei non sono infatti ordinamenti espressi in un linguaggio algoritmico in cui ogni questione parte da un insieme unico di premesse e ottiene la stessa risposta, ma ciascun diritto è piuttosto un fascio di soluzioni, alcune abbastanza certe, altre meno, che messe sotto il microscopio di una concettualizzazione alla Ferrajoli ci rivelano per ciascun diritto non la immagine piramidale di un ordinamento unico, ma quella di un fascio di ordinamenti sincronici, per la massima parte coincidenti nelle interpretazioni dei loro diversi interpreti, e nelle diverse interpretazioni dei singoli interpreti, ma anche comprendenti ciascuno premesse fondanti parzialmente diverse che producono conseguenze parzialmente divergenti. L'effetto della assiomatizzazione delle divergenti opinioni dei giuristi di fatto esistenti nella nostra società sarebbe ovviamente quello di mostrare che le premesse normative (le teorie delle fonti del diritto, la norma di riconoscimento) implicitamente impiegate dai diversi giuristi sono in realtà parzialmente diverse, riempiono in modo diverso gli spazi di indeterminatezza esistenti. Tali indeterminatezze poi, ovviamente, non riguardano solo i concetti giuridici specifici, ma anche quelli teorici, cui i giuristi fanno riferimento inevitabile, anche se in modo più o meno consapevole e articolato. Diverse concezioni di cosa è una norma giuridica, del ruolo della giurisprudenza e del legislatore, diverse concezioni del linguaggio giuridico e della interpretazione, diverse concezioni dei diritti, costituiscono esempi di differenze strutturali lasciate in ombra dal diritto moderno e lasciate quindi nell'ambito di discrezionalità dei giuristi. Nel senso che non si può dire che si violi o si trascuri necessariamente il diritto quando si offrono diverse concezioni delle relative teorie.....". JORI M. Pragmatica, scienza giuridica e diritti Analisi e diritto 2002-2003, a cura di P. Comanducci e R. Guastino p. 403 in <http://www.giuri.unige.it>.

²¹⁶ Corte Cost. sentenze n.421 del 1991 e n.264 del 1993 sul punto vedi PERSIANI M. *Diritto del lavoro e razionalità in Diritto del Lavoro CEDAM 2004* pg.13 ed in particolare la nota n.15.

mezzi utilizzati agli interessi da perseguire, sia alla “congruità o arbitrarietà del bilanciamento degli interessi configgenti” che è stato realizzato con gli atti assoggettati a quel controllo²¹⁷.

Il momento logico-sistematico determina, perciò, il costante e continuo adeguamento della legge ordinaria ai principi che caratterizzano l'ordinamento e la integrazione e armonizzazione delle singole disposizioni con tale ordinamento nel suo complesso, secondo un criterio di razionale coerenza che tende ad una continuità logica tra le parti del sistema, da realizzare alla luce e secondo orientamenti e le direttive enunciate nella Costituzione, dei quali le singole disposizioni legislative devono costituire svolgimenti coerenti.

Infatti, mentre la norma si applica per sussunzione, ovvero riconducendo il caso alla fattispecie astratta da essa prevista, i principi si applicano attraverso il bilanciamento²¹⁸. Perché esistono anche le zone grigie dove esistono diritti da tutelare.

Pertanto le zone grigie tra il principio di libertà e il principio di autorità, sono riconosciuti e l'incertezza ivi presente è superata per mezzo del principio di razionalità il quale individua i diritti a cui corrispondono altrettanti doveri etico-sociali, attivando appunto la dimensione della giuridicità.

La tecnica di qualificazione utilizzata per identificare il principio non può che essere *tipologico* e non sussuntivo²¹⁹. Infatti essa si caratterizza per la contrapposizione fra il *tipo*, categoria logica propria di un *pensiero orientato ai valori*, rispetto al metodo sussuntivo che è un *pensiero orientato al concetto generale-astratto*²²⁰.

Tutto ciò però presuppone l'esistenza della norma che definisce un tipo normativo *che si contraddistingue per il fatto di non essere un modello che rappresenta la realtà bensì un modello imposto dal legislatore per regolarla*²²¹, infatti, le norme sono tutte fornite di un valore; le norme giuridiche, di un valore giuridico.

Principio di libertà

Contratto (*libertà formale*)

1. Principio di libertà di forma
2. Principio di libertà di recesso
3. Principio di libertà contrattuale *diritto del lavoratore di rassegnare le dimissioni*
4. Principio di libertà personale *diritto di recesso*
5. Principio di libertà di scelta contrattuale *scelta del contratto collettivo (adesione)*
6. Principio di libertà di scelta negoziale

Rapporto di lavoro (*libertà sostanziale*)

²¹⁷ Il corsivo è di PERSIANI M. *Diritto del lavoro e razionalità* in *Diritto del Lavoro* CEDAM 2004 pg.15.

²¹⁸ “I principi non si applicano mediante sussunzioni sillogistiche, ma mediante bilanciamenti, cioè ricorrendo a standard valutativi extratestuali permeabili rispetto all'argomentazione morale pratica. Procedimentalizzare l'applicazione dei principi significa infatti due cose: 1) formalizzare le pratiche di bilanciamento per mezzo di test di ragionevolezza; 2) aprire le pratiche di bilanciamento all'apporto, più o meno paritario, dei soggetti interessati, in modo che l'argomentazione morale pratica cui dà luogo l'applicazione del principio coinvolga in forma discorsiva più voci, opinioni, interessi: in un certo senso la legge procedimentale costituisce un'iniezione di "democrazia deliberativa".” CHESSA O. *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto* (nota a Corte cost., sent. n. 6/2004) in <http://www.forumcostituzionale.it>.

²¹⁹ “..Quando tra i giuslavoristi si parla di metodo tipologico, lo si identifica pressoché sempre (salvo poi l'apporto della elaborazione personale), con quanto prospettato da De Nova nel suo lavoro sul tipo contrattuale e che, a sua volta, è ripreso da quel filone della dottrina tedesca denominato della *klassische Typuskonzeption*. Tale filone risale a Karl Larenz ed è stato sviluppato, in relazione al settore contrattuale, soprattutto da Leenen...” NOGLER L. *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato* in RIDL 1990 pg.200 ss.

²²⁰ Siamo a conoscenza delle osservazioni e dell'orientamento esistente in dottrina e riassunto da NOGLER della possibilità di cogliere solamente l'aspetto psicologico dell'operazione di riconduzione al tipo o modello, tanto da non offrire indicazioni sufficientemente precise sullo svolgimento di questa operazione, ma non accettiamo l'applicazione del modello sillogistico che caratterizza la sussunzione, perché anche questo modello presuppone che la premessa maggiore sia costituita da una norma, ma così non è perché di fatto questa è costituita dall'interpretazione della norma e quindi, l'operazione di qualificazione è anch'essa soggetta ad una operazione riconducibile all'aspetto psicologico dell'interprete del dato. Pertanto, cogliere la realtà (aspetto empirico).

²²¹ Il corsivo è di NOGLER L *op.cit.* p.202.

1. Principio di libertà sindacale
2. Principio di libertà personale *dignità del lavoratore*
3. Principio di libertà di partecipazione *costituzione dei Fondi pensione è un principio di assoluta volontarietà*
4. Principio di libertà di adesione *ai piani di partecipazione finanziaria*
5. Principio di libertà di organizzazione sindacale
6. Principio di libertà di circolazione
7. Principio di libertà dell'iniziativa economica individuale (*libertà d'impresa*)
8. Principio di libertà ed autodeterminazione sindacale

Principio di autorità

Contratto (formale)

1. Principio di qualificazione
2. Principio di uguaglianza
3. Principio di pari opportunità nel mercato del lavoro
4. Principio di effettività

Rapporto (sostanziale)

1. Principio di riqualificazione *del falso rapporto di lavoro* (divieto)
2. Principio di parità
3. Principio di democrazia sindacale
4. Principio di uguaglianza (*vedi principio di parità*)
5. Principio della non arbitrarietà della decisione imprenditoriale *al mantenimento del posto di lavoro del lavoratore*
6. Principio di giustificazione *del licenziamento*
7. Principio di tempestività o di immediatezza
8. Principio della non sindacabilità delle decisioni di massima del datore di lavoro
9. Principio di sufficienza della retribuzione
10. Principio di concretezza
11. Principio di protezione

Principio di razionalità

Contratto (formale)

1. Principio di trasparenza

Rapporto (sostanziale)

1. Principio di ragionevolezza
2. Principio di non discriminazione
3. Principio della formazione continua
4. Principio dell'autogestione
5. Principio della parità di trattamento fra soci e lavoratori dipendenti
6. Principio di discrezionalità
7. Principio di proporzionalità
8. Principio di intangibilità della retribuzione
9. Principio di solidarietà (art.2 Cost.)
10. Principio di conversione nel licenziamento disciplinare
11. Principio di compensazione
12. Principio di determinazione della retribuzione
13. Principio di parità di trattamento a parità di condizioni

Principio di organizzazione

1. Principio di legalità sostanziale
2. Principio di gerarchia delle fonti
3. Principio di unità della regola lavoristica
4. Principio di favore (*favor laboratoris*)
5. Principio di indivisibilità delle libertà

6. Principio del c.d. doppio binario
7. Principio di parità di trattamento tra associazioni sindacali
8. Principio di ultrattività del contratto collettivo limitatamente alla sufficienza della retribuzione
9. Principio di autonomia privata
10. Principio pluralista
11. Principio di bilanciamento degli interessi
12. Principi generali della ragionevolezza e dell'affidamento
13. Principio di tipicità delle sanzioni e delle relative infrazioni.
14. Principio generale
15. Principio di sussidiarietà
16. Principio della leale collaborazione (Stato Regioni)
17. Principio solidaristico e collaborativo collegato al dovere di correttezza
18. Principio della “*tutela del lavoro in tutte le sue forme*”

Sul piano del diritto positivo, la Costituzione proclama altri principi relativi²²², in materia di lavoro:

- a) alla libertà di organizzazione sindacale, al riconoscimento giuridico, alla contrattazione collettiva ed allo sciopero (art.39-40), cioè alla struttura ed alle forme tradizionali e tipiche dell'azione sindacale;
- b) alla collaborazione nella gestione delle azienda da parte dei lavoratori (art.46);
- c) alla formazione ed elevazione professionale dei lavoratori (art.35, 1° cpv.)
- d) alla tutela del lavoro minorile con minimo legale di età per il lavoro salariato (art.37, cpv);
- e) alla tutela ed allo sviluppo dell'artigianato (art.45 cpv);
- f) all'assistenza ed alla previdenza sociali (art.38) in collegamento con l'art.36;
- g) alla libertà di emigrazione ed alla tutela del lavoro italiano all'estero (art.35, 2° cpv);
- h) all'indirizzo politico diretto a promuovere a favorire gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro (art.35, 2° cpv);
- i) alla durata massima della giornata lavorativa stabilita dalla legge (art.36, 1° cpv)
- j) al diritto, irrinunciabile, al riposo settimanale ed a ferie annuali retribuite (art.36, 2° cpv);
- k) alla conservazione della posizione di lavoro nell'ipotesi di servizio militare (obbligatorio) art.52, 1°cpv;
- l) al diritto al chiamato a funzioni pubbliche elettive di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro (art.51, 2° cpv), diritto che si può considerare inserito in una garanzia generale della personalità del lavoratore anche sotto l'aspetto civile e politico.

²²² PERGOLESI F. *Principi costituzionali di diritto del lavoro* in *RIDL* 1959 pp.279-280.

Principio di libertà	
Contratto	Principio di libertà di forma
	Principio di libertà di recesso
	Principio di libertà contrattuale <i>diritto del lavoratore di rassegnare le dimissioni</i>
	Principio di libertà personale <i>diritto di recesso</i>
	Principio di libertà di scelta contrattuale <i>scelta del contratto collettivo (adesione)</i>
	Principio di libertà di scelta negoziale ²²³
Rapporto di lavoro	Principio di libertà sindacale
	Principio di libertà personale <i>dignità del lavoratore</i>
	Principio di libertà di partecipazione <i>costituzione dei Fondi pensione è un principio di assoluta volontarietà</i>
	Principio di libertà di adesione <i>ai piani di partecipazione finanziaria</i>
	Principio di libertà di organizzazione sindacale
	Principio di libertà di circolazione
	Principio di libertà dell'iniziativa economica individuale (<i>libertà d'impresa</i>) ²²⁴
Principio di libertà ed autodeterminazione sindacale ²²⁵	

Principio di autorità	
Contratto	Principio di qualificazione

²²³“.....*Inderogabilità di una norma, nella nostra materia, significa che il lavoratore non può rinunciare alla protezione offertagli da quella norma. Se egli non può rinunciare a quella singola protezione, parrebbe che a maggior ragione debba essergli precluso di rinunciare in blocco a tutte le protezioni disposte dall'ordinamento. Eppure, quando il lavoratore sceglie di stipulare un contratto di lavoro autonomo invece che di lavoro subordinato, egli rinuncia in blocco a quasi tutte le tutele. È questo il motivo per cui una parte dei giuslavoristi sostiene che non debba essere riconosciuta alle parti individuali alcuna libertà di scelta negoziale: la qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo dovrebbe _ secondo questa corrente dottrinale - dipendere esclusivamente dal dato fattuale (l' "inserimento" di fatto del lavoratore nell'azienda) e non dal dato contrattuale, cioè dalla volontà negoziale espressa dalle parti all'atto della costituzione del rapporto, circa l'assetto dei reciproci interessi....*”; ICHINO P. *Il dialogo tra lavoro ed economia e diritto del lavoro* in Riv. it. dir. lav. 2001, 2, 165

²²⁴ “*Il principio di libertà di impresa non è di per sé incompatibile con il principio egualitario di cui all'art. 3 Cost.; in particolare, non è di per sé incompatibile con il dispositivo giuslavoristico che a quest'ultimo principio si ispira e allo stesso dà attuazione nelle forme che abbiamo esaminato sopra: nulla vieta di pensare a un imprenditore del tutto libero di intraprendere, salvo che per il vincolo di doversi avvalere di una forza lavoro assunta « a scatola chiusa » e retribuita secondo un criterio uniforme riferito alla produttività media. Quel dispositivo entra tuttavia in tensione con la regola dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali là dove esso attiva un controllo giudiziale sulla perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto di lavoro, ovvero sul bilancio preventivo del rapporto stesso, ai fini dell'accertamento del motivo oggettivo del licenziamento: quanto più questo controllo si sovrappone alla valutazione discrezionale dell'imprenditore circa la produttività del rapporto e i relativi costi-opportunità, tanto più la regola dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali ne risulta disattesa.*” ICHINO P. *La stabilità del lavoro ed il valore dell'uguaglianza* in Riv. it. dir. lav. 2005, 1, 7.

²²⁵ Sotto questo specifico profilo, va sicuramente sottolineato il rassicurante comportamento del sindacato, che ha nei fatti conservato ambiti contrattuali sostanzialmente corrispondenti a quelli determinati dalla natura dell'attività esercitata, rivalutando la nozione di categoria merceologica come dimensione storicamente consolidata e naturale di riferimento per la propria organizzazione ed azione. Cfr. DELL'OLIO, *L'organizzazione sindacale*, in Dell'Olio-Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, 143.

²²⁶ “...il giudizio di uguaglianza ha per definizione un carattere relazionale - e quindi va necessariamente apprezzato in rapporto alla disciplina di altre categorie e fattispecie distinte, il c.d. *tertium comparationis* -,..... Al di là di ogni altra possibile considerazione, resta comunque diffusa la convinzione che, oltre l'attuale esperienza degli specifici divieti di discriminazione, il diritto del lavoro costituisca un'area privilegiata per l'introduzione di un principio generale di parità di trattamento nei rapporti intersoggettivi privati: sul perseguimento dell'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale attraverso l'efficacia generale della normativa legale minimale e, più limitatamente, di quella collettiva, infatti, si è storicamente fondata la sua essenziale funzione garantistica, come testimoniano la gran parte delle limitazioni poste alle libertà contrattuali dell'imprenditore...”. Ved DEL PUNTA, *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*, GC, 1993, I, 2365-2368, ricomprende tra le tecniche giuridiche che sono utilizzate per "traghetare" il nostro ordinamento giuslavoristico verso la parità di trattamento, oltre alla normativa antidiscriminatoria, le fattispecie di giustificazione dei principali poteri imprenditoriali e la riscoperta delle clausole generali di correttezza e buona fede. ANGELINI L. *Sulla disapplicazione giudiziale del trattamento e conomico previsto dal contratto collettivo degli insegnanti di scuola privata per macroscopica inferiorità rispetto ai colleghi pubblici* in Riv. it. dir. lav. 1998, 4. Ed ancora: Al riguardo, la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione - sentenza 7 novembre 2001, n. 357 - si colloca nel solco del già consolidato orientamento secondo cui l'operatività del principio di uguaglianza non può essere diretta ad estendere la portata di una diversa disciplina evocata come *tertium comparationis*, ma serve solo a rimuovere privilegi che risultino ingiustificati (cfr. sentenze 20 febbraio 1994, n. 62; 1 giugno 1995, n. 219; 3 ottobre 1990, n. 427): CINELLI M., GIUBBONI S. MASTRANGELI F.D., NICOLINI C. ALBERTO Ancora “scudi” ed “emersione”; *recentissime della giurisprudenza costituzionale; il monopolio dell'INAIL e la Corte di giustizia*, in Riv. it. dir. lav. 2002, 3, 143; “...La sfida lanciata dal federalismo o neoregionalismo, cominciato come amministrativo e successivamente diventato legislativo, mette alla prova sia lo Stato che le Regioni in questa nuova distribuzione di competenze e nella loro gestione. Il principio di uguaglianza, nel suo duplice aspetto di uguaglianza formale e sostanziale, resta però sempre un imprescindibile punto di riferimento per l'unificazione nazionale, il baricentro delle differenziazioni, anche se la sua nozione non è esente da mutamento. Il pluralismo delle fonti e la conseguente differenziazione su base territoriale comporta l'idea, tutta da discutere e delineare, di una rilettura dell'uguaglianza intesa più come creazione di pari opportunità che come livellamento delle posizioni di arrivo. In parte, questo cambio di rotta si comincia già a percepire. L'enfasi posta sulle politiche attive e formative, la generalizzazione della regola dell'assunzione diretta con il conseguente abbandono di quasi tutti i vincoli alle assunzioni, ci indicano che la strada che il legislatore sta percorrendo è proprio quella di voler esaltare la funzione promozionale del collocamento e di utilizzare solo in casi residuali le tecniche di garanzia generalizzata. La nozione di uguaglianza presa come riferimento dal legislatore sta mutando: da strumento di garanzia di alcuni risultati, se mai lo è stata, viene sempre più interpretata e utilizzata come strumento per la creazione di azioni positive in senso ampio e argine contro le discriminazioni arbitrarie, da "uguaglianza come spada" a "uguaglianza come scudo". L'obiettivo non è più solo l'occupazione, in una dimensione oggettiva, economica, ma l'occupabilità delle persone, la loro adattabilità ai mercati del lavoro in continuo cambiamento...”, FIFY V. *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione* in Riv. it. dir. lav. 2003, 3, 331. “.....Il riferimento della Corte (cfr. Corte Costituzionale, 19 Dicembre 2003, n. 359) agli artt. 2 e 3, primo comma, Cost. richiama anche quella dottrina che riserva il diritto del lavoro alla legislazione esclusiva statale sulla base del principio di uguaglianza (sancito appunto dall'art. 3 Cost.) che sarebbe violato da un diritto del lavoro differenziato per territorio (Persiani, op. cit., 27, secondo cui una tale differenziazione non sarebbe giustificabile neppure ove fossero riscontrabili differenze di situazioni sociali ed economiche tra le diverse Regioni, in quanto la tipicità degli interessi tutelati dal diritto del lavoro non sarebbe modificata dalle particolarità dei territori in cui si svolge la produzione). Peraltro, anche la giurisprudenza costituzionale precedente alla novella del 2001, proprio in nome dell'esigenza dettata dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. di assicurare su tutto il territorio nazionale un'uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra privati (Pallini, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, RGL, 2002, I, 21) aveva escluso in linea generale l'intervento regionale nel campo del diritto del lavoro, in quanto compreso nell'« ordinamento civile ». Il limite imposto dalla Corte costituzionale trova fondamento dunque nei valori costituzionali della libertà e dell'uguaglianza, che non sono venuti meno dopo la novella, per cui sul punto nessuna novità sembra alle porte del Palazzo della Consulta, poiché le Regioni non potranno comunque avventurarsi nella disciplina del rapporto di lavoro (Luciani, *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, ADL, 2002, 71). La Corte faceva tuttavia salva l'ipotesi in cui determinate condizioni, marginali ed eccezionali (Luciani, op. cit., 72) rendano ammissibile un intervento regionale in materia di ordinamento civile e quindi anche di diritto del lavoro (in particolare C. cost. 6 novembre 2001, n. 352, GC, 2001 e C. cost. 29 marzo 1983, n. 59, FA, 1983, 1284, relativa proprio a una legge della Regione Lazio in materia lavoristica), ma tale intervento sembra avere portata davvero modesta (in questo senso Luciani, op. cit., 68; sul punto anche Pallini, op. cit., 30).....” GHIRARDI N. *La Corte costituzionale interviene sulla competenza legislativa regionale in materia di lavoro* Riv. it. dir. lav. 2004, 2. Ed ancora: “...Il magistrato, al quale è stata sottoposta anche una questione di legittimità costituzionale del d.l. n. 195/2002, si propone di ricondurre il sistema ad armonia, fornendone una lettura costituzionalmente valida e rispettosa in primo luogo del principio di uguaglianza, in ossequio al dettato costituzionale, che tutela il lavoratore in quanto tale, "senza alcuna distinzione tra cittadini e stranieri" (sulla figura del lavoratore,

anche straniero, nella Costituzione, v. Cumiberti, *La cittadinanza*, Padova, Cedam, 1997). La nuova normativa minaccerebbe questo assetto, introducendo alcune specificità nel rapporto di lavoro degli stranieri (p. es.: obbligo di forma scritta del contratto di soggiorno, obblighi sanzionati per i datori di lavoro ex art. 22, settimo comma, T.U.), che potrebbero introdurre un " corpus sostanzialmente separato". Il timore per la codificazione di un diritto del lavoro speciale appare pienamente condivisibile, la piena assimilazione dei lavoratori clandestini o irregolari (ai quali il principio di uguaglianza si applica limitatamente ai diritti fondamentali della persona umana: art. 2, primo comma, T.U.; C. cost. 23 novembre 1967, n. 120, GCost, 1967, I, 1577, con nota di Chiavario, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*) a quelli regolarmente soggiornanti, gli unici cui è riconosciuta la piena parità di opportunità e trattamento con i lavoratori italiani (art. 2, terzo comma, T.U.; Conv. OIL n. 143/1975 e direttive 2000/78/CE e 2000/43/CE. C. cost. 16 luglio 1970, n. 144, GCost, 1970, I, 1650, con nota di Cassese, *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri*; C. cost. 30 dicembre 1998, n. 454, fra l'altro in GCost, 1998, 3477, con nota di Bonetti, *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini nell'accesso al collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*; ivi, 1999, 381, con nota di Bascherini, *Verso una cittadinanza sociale?*; Cass., S.U., 4 marzo 1988, n. 2265, RGL, 1989, II, 129, con nota di Conetti, *Reciprocità e diritti fondamentali del lavoratore straniero*), desta, invece, qualche perplessità....", GIUFFRÈ A. *L'emersione degli extracomunitari tra principi fondamentali e interessi economico-politici*, Riv. it. dir. lav. 2003, 2; "...il principio di uguaglianza gioca nel nostro diritto del lavoro e in particolare nel nostro diritto vivente in materia di licenziamento... sul piano giuridico positivo alla luce del principio sancito dal secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione: quello che impone alla Repubblica di adoperarsi per rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, cioè per costruire l'eguaglianza tra diseguali. Questa chiave di lettura del diritto del lavoro presenta alcune notevoli assonanze con la teoria della giustizia basata sulla « preferenza a priori per l'eguaglianza », proposta da John Rawls all'inizio degli anni '70. L'idea del filosofo statunitense è che - in una situazione originaria nella quale gli individui, liberi e razionali, ignorino la propria posizione concreta (il « velo dell'ignoranza »), cioè non conoscano le dotazioni e posizioni sociali riservate a ciascuno di loro in un futuro incerto (la « lotteria naturale »), ma ben conoscano la propria avversione al rischio di trovarsi tra i diseredati e gli esclusi dal benessere - essi siano indotti dal proprio interesse egoisticamente inteso, prima ancora e indipendentemente da eventuali motivi etici, a scegliere di darsi contrattualmente un assetto sociale ispirato a un principio di eguaglianza, che si concreta in regole di massima uniformità nella distribuzione dei diritti fondamentali e che consente disuguaglianze nella distribuzione di diritti e risorse soltanto quando queste operino in favore di chi risulti in concreto svantaggiato, al fine di ridurne lo svantaggio. L'ordinamento fondato su tale principio si propone dunque di perseguire l'uguaglianza nonostante le diversità di dotazioni e di posizioni sociali destinate a determinarsi via via in concreto, anzi contrastando tale diversità sul nascere, oppure contrastandone gli effetti differenziatori sul piano della ricchezza e del benessere. Possiamo pensare al diritto del lavoro come a un meccanismo che - attraverso gli istituti e le norme che abbiamo sopra considerato - tende a far sì che le condizioni contrattuali siano negoziate, con effetti tendenzialmente stabili, in una situazione di ignoranza o forzata indifferenza circa le dotazioni e qualità dei singoli lavoratori, analoga a quella che Rawls nel suo paradigma assume come « situazione originaria » caratterizzata dal « velo dell'ignoranza ». L'assimilazione, per questo aspetto, del meccanismo fondato sull'insieme di quegli istituti al paradigma rawlsiano consente di individuare una giustificazione razionale di questa parte del diritto del lavoro, a sé stante e autonoma rispetto alle altre che pure sono state individuate dagli studiosi di economia del lavoro (10): di considerare cioè come ragion d'essere del diritto del lavoro, almeno nella sua parte qui considerata, una preferenza a priori per l'eguaglianza, derivante a sua volta dall'avversione al rischio che connota la generalità degli esseri umani e si manifesta nella loro preferenza per soluzioni di tipo lato sensu « assicurativo », quando essi si trovano sotto il « velo dell'ignoranza » riguardo alla propria situazione futura e alle dotazioni di cui disporranno. Va detto subito che l'assimilazione del dispositivo giuslavoristico sopra evidenziato al paradigma rawlsiano è possibile solo al prezzo di una banalizzazione di quest'ultimo e della obliterazione di alcuni aspetti assai rilevanti della teoria della giustizia proposta dal filosofo statunitense. Innanzitutto, egli teorizza un sistema che garantisca non tanto una parità nella distribuzione delle risorse materiali, quanto una equa parità nella distribuzione delle opportunità, ovvero delle aspettative che ciascun individuo può ragionevolmente e attivamente coltivare. Inoltre, costituisce parte integrante di quella teoria anche un « principio di differenza » col quale egli giustifica una differenziazione dei trattamenti volta a consentire la valorizzazione della maggiore produttività dei più dotati, quando questa valorizzazione ridondi congruamente anche a vantaggio dei meno dotati. In altre parole, l'opzione rawlsiana per l'uguaglianza non può intendersi in senso statico, ma deve essere vista dinamicamente, tenendosi conto dei meccanismi che determinano la risposta del sistema economico alle regole via via impostegli. Nella situazione originaria a cui Rawls fa riferimento il « velo dell'ignoranza » copre soltanto gli esiti della lotteria naturale e sociale, non i meccanismi generali secondo i quali il sistema funziona", ICHINO P. *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza* Riv. it. dir. lav. 2005, 1, 7; "...Il problema della definizione della discriminazione indiretta,, è stato recentemente affrontato nelle sentenze: Krugar (C-281/97, MGL, n. 4/2000, 364 ss., con nota di L. Corazza, *Discriminazioni indirette e cause di giustificazione: ancora una puntualizzazione della Corte di Giustizia*, 367 ss.); Seymour Smith (C- 167/97; per un commento v. D. IZZI, *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith*, LD, n. 2/2000, 305 ss.); Gruber (C-249/97, q. Riv., 2000, 3 ss., con nota di G. Ludovico, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di Giustizia*, 16 ss.). Essa si basa sull'effetto sproporzionato

	Principio di pari opportunità nel mercato del lavoro ²²⁷
	Principio di effettività ²²⁸
Rapporto	Principio di riqualificazione <i>del falso rapporto di lavoro</i> (divieto)
	Principio di parità ²²⁹

dello svantaggio che trattamenti uguali, riguardanti requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, producono sui lavoratori a causa della differenza di sesso, e fonda la propria dignità giuridica nel passaggio dalla logica dell'uguaglianza formale a quella dell'uguaglianza sostanziale (cfr. D. Izzi, *op. cit.*, 306; v. in particolare P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2000, XXVII, t. 2, 600 ss. e G. Ludovico, *op. cit.*, i quali si soffermano sulle aporie della giurisprudenza comunitaria nell'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta). Al principio di uguaglianza formale è, invece, da ascrivere la nozione di discriminazione diretta: essa si dà quando l'effetto dannoso derivi da un esplicito riferimento al sesso e/o quando l'essere uomo o donna assuma uno specifico rilievo, mentre invece non dovrebbe averne alcuno....." VETTOR T. *Stato di gravidanza e assunzione in mansioni vietate alle donne in tale stato* Riv. it. dir. lav. 2001, 2. NAPOLI, *Il lavoro e le regole*, cit., p. 68; nonché cfr. le suggestive osservazioni di ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 533 ss.

²²⁷ ".....La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 143/1975 obbliga l'Italia, che l'ha ratificata nel 1981, a promuovere e garantire la parità di opportunità nel mercato del lavoro in favore degli stranieri immigrati legittimamente(art. 10 e 12 lett.g). Nell'ottica giuslavoristica tradizionale, la garanzia della "parità di opportunità" si coniuga perfettamente e senza attriti con la regola della "parità di trattamento". In questo ordine di idee, pertanto, appare perfettamente coerente con la Convenzione n. 143/1975 l'art. 41 della legge italiana 6 marzo 1998, n. 40, che vieta qualsiasi discriminazione ai danni dello straniero, proibendo agli imprenditori di riservare ai lavoratori stranieri un trattamento inferiore rispetto ai lavoratori indigeni. Se però si esamina la questione dal punto di vista del funzionamento effettivo del mercato del lavoro, il discorso si complica: di fatto, l'imposizione generalizzata di unostandard di trattamento minimo uguale per tutti costituisce un ostacolo per l'accesso al lavoro del lavoratore immigrato da un Paese straniero, soprattutto quando si tratti di un Paese economicamente meno sviluppato. L'analisi economica porta a dire che la promozione di condizioni di pari opportunità può, talvolta, richiedere che non si applichi una regola di parità di trattamento, poiché questa di fatto può ridurre la possibilità dei lavoratori appartenenti a un gruppo svantaggiato di competere nel mercato con gli altri. In questa ottica l'art. 41 della l. n. 40/1998 potrebbe essere visto come una norma posta a protezione dei lavoratori italiani contro la concorrenza degli extracomunitari, configurandosi così un contrasto fra questa norma nazionale e la Convenzione n. 143/1975, che protegge l'interesse dei lavoratori migranti....." ICHINO P. *Il Dialogo tra economia e diritto del lavoro* in Riv. it. dir. lav. 2001, 2, 165.

²²⁸ ".....Secondo un'opinione diffusa, la scelta del legislatore di non dare attuazione al secondo e terzo comma dell'art. 39 Cost. ha, tradizionalmente, trovato la sua ragion d'essere nell'esigenza di non cristallizzare, con interventi autoritativi, situazioni dinamiche e in continuo sviluppo, lasciandone ai soggetti sindacali la disciplina, in ossequio a quel principio di "effettività" che, da sempre, suole caratterizzare il fenomeno sindacale dei Paesi democratici (cfr. Flammia, *Contributo allo studio dei sindacati di fatto*, Milano, Giuffrè, 1961, passim). Il Protocollo del 23 luglio 1993, seguito dall'Accordo Interconfederale del 20 dicembre, si dimostra coerente con tale principio quando, al fine di superare il modello presuntivo di cui all'art. 19 l. n. 300/1970, opta per un criterio misto - per due terzi elettivo e per un terzo associativo -, avendo come finalità non soltanto quella di garantire la sussistenza di un legame genuino volontario trasparente tra la libera volontà dei singoli e le organizzazioni di autotutela degli interessi di lavoro, ma anche di assicurare un raccordo istituzionale tra le organizzazioni sindacali centrali, espressione degli interessi nazionali di categoria, e le rappresentanze aziendali (sulla disciplina delle r.s.u. nel Protocollo e nell'A.I. del 1993 cfr. Ferraro, *Rappresentanze sindacali aziendali*, Digesto IV, Utet, Torino, 1996, 58 ss.; Id., *Morfologia e funzione delle nuove rappresentanze aziendali nell'accordo interconfederale del dicembre 1993*, RGL, 1995, I, 211; Mariucci, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, DLRI, 1995, 203; Ichino, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum*, q. Riv., 1996, I, 113)...."BONI G. *R.s.a., r.s.u. e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 St. lav.*, il Protocollo del 1993 e il referendum del 1995, in Riv. it. dir. lav. 2003, 2.

²²⁹ Rilevante per lo sviluppo del diritto del lavoro non solo in termini di limite al legislatore, ma anche in termini di progresso e di tutela della parte debole del rapporto di lavoro è stato invece (e lo è tuttora) il principio costituzionale di parità. il principio di parità viene interpretato in termini molto ampi fino a ricomprendere il principio di razionalità che imporrebbe al legislatore l'onere di compiere scelte ragionevoli e comunque tali da non comprimere lo spazio di libertà del singolo oltre al minimo necessario per il raggiungimento dello scopo prefissato. Tuttavia dal principio di parità, inteso come principio di ragionevolezza (o razionalità) dell'attività del legislatore ordinario, discenderebbe un limite a disposizioni peggiorative di diritti quesiti. In particolare, il legislatore sarebbe tenuto, nella concretizzazione della regola peggiorativa, a tener conto delle legittime aspettative degli interessati. Chi ha fatto affidamento su un diritto garantito dalla legge per lungo tempo e ha compiuto, in base a tale diritto, scelte economiche di un certo peso, non

	Principio di democrazia sindacale
	Principio di uguaglianza ²³⁰ (<i>vedi principio di parità</i>)
	Principio della non arbitrarietà della decisione imprenditoriale <i>al mantenimento del posto di lavoro del lavoratore</i> ²³¹
	Principio di giustificazione <i>del licenziamento</i> ²³²
	Principio di tempestività o di immediatezza ²³³

potrebbe essere improvvisamente frustrato nel suo affidamento. Il legislatore che intenderebbe modificare in *pejus* una normativa previdenziale sarebbe, in altri termini, tenuto a prevedere norme transitorie per le persone prossime alla maturazione del diritto previdenziale. In ogni caso sarebbe da rispettare il principio di proporzionalità. Lo stesso vale, in ordine ai diritti attinenti alla sfera del lavoro, ad esempio in ordine alla normativa sulla previdenza integrativa aziendale. il principio costituzionale di parità (come del resto anche il diritto di proprietà e le altre libertà fondamentali) deve essere rispettato pure dalle parti collettive nella predisposizione delle clausole del contratto collettivo riguardanti il contratto individuale di lavoro (ossia della c.d. parte normativa del contratto collettivo). Ciò significa che un contratto collettivo (o un accordo aziendale) che prevede un regolamento di previdenza integrativa aziendale può essere peggiorato da un contratto collettivo successivo stipulato dalle stesse parti collettive, secondo il principio “*lex posterior derogat legi priori*”. Tuttavia la regola peggiorativa del contratto o accordo collettivo successivo deve tener conto dell’affidamento delle persone che sono prossime alla maturazione del diritto. È evidente che saranno pure da rispettare eventuali norme limitatrici contenute in leggi speciali. “*Qualche tensione si determina anche tra il principio di libertà di impresa e il principio di parità di trattamento o di commisurazione, quando l’attuazione di quest’ultimo comporti il sovrapporsi della valutazione comparativa del giudice a quella dell’imprenditore sulla produttività (« quantità e qualità ») delle prestazioni lavorative*”. ICHINO P. *La stabilità del lavoro ed il valore dell’uguaglianza* in Riv. it. dir. lav. 2005, 1, 7.

²³⁰ Tale principio ha rilevanza nel nostro diritto del lavoro e in particolare nel nostro diritto vivente in materia di licenziamento ved. Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, che può leggersi in *q. Riv.*, 2003, II, 689, con un commento del giudice del lavoro L. CAVALLARO. Esso si differenzia dal principio di parità “*.....Il principio di eguagliamento che può vedersi sotteso al dispositivo giuslavoristico sopra descritto è soltanto uno dei principi fondamentali a cui il diritto del lavoro si è proposto di dare attuazione nell’ultimo mezzo secolo: altro e ben diverso è il principio di parità di trattamento - fatto proprio dagli ordinamenti internazionali, dall’ordinamento comunitario e da tutti gli ordinamenti nazionali moderni - che si compendia nell’espressione equal treatment for work of comparable worth. Mentre con il primo si persegue l’eguaglianza tra le persone in quanto tali, indipendentemente dalla loro produttività, con il secondo si persegue la precisa commisurazione del trattamento al « valore » della prestazione lavorativa: è il principio che nella nostra Costituzione è sancito dall’art. 36, nella parte in cui esso prevede appunto il proporzionamento della retribuzione del lavoratore « alla quantità e qualità del suo lavoro ». Il principio del pari trattamento per prestazioni di pari valore comporta, sì, il divieto di considerare alcune differenze tra le persone, donde l’eguaglianza di trattamento nonostante quelle differenze; ma comporta anche che siano ben considerate le differenze di valore della prestazione lavorativa, donde la corrispondente disuguaglianza: un effetto opposto a quello cui tende il dispositivo giuslavoristico esaminato nel paragrafo precedente. E questa disuguaglianza non è riconducibile al « principio di differenza » rawlsiano, perché essa è consentita o addirittura perseguita come valore in sé, indipendentemente dalla sua idoneità a produrre indirettamente effetti benefici per i soggetti più svantaggiati. ICHINO P. *La stabilità del lavoro ed il valore dell’uguaglianza* in Riv. it. dir. lav. 2005, 1, 7.*

²³¹ “*.....la disciplina dei licenziamenti individuali costituisce, tutto sommato, un sistema alquanto primitivo e indiretto di protezione dell’interesse al mantenimento dell’occupazione. A ben vedere, l’interesse del lavoratore alla stabilità riceve protezione non in positivo - come sarebbe auspicabile in un sistema più evoluto - ma solo come riflesso dell’affermazione del principio della non arbitrarietà della decisione imprenditoriale; quindi, in buona sostanza finisce per ricevere protezione solo, per così dire, in via residuale. Non si tutela veramente l’occupazione, si vogliono solo evitare abusi. Peraltro, neanche il datore di lavoro potrebbe dirsi soddisfatto. Abbiamo visto come la protezione risulti tutta incentrata sulla possibilità di un apprezzamento degli interessi organizzativi dell’impresa, operato attraverso l’utilizzo di clausole generali (giusta causa, giustificato motivo) che oggettivamente lasciano grandi margini di indeterminazione; il loro apprezzamento viene affidato esclusivamente alla mediazione giudiziaria ed è reso decisamente cruciale dal fatto di essere accompagnato da un meccanismo sanzionatorio che espropria il datore di lavoro del potere di recedere da un rapporto che egli non abbia interesse a mantenere in vita...*” LISO F. *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti* in Riv. it. dir. lav. 2002, 2, 169

²³² “*.... il principio generale per cui il licenziamento debba essere necessariamente giustificato, alla declaratoria della sua illegittimità possano conseguire effetti diversi, nelle varie legislazioni regionali, di carattere reintegratorio in alcuni casi e di carattere patrimoniale in altri....*” ;MAZZOTTA O. *Il diritto del lavoro e le sue fonti* in Riv. it. dir. lav. 2001, 3, 21

	Principio della non sindacabilità delle decisioni di massima del datore di lavoro ²³⁴
	Principio di sufficienza della retribuzione ²³⁵

²³³ Principio, questo, che informa, come noto, sia la procedura disciplinare imposta dall'art. 7 St. sia la stessa sussistenza della giusta causa di recesso disciplinata dall'art. 2119 c.c. Riguardo l'art.7: nel senso che l'immediatezza della contestazione è condizione di validità del successivo atto di commissione della sanzione v. Cass. 17 novembre 1984, n. 5876, cit.; nel senso che il requisito possa essere interpretato "con ragionevole elasticità" v. Cass. 17 aprile 1987, n. 3845, MGL, 1987, 77; nel senso, che il principio di immediatezza, "che esprime l'esigenza della continuità cronologica tra la mancanza e la contestazione dell'addebito, come pure tra la mancanza e la successiva irrogazione della sanzione, e che è posto a garanzia del civile e corretto esercizio del potere disciplinare e della possibilità di un'efficace difesa del lavoratore", deve essere inteso in senso relativo ed "è perciò compatibile con quell'intervallo temporale che risulti necessario per il preciso accertamento della condotta del lavoratore e per le più ponderate ed adeguate valutazioni e conseguenti determinazioni da parte del datore di lavoro" v. Cass. 10 maggio 1995, n. 5093 in Segnalazioni GL, 1995, n. 3, 128; nel senso che la contestazione è tardiva se avviene ad alcuni mesi di distanza dall'accadimento dei fatti subito conosciuti dal datore di lavoro v. T. Milano 26 novembre 1993, DPL, 1995, n. 3, 237). Riguardo l'art.2119 c.c. e, secondo la più recente interpretazione della Suprema Corte il requisito dell'immediatezza. È elemento costitutivo del recesso per giusta causa sia pure intesa in senso relativo, (Cass. 23 novembre 1985 n. 5850, MFI, 1985, c. 1082; Cass. 21 novembre 1986, n. 6866, GC, 1987, I, 1177 ss.; Cass. 25 luglio 1994, n. 6903, DPL, 1995, n. 2, p. 151). La Corte ritiene, inoltre, che questo requisito operi soltanto in relazione al recesso del datore di lavoro, non già nell'ipotesi di dimissioni del lavoratore: Cass. 5 febbraio 1993, n. 1434, MFI, 1993, c. 152 ss.

²³⁴ Vedi G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, 106). Si tratta di una serie di pronunce dei giudici di merito, le quali, pur restando nel complesso minoritarie, hanno dato vita ad un orientamento di una certa consistenza (v., tra le altre, P. Milano 27 giugno 1972, MGL, 1973, 274, con nota di A. ARANGUREN, *Licenziamenti collettivi e Statuto dei lavoratori*; P. Milano 13 settembre 1972, OGL, 1972, 902; P. Torino 24 novembre 1972, FI, 1973, I, 1625; P. Ravenna 27 novembre 1972, GM, 1973, I, 525; P. Monza 18 aprile 1973, RGL, 1973, II, 791; P. Roma 21 gennaio 1974, FI, 1975, I, 234; P. Asti 2 febbraio 1974, RGL, 1974, II, 63, con nota di M. D'ANTONA, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale nel quadro della stabilità reale del posto di lavoro: spunti per un ripensamento*; T. Genova 12 marzo 1974, FI, 1974, I, 2515; P. Brindisi 6 agosto 1974, MGL, 1974, 489; T. Milano 30 settembre 1974, RGL, 1976, II, 92; T. Bolzano 21 marzo 1975, RGL, 1975, II, 1046; P. Bologna 6 ottobre 1975, MGL, 1975, 538, con nota di U. PROSPERETTI, *Sui limiti del provvedimento pretorile per l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (il pretore imprenditore occulto?)* e in G Comm, 1976, II, 45, con nota di L. MONTUSCHI, *Intorno a un caso atipico di serrata "risolutoria"*; T. Milano 19 novembre 1975, OGL, 1976, 195; P. Milano 16 gennaio 1976, FI, 1976, I, 1397; P. Taranto 29 luglio 1976, RGL, 1977, II, 532; P. Monza 6 dicembre 1976, RGL, 1977, II, 146; P. Milano 4 ottobre 1977, OGL, 1977, 1226; P. Palermo 26 maggio 1978, FI, 1978, I, 2828; T. Milano 30 marzo 1981, L80, 1981, 555; per ulteriori indicazioni v. C. CECCHELLA, *Libertà dell'imprenditore di cessare l'attività di impresa e repressione della condotta antisindacale*, GC, 1984, I, 1795 e ss.. Al contrario, la Corte di Cassazione ha costantemente ritenuto che, in virtù del principio della libertà di iniziativa economica privata sancito dal primo comma dell'art. 41 Cost., l'imprenditore, avendo la responsabilità dell'impresa e sopportandone il rischio economico, non possa non ritenersi fornito anche del potere di determinarne le dimensioni o, addirittura, la cessazione (Cass. 10 aprile 1975, n. 1342, FI, 1975, I, 2211; v. anche Cass., S.U., 27 febbraio 1979, n. 1270, FI, 1979, I, 605; Cass. 27 febbraio 1980, n. 1385, GC, 1980, I, 1045) e che il secondo comma dell'art. 11 della l. n. 604/1966, nel sottrarre la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale alla disciplina della legge stessa, sancisca implicitamente il principio della insindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali per quanto attiene alle dimensioni dell'impresa (Cass. 21 luglio 1972, n. 2496, FI, 1972, I, 3418; Cass. 9 dicembre 1974, n. 4171 e 6 dicembre 1974, n. 4081, FI, 1975, I, 873). Proprio inserendosi all'interno di questo consolidato orientamento, la Suprema Corte con sentenza del 30 Maggio 1995, n. 6083 sez. afferma che il secondo comma dell'art. 41 Cost. "stabilisce bensì il rigoroso e tassativo limite dell'utilità sociale allo svolgimento dell'iniziativa economica privata, ma non vincola in alcun modo la libertà di scelta dell'imprenditore di continuare nell'iniziativa economica o di desistere da essa, ponendo termine all'impresa". PILATI A. *Sulla libertà del datore di lavoro di cessare l'attività produttiva*, in Riv. it. dir. lav. 1996, 4.

²³⁵ Il "principio della retribuzione sufficiente" non rappresenta solamente l'esito di una operazione di attribuzione di significato ad un certo enunciato costituzionale, ma costituisce al tempo stesso un criterio giustificativo della soluzione cui perviene la Corte nella sentenza del 22 Aprile 1995, n. 4563, assumendo cioè una valenza sul piano interpretativo (sul punto ved. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, secondo il quale, appunto, l'attività di interpretazione si sostanzia proprio in un'operazione di attribuzione di significato ad un testo legislativo); esprime al contrario, come è stato osservato da ROMA, un principio di "giustizia commutativa" (ROMA, *La retribuzione: pluralità di nozioni ed unità concettuale*, ed. provv., Bari, 1990, 25), esprime cioè una direttiva, o per meglio dire un canone quantitativo di determinazione del (o un criterio alla stregua del quale valutare il) corrispettivo del lavoro prestato in maniera tale che ne sia assicurata la conformità a determinati valori. Potrebbe ancora ritenersi che non si tratti di un principio assoluto, ma che esso debba comunque coniugarsi con altri principi di rango costituzionale, come il

	Principio di concretezza ²³⁶
	Principio di protezione ²³⁷

Principio di razionalità ²³⁸	
Contratto	Principio di trasparenza ²³⁹
Rapporto	Principio di ragionevolezza ²⁴⁰

principio della libertà di iniziativa economica privata, di cui all'art. 41 Cost.. ROMEI R. *Efficacia temporale del contratto collettivo e principio di sufficienza della retribuzione* in Riv. it. dir. lav. 1996, 3.

²³⁶“..... Secondo il consolidato orientamento della Cassazione, per stabilire la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo occorre una minuziosa analisi del caso concreto, volta ad accertare le connotazioni soggettive ed oggettive dei comportamenti, con particolare riguardo al contesto ambientale, ai motivi che hanno ispirato l'azione ed ai suoi effetti, all'intensità del dolo e della colpa e, infine, alla qualifica o qualità dei soggetti attivi o passivi di detti comportamenti, al fine di una esaustiva valutazione dell'effettivo, oltre che drastico, venir meno dell'elemento della fiducia che deve sempre sussistere tra datore di lavoro e dipendenti (per l'affermazione del principio di concretezza: Cass. 27 marzo 1998, n. 3270, GC, 1998, I, 2206; Cass. 7 novembre 1997, n. 10959, LPO, 1998, 1229; Cass. 23 dicembre 1997, n. 12986, RGC, 1998, v. Lavoro (rapporto), n. 543; Cass. 22 marzo 1994, n. 2715, ivi, 1994, voce cit., n. 402); anzi, secondo il giudice di legittimità, dall'approfondimento e dall'indagine dei casi concreti non è possibile prescindere nemmeno nelle ipotesi in cui il contratto collettivo consideri espressamente la fattispecie fra quelle astrattamente legittimanti il licenziamento con o senza preavviso.....”

²³⁷ Da ricondurre al dovere di protezione, deriva dall'essenza stessa del rapporto di lavoro PEREZ BOTIJA E. *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro* op.cit pg.363

²³⁸ La Cassazione la rinviene nella pronuncia della Corte costituzionale del 30 giugno 1994, n. 268, con la quale è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della l. 23 luglio 1991, n.223, interpretato nel senso che gli accordi sindacali contenenti criteri in deroga a quelli legali devono rispettare (non solo il divieto di discriminazione, ma anche) il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità. Conferma, si diceva, per un verso perché l'introduzione del criterio di ragionevolezza concerne accordi particolari non aventi natura normativa ma "regolamentare delegata dalla legge", sicché non c'è alcuna automatica trasposizione della soluzione lì accolta ai contratti collettivi _ per l'appunto _ normativi destinati a regolamentare i rapporti individuali di lavoro; per altro verso, perché la violazione del principio di ragionevolezza, con la conseguente sanzione di invalidità dell'accordo sindacale, non lascia alcuno spazio al potere correttivo o integrativo del giudice giacché, venuti meno i criteri (illegittimi) convenzionali, si applicano quelli legali. Come si accennava, la tassativa esclusione della sussistenza di un principio di ragionevolezza quale limite alla contrattazione collettiva consente alle Sezioni Unite di pervenire, in base ad argomentazioni in buona parte identiche, ad analoga conclusione in tema di contratto individuale di lavoro. CHIECO P. *Le sezioni unite e la parità di trattamento: gli equivoci del nuovo diniego della Cassazione* in Riv. it. dir. lav. 1996, 4.

²³⁹ “.....Il principio della libertà di adesione non solo esclude interventi legislativi di tipo vincolistico, ma serve altresì a garantire la libertà individuale di accesso ai piani di partecipazione agli utili o al capitale; che dunque sono _ per loro natura _ aggiuntivi e non sostitutivi del trattamento retributivo. In virtù del principio della trasparenza, detti piani devono essere fondati su formule predeterminate in modo certo prima dell'inizio di ciascun periodo di riferimento: l'importo delle erogazioni dovrà, infatti, essere di regola calcolato "in base ad una formula prestabilita che rifletta il rendimento dell'impresa in un determinato periodo... specificando chiaramente l'indicatore scelto per misurare il rendimento dell'impresa": cfr. punto 5 dell'allegato)...”. GHERA E. *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica* Riv. it. dir. lav. 2003, 4, 414. Ed ancora “.....La l. n. 1369/1960 era espressione del principio (« di trasparenza », secondo la nota costruzione di Gisella De Simone, *Titolarità del rapporto e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995) in forza del quale, almeno tendenzialmente, vi doveva essere necessaria coincidenza tra chi beneficiava delle utilità derivanti da una prestazione di lavoro e chi rivestiva, anche formalmente, la posizione di datore di lavoro (per due letture, parzialmente divergenti, della legge del 1960 si rinvia a Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, e più di recente a Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, 203 ss.)....” ROMEI R. *L'elisis di lunga vita del divieto di interposizione*, in Riv. it. dir. lav. 2005, 3; “...Nel definire e quindi regolamentare il contratto di subfornitura tra imprese, la l. 18 giugno 1998, n. 192 da un lato conferma il criterio metodologico, tipico della tradizione del codice, per il quale alla disciplina dei singoli contratti è premezza una definizione o nozione del negozio specifico, seppure molto ampia; dal lato opposto, ciò che ben più rileva, risponde alle esigenze regolative di uno specifico modello di organizzazione dell'attività produttiva (CUFFARO 2000, 367). Nel far questo la legge, molto puntuale ed articolata (v. tra i primi interventi, oltre a LIPARI 2000, NICOLINI 1999, e già DE NOVA 1998, e IUDICA 1998, e l'ampio studio di CASO 1998), afferma un rilevantissimo principio di trasparenza (MINERVINI 2000) e riconosce un generale principio di tutela a favore del contraente debole nei rapporti di collaborazione produttiva "verticale"; tuttavia non limitabile, accogliendo la nostra idea, ai soli rapporti tra imprese.....” ZILIO GRANDI G. *Rapporti di lavoro e attività gestoria tra autonomia, subordinazione e nuove proposte* in Riv. it. dir. lav. 2001, 4, 399.

	Principio di non discriminazione ²⁴¹
	Principio della formazione continua ²⁴²
	Principio dell'autogestione ²⁴³
	Principio della parità di trattamento fra soci e lavoratori dipendenti
	Principio di discrezionalità ²⁴⁴

²⁴⁰ “.....la Corte costituzionale, infatti, ha affermato in quella sentenza, che "la determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art. 15 della l. n. 300/1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri devono avere i caratteri della obiettività e della generalità e devono essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori". Tale principio, cui il giudice dovrebbe commisurare la validità dell'accordo sui criteri di scelta, per annullare eventualmente i licenziamenti intimati in base a criteri con esso contrastanti (e in tal senso irrazionali), ritorna nella proposizione successiva della sentenza n. 268/1994, come "principio di razionalità o ragionevolezza", complicato da una disgiuntiva che può significare coincidenza dei due termini o, invece, escluderla: "Come parametro del giudizio di razionalità o di ragionevolezza", dice la Corte, "possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato...". CASTELVETRI L. La negoziazione dei criteri di scelta nelle riduzioni di personale” in Riv. it. dir. lav. 2000, 1, 75; Ed ancora, “.....il principio di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità e devono essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità. Conferma, si diceva, per un verso perché l'introduzione del criterio di ragionevolezza concerne accordi particolari non aventi natura normativa ma "regolamentare delegata dalla legge", sicché non c'è alcuna automatica trasposizione della soluzione lì accolta ai contratti collettivi _ per l'appunto _ normativi destinati a regolamentare i rapporti individuali di lavoro; per altro verso, perché la violazione del principio di ragionevolezza, con la conseguente sanzione di invalidità dell'accordo sindacale, non lascia alcuno spazio al potere correttivo o integrativo del giudice giacché, venuti meno i criteri (illegittimi) convenzionali, si applicano quelli legali. Come si accennava, la tassativa esclusione della sussistenza di un principio di ragionevolezza quale limite alla contrattazione collettiva consente alle Sezioni Unite di pervenire, in base ad argomentazioni in buona parte identiche, ad analoga conclusione in tema di contratto individuale di lavoro.....”. Cassazione civile, 17 Maggio 1996, n. 4570 sez. Unite CHIECO P. Le sezioni unite e la parità di trattamento: gli equivoci del nuovo diniego della Cassazione Riv. it. dir. lav. 1996, 4. Sui limiti del giudizio di ragionevolezza, nell'ambito del diritto privato, Cass., S.U., n. 6030/1993. In dottrina, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL 1995,1, L. CASTELVETRI, *Riduzioni di personale e "principio di razionalità"* in MGL, 1999, 940.

²⁴¹ Più precisamente, la sentenza n. 4666 dell'11/5/99 della Corte di Cassazione ha ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza 268/94, aveva già affermato che i criteri di scelta previsti dagli accordi sindacali devono rispettare, in primo luogo, il principio di non discriminazione (sindacale, politica, religiosa, razziale, sessuale, linguistica) sancito dall'art. 15 Statuto dei Lavoratori, nonché il principio di razionalità: in altre parole, i criteri concordati devono possedere i caratteri dell'obiettività e della generalità. Con la citata sentenza, la Corte di cassazione, oltre a ribadire i principi già espressi dalla Corte costituzionale, ha anche affermato che la non discriminatorietà e la ragionevolezza dei criteri definiti in sede sindacale sono soggette al controllo del giudice. Più precisamente, se il controllo di non discriminazione coinvolge il principio enunciato dal già citato art. 15 S.L., il controllo di ragionevolezza attiene invece al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., di per sé non operante nei rapporti tra soggetti privati. In definitiva, poiché il criterio di scelta comporta di per sé un trattamento differenziato tra i lavoratori, il giudice deve verificare se tale differenziazione sia, o non sia, giustificata. Per questa via, il controllo di ragionevolezza finisce per implicare anche un controllo di coerenza dei criteri concordati con le ragioni poste a fondamento e giustificazione della riduzione del personale. Dunque, le parti sindacali, stipulando l'accordo sui criteri di scelta, non possono perdere di vista quelle ragioni, individuando criteri di scelta del tutto disancorati dal motivo che ha indotto il datore di lavoro a ridurre il personale. Un criterio di questo tipo sarebbe del tutto irragionevole, come pure sarebbe illegittimo che le parti, nell'accordo sindacale, indicassero per nome le persone da licenziare: in un simile caso, mancherebbe radicalmente qualunque criterio selettivo e oggettivo, cui è subordinata la legittimità del licenziamento collettivo.

²⁴² “.... debito da configurare in coerenza con una concezione moderna della gestione del personale..” LISO F. *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti* in Riv. it. dir. lav. 2002, 2, 169

²⁴³ La nuova disciplina in materia di lavoro nelle cooperative, “.....incide sulle modalità di attuazione del rapporto mutualistico (rendendo irresistibile l'idea che la fruizione del vantaggio mutualistico presupponga un rapporto di scambio ulteriore rispetto al contratto sociale) e sull'essenza stessa dello scopo mutualistico (che, riconoscibile eminentemente nel principio dell'autogestione, non può in ogni caso prescindere dal rispetto, per come avvertono le Sezioni Unite, "di comuni garanzie e di comuni diritti" per soci e dipendenti...”; MELIADO' G. *Il lavoro nelle cooperative: tempo di svolte*, in Riv. it. dir. lav. 2001, 1, 25.

²⁴⁴ “.....La distinzione fra criteri legali e criteri convenzionali ai quali attenersi nel valutare l'idoneità degli accordi non è, comunque, una distinzione priva di rilievo: la Commissione potrà derogare al criterio legale, mediante il quale

	Principio di proporzionalità ²⁴⁵
	Principio di intangibilità della retribuzione ²⁴⁶
	Principio di solidarietà (art.2 Cost.)
	Principio di conversione nel licenziamento disciplinare ²⁴⁷
	Principio di compensazione ²⁴⁸
	Principio di determinazione della retribuzione ²⁴⁹

Principio di organizzazione	
	Principio di legalità sostanziale ²⁵⁰
	Principio di gerarchia delle fonti
	Principio di unità della regola lavoristica ²⁵¹

debbono essere individuate le prestazioni indispensabili, solo dandone adeguata motivazione, correlata alle ragioni di sicurezza e di funzionamento dei diritti degli utenti. Obbligo, questo, che evidentemente non ricorre nell'ipotesi in cui la Commissione non intenda discostarsi dai criteri legali, ma da quelli convenzionali. Poiché l'attività della Commissione, laddove non esistano criteri legali vincolanti, è ispirata al principio di discrezionalità, potranno essere giudicati idonei anche accordi che non tengano conto di alcuni indirizzi interpretativi elaborati dalla Commissione stessa. Così, ad esempio, è accaduto per la valutazione di idoneità dell'accordo del settore del credito, dove la necessità di salvaguardare la prassi sindacale vigente ha consentito di sottrarre il settore alla rigida applicazione del divieto di proclamazioni plurime...”, MONACO M.P. I poteri della Commissione di garanzia alla luce degli ultimi interventi dei garanti in Riv. it. dir. lav. 2004, 3, 373.

²⁴⁵ Il principio di proporzionalità fra infrazione e sanzione, stabilito dall'art. 2106 c.c.

²⁴⁶ “.....il principio di intangibilità della retribuzione, sancito inderogabilmente dall'art. 2099 c.c. e accentuato dall'art. 2117 c.c., che esclude che i fondi aziendali possano essere distratti dal fine cui sono destinati o formare oggetto di esecuzione forzata...” Ved. Cass. 18 maggio 1991, n. 5611, in: GC, 1991, I, 2659, con nota di F.D. Mastrangeli, Principio d'intangibilità della retribuzione e previdenza integrativa; DL, 1991, II, 261, con nota di S. Piccinino, Natura retributiva dei fondi pensionistici integrativi; Il Risparmio, 1992, 1522, con nota di M. Genghini, Natura retributiva dei fondi pensionistici integrativi ovvero regolamento del fondo integrativo: clausola di sospensione della pensione in caso di attività del pensionato presso aziende concorrenti; Cass. 18 maggio 1991, n. 4510, mass. POSO V.A. Una premessa assai discutibile e una conclusione errata a proposito della natura retributiva dei trattamenti pensionistici integrativi aziendali Riv. it. dir. lav. 2002, 2.

²⁴⁷ La Cassazione ha stabilito che non è necessario un pronunciamento espresso sulla richiesta formulata in appello di conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo, qualora il giudice di merito accerti che il comportamento del lavoratore non integra gli estremi né della giusta causa né del giustificato motivo; pertanto la sentenza del giudice d'appello non può essere impugnata né per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, né per omessa motivazione. Per l'ammissibilità della "conversione" del licenziamento intimato per giusta causa in giustificato motivo, anche d'ufficio, in grado d'appello, cfr. Cass. 15 gennaio 1997, n. 360 e Cass. 9 ottobre 1996, n. 8836, entrambe in FI, I, c. 782; in dottrina v. G. BOLEGO, *Obbligo di affissione e principio di conversione nel licenziamento disciplinare*, nota a Cass. 2 marzo 1995, n. 2414, GC, 1995, I, 3033 e A.M. BRUNI, *Sulla conversione del licenziamento*, Profili civilistici, Padova, 1988.

²⁴⁸ L'orario normale di lavoro non può eccedere le 8 ore al giorno o le 40 ore settimanali di lavoro effettivo (art. 1, R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, modificato dalla L.196 del 24 giugno 1997). Tale disposizione è stata chiarita dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale con sua circolare n. 153-bis del 28 aprile 1955 nel senso che l'orario settimanale di 48 ore (ora 40) può essere ripartito nel corso della settimana anche in modo che in qualche giorno vengano superate le 8 ore giornaliere (principio di compensazione).

²⁴⁹ E' il principio generale più importante e più caratteristico della costituzione (art.36, 1° comma). “..più importante perché per il lavoratore, la prestazione remuneratoria nei confronti del datore di lavoro costituisce appunto il diritto economicamente più sostanziale (per il più alto livello di esso è sorta ed agisce l'organizzazione sindacale, più caratteristico, perché tra i contratti in generale e quelli di scambio in particolare, solamente per il contratto di lavoro (subordinato) la Costituzione interviene a proclamare gli elementi propri determinanti una delle prestazioni, e precisamente quella remuneratoria..”, PERGOLESI F. *Principi costituzionali di diritto del lavoro in RIDL 1959 p.253.*

²⁵⁰ L'art. 2060 c.c., esprime il principio generale per il quale la legge tutela con forza cogente il lavoro in tutte le sue forme, considerandolo immediatamente come attività, con la conseguenza che la prestazione di lavoro subordinato può essere dedotta solo entro lo schema del rapporto di lavoro dipendente e di quei diversi rapporti entro i quali la sua deducibilità risulti positivamente consentita. ASSANTI C. *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro* Ed. Giuffrè 1961 p.127

	Principio di favore (<i>favor laboratoris</i>) ²⁵²
	Principio di indivisibilità delle libertà ²⁵³
	Principio del c.d. doppio binario ²⁵⁴

²⁵¹ “...Il riferimento d'obbligo è alla riforma del Titolo V della Costituzione, approvata dal Parlamento nelle ultime ore della legislatura, su cui proverò ad abbozzare un esile filo di riflessione. La riscrittura dell'art. 117 prefigura, fra l'altro, l'esercizio un potere legislativo concorrente fra Stato e Regioni, che ne comporta la devoluzione all'autonomia regionale, fatta salva la possibilità per la legislazione statale di intervenire fissando principi fondamentali. In tale ambito la contrapposizione che ci interessa è fra la regolamentazione del c.d. "ordinamento civile", patrimonio esclusivo della legislazione statale, e quella della "tutela e sicurezza del lavoro", affidato alla legislazione concorrente...”, MAZZOTTA O. *Il diritto del lavoro e le sue fonti* in Riv. it. dir. lav. 2001, 3, 219.

²⁵² “.....Ben presto però il principio di gerarchia viene messo in discussione ad opera della cultura giuslavoristica post-costituzionale. Un primo grimaldello proposto per scardinare la rigidità della gerarchia discendente è il principio di "favore". Esso fa leva sulla valorizzazione della strategia di tutela che i lavoratori in quanto "classe" ricevono all'interno della Carta costituzionale (CESSARI, *Il "favor" verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1983, rist., spec. 30 ss. In una diversa accezione PIZZORUSSO, *op. cit.*, 25 s. parla di "principio lavoristico", deducibile dagli artt. 1, primo comma, 4 e 35 ss. Cost). *Dell'idea - che ha anche avuto, negli anni passati, una qualche fortuna in giurisprudenza - giova sottolineare che non si tratta dell'unica occasione di rilievo dei principi come fonte del diritto del lavoro (si pensi, per non andare tanto lontano, al rilievo praeter legem dei principi di parità di trattamento o di onnicomprensività retributiva); nel caso il principio intende funzionare, quanto meno, nell'accezione di criterio per la soluzione di conflitti fra norme (ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1993). Ma è stata proprio tale caratteristica a decretarne la crisi. Esempio - per porne in luce i profondi limiti conseguenti all'intrusione di elementi tratti dalla ratio della disciplina sul piano delle tecniche interpretative - è il dibattito relativo ai rapporti fra contratti collettivi di diverso livello. In tale contesto si è potuto avvertire che il richiamo al favor, per la soluzione dei conflitti fra norme di diverso livello, dà voce ad un criterio esterno, brutalmente trasposto dall'ordine giuridico generale e fortemente assiologico, in contrapposizione a regole di soluzione più asettiche, idonee a sottrarre "la valutazione delle discipline in concorso alla regola del melius e del pejus...". (GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Atti delle Giornate di studio dell' AIDLASS di Arezzo (15-16 maggio 1981)*, Milano, 1982, 48); MAZZOTTA O. *Il diritto del lavoro e le sue fonti* in Riv. it. dir. lav. 2001, 3, 219.*

²⁵³ La stessa dottrina costituzionalistica si preoccupa di precisare che « il problema della convivenza delle libertà, considerate nelle loro varie dimensioni ("positive" e "negative"), diviene fondamentale ai fini della determinazione della "costituzione della libertà", ovvero ai fini della definizione dei valori della personalità umana come sistema di valori supremi », come pure che « è errato affermare che nella Costituzione italiana vi sia una gerarchia (astratta) dei valori di libertà, dal momento che il principio della "indivisibilità delle libertà", derivante dal fatto che queste sono nel loro complesso manifestazioni giuridiche (o valori costituzionali espressivi) dell'unitario concetto normativo di persona umana, impedisce di attribuire un maggior pregio a determinate libertà anziché ad altre... ». Derivante dal fatto che queste sono nel loro complesso manifestazioni giuridiche (o valori costituzionali espressivi) dell'unitario concetto normativo di persona umana, impedisce di attribuire un maggior pregio a determinate libertà anziché ad altre... » BALDASSARRE, voce *Libertà*, EGT, Roma, 1990, 18. “...Il presupposto di tali affermazioni consiste nella visione unitaria del sistema delle libertà contemplato dalla Costituzione, perché tutte concorrono a stabilire lo statuto di indipendenza della persona umana...” NICOSIA G. *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi* Riv. it. dir. lav. 2004, 1, 121.

²⁵⁴ Il principio del c.d. doppio binario, in base al quale, in passato, si era ritenuto che l'inquadramento dell'impresa ai fini previdenziali e ai fini del godimento delle agevolazioni garantite dalla legge non assumesse rilevanza in materia di regolamentazione del trattamento retributivo dei lavoratori, atteso che la disciplina previdenziale è destinata ad operare esclusivamente nell'area pubblica dell'economia, in cui non v'è spazio per la libertà di contrattazione (Cass. n. 10374/2000 e Cass. n. 12345/1999, citt.). La Suprema Corte con la sentenza del 04 Settembre 2003, n. 12915 sez. Lavoro, abbandonando tale principio, riafferma il principio secondo cui il primo comma dell'art. 2070 c.c. non trova applicazione nei riguardi della contrattazione collettiva postcorporativa, che « ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione. Pertanto, nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente fare riferimento a tale disciplina come termine di riferimento della retribuzione ex art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto dal contratto applicato » (Cass., S.U., 26 marzo 1997, n. 2665, GC, 1998, I, 1199, con nota di G. Pera, La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 c.c., a cui si è conformata la giurisprudenza successiva: Cass. 23 giugno 2003, n. 9964, mass.; Cass. 9 maggio 2003, n. 7157, mass.; Cass. 7 agosto 2000, n. 10374, mass.; Cass. 5 novembre 1999, n. 12345, NGL, 2000, 1; Cass. 19 dicembre 1998, n. 12721, mass.; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12663, q. Riv., 1998, II, 454, con nota di C. Faleri, Una conferma dell'inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi postcorporativi, in cui si rinvia, per i contrastanti precedenti giurisprudenziali, alla pronuncia delle Sezioni unite).

	Principio di parità di trattamento tra associazioni sindacali ²⁵⁵
	Principio di ultrattività del contratto collettivo limitatamente alla sufficienza della retribuzione ²⁵⁶
	Principio di autonomia privata ²⁵⁷
	Principio pluralista ²⁵⁸

²⁵⁵ In difetto di obblighi a trattare di fonte legale o imposti dalla contrattazione collettiva, non operando un principio di parità di trattamento tra le varie organizzazioni sindacali, ne deriva al datore di lavoro libertà di rifiutare il negoziato con le contrapposte organizzazioni sindacali o di avviarlo prescegliendo l'interlocutore (in generale, sull'assenza di obblighi a trattare, v. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974; GAROFALO, *Repressione della condotta antisindacale, ne Lo statuto dei lavoratori*. Commentario, diretto da Giugni, Milano, 1979, 99; ROMAGNOLI, *Sulla rilevanza di obblighi a trattare imposti dalla contrattazione collettiva*; Cass. 3 marzo 1990, n. 1677, in Riv. It. D.L., 1991, II, 315 e in MGL, 1991, 271; Cass. 13 febbraio 1987, n. 1598, in q. Riv., 1987, II, 685 e in NGL, 1988, 1).

²⁵⁶ I contratti collettivi, in quanto espressione di autonomia negoziale privata, al pari di ogni altro contratto, sono soggetti alla volontà delle parti, libere pertanto di stabilire il termine finale di efficacia del contratto medesimo, e, di conseguenza, delle obbligazioni che ne scaturiscono. In questi termini, espressamente Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, MGL, 1993, 414. Alle medesime conclusioni pervengono anche: Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, RIDL, 1993, II, 82, con nota di BURRAGATO, *Recesso unilaterale dal contratto collettivo e principio di buona fede*; Cass. 26 aprile 1991, n. 4602, RFI, 1991, voce Lavoro (contratto), n. 25; Cass. 6 giugno 1990, n. 5393, ivi, 1990, voce Lavoro (contratto), n. 20; Cass. 13 febbraio 1990, n. 1050, NGL, 1990, 478; Cass. 17 luglio 1988, n. 4630, RFI, 1988, voce Lavoro (contratto), n. 65; Cass. 29 agosto 1987, n. 7140, ivi, 1987, voce cit., n. 30. Nella giurisprudenza di merito: T. Bergamo 29 marzo 1991, OGL, 1991, 855; P. Novara 5 giugno 1990, RIDL, 1991, II, 290, con nota di Rucci, In tema di recesso dal contratto collettivo (con cenni sulla disdetta dell'uso aziendale); P. Serravalle Scrivia 23 dicembre 1988, OGL, 1989, 6; P. Forlì 27 giugno 1983, NGL, 1983, 361), ha avuto modo di sottolineare come la cessazione dell'efficacia di un contratto collettivo, coerentemente alla sua natura di atto negoziale, "dipende dalla scadenza del termine medesimo stabilito... senza che possa farsi ricorso alle disposizioni degli artt. 2073 e 2074 c.c., in tema di "denuncia" e di "ultrattività", concernendo esse i soli contratti corporativi". Infatti, con la fine dell'ordinamento corporativo, il contratto collettivo "spiega la propria operatività esclusivamente nell'area dell'autonomia privata; la regolamentazione ad esso applicabile è dunque quella dettata per i contratti in generale, e si è perciò ritenuto che la disciplina del codice civile per i contratti corporativi non è applicabile a quelli di diritto comune": così Cass. 16 aprile 1993, n. 4507 cit. Nei medesimi termini, del resto, si pronunzia la maggior parte della dottrina: RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno*, vol. XVII, t. 1, Torino, 1986, 20 ss. In riferimento alla manualistica, si veda, a mero titolo di esempio: GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 1996, 188; Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 1991, 151; PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 1994, 104; CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. 1. Diritto sindacale*, Torino, 1994, 332 ss. In senso contrario, ma isolatamente: ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Milano, 1967, 72 ss. ESPOSITO, *L'efficacia temporale del contratto collettivo nel sistema normativo corporativo*, DRI, 1994, 133 ss.; tesi da ultimo ribadita dal medesimo A. nella nota alla sentenza in commento, FI, 1995, I, 2871. Pertanto l'ultrattività del contratto collettivo è ammessa dalla dottrina nonché dalla giurisprudenza di legittimità, in applicazione del principio di sufficienza enunciato dall'art.36 della Cost. e non perché esiste un principio vigente nel nostro ordinamento di ultrattività del CCNL, trattandosi di un contratto di diritto comune dove trova applicazione il principio dell'autonomia privata che appartiene al novero dei principi generali. "...Il principio di cui al primo comma dell'art. 36 Cost. opera infatti sul piano del rapporto individuale di lavoro: è in quest'ambito infatti che dovrà misurarsi la conformità della retribuzione ai canoni imposti dalla norma costituzionale. La questione della ultrattività del contratto collettivo (o della irrecedibilità dal medesimo) si pone invece sul piano collettivo, non coinvolgendo il datore di lavoro nella sua veste di parte di un rapporto individuale di lavoro, ma nella veste di parte di un accordo collettivo...".ROMEI R. *Efficacia temporale del contratto collettivo e principio di sufficienza della retribuzione* in Riv. it. dir. lav. 1996, 3,

²⁵⁷ Costituisce infatti un criterio di qualificazione giuridica, sotto il quale ordinare i fatti "ai fini della sussunzione sotto una norma particolare", MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica, ne I principi generali del diritto*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992, 319, ed ora anche in DL, 1992, I, 3 ss .

²⁵⁸ La funzione del principio pluralista, nelle intenzioni dei costituenti, era quella di cerniera tra le libertà collettive e l'assetto democratico dello Stato (cfr. RIDOLA in, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, p.201, nel rispetto della primazia del singolo (artt. 2 e 18) (cfr. RIMOLI, voce *Pluralismo*, EGT, 1997, XXIII, p.13 e ss.e nella prospettiva dei principi di uguaglianza e solidarietà degli artt. 2 e 3 Cost. Il pluralismo - osserva RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, cit., 10 e 301 s., richiamando la dottrina americana - riguarda i mezzi e non già i fini e il riconoscimento delle formazioni sociali, che racchiude la garanzia del pluralismo, è in funzione dello svolgimento della persona. Soltanto, infatti, quando vi è pluralismo e quindi pluralità di voci, pluralità oggettiva e soggettiva vi può essere

	Principio di bilanciamento degli interessi ²⁵⁹
	Principi generali della ragionevolezza e dell'affidamento ²⁶⁰
	Principio di tipicità delle sanzioni e delle relative infrazioni.
	Principio generale ²⁶¹
	Principio di sussidiarietà ²⁶²

piena partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, secondo comma, Cost.) e il singolo può davvero trovare dove esprimere e realizzare la propria personalità. SPOLVERATO G. *Sindacati e concorrenza sindacale dopo il referendum sull'art.19 St.Lav.: Interrogativi ancora aperti* in Riv. it. dir. lav. 2004, 1, 99. La pluralità indica che il principio di giuridicità non si esaurisce nell'ordinamento statale.

²⁵⁹ "...Il tema del bilanciamento tra gli interessi protetti dall'art. 33, quinto comma della l. n. 104/1992 e le contrapposte esigenze dell'azienda, è stato affrontato dalla giurisprudenza, in primo luogo, al fine di trarne argomento per dichiarare la ragionevolezza, quindi la legittimità costituzionale, della limitazione soggettiva dei beneficiari del diritto di scelta (detta limitazione, com'è noto, discende dal requisito legislativo della continuità dell'assistenza recata dal lavoratore al familiare portatore di handicap nonché da quello, ora abrogato dall'art. 19 della l. n. 53/2000, della convivenza tra tali soggetti: cfr. C. cost. 29 luglio 1996, n. 325, GC, 1996, I, 3097; Cass. 20 gennaio 2001, n. 829, cit.; A. Milano 15 marzo 2002, LG, 2002, 1004). Più rari sono, invece, i casi in cui si è esaminata la questione dei modi in cui si realizza in concreto il bilanciamento tra gli interessi anzidetti. Un diverso profilo della problematica in argomento concerne l'eventualità in cui concorrano più domande di trasferimento a una medesima sede. A questo proposito, la giurisprudenza ha più volte statuito l'obbligo datoriale di far precedere il trasferimento da una valutazione comparativa tra le posizioni dei lavoratori. Nell'impiego pubblico, tale obbligo trova un fondamento positivo nel dovere di imparzialità della p.a. e nel principio di efficiente amministrazione (cfr. TAR Sardegna 17 marzo 1994, n. 166, TAR, 1994, I, 2304, citata in motivazione); in quello privato consegue invece, secondo un certo orientamento, all'applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede (cfr. Brollo, *La mobilità interna*, cit., 451; Tullini, *Trasferimento a domanda del lavoratore e sindacato del giudice*, nota a P. Torino 22 maggio 1990, q. Riv., 1991, II, 417; Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, 293 ss.). In tali sporadici casi, la giurisprudenza dispone costantemente che il trasferimento sia condizionato all'esistenza di posti vacanti presso la sede di destinazione (cfr. C. Stato, Sez. III, 26 settembre 2000, n. 1623, CS, 2000, I, 2802; C. Stato, Sez. III, 9 giugno 1998, n. 23, CS, 1999, I, 1515; T. Modica 12 luglio 2000, DL, 2001, II, 48), specificando come la prova della disponibilità di posti competa al lavoratore (cfr. T. Roma 9 luglio 2001, MGL, 2002, 45)..... L'art. 33, quinto comma, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, pone un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" di cui al primo comma dell'art. 2103 c.c., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa. La compressione di tale potere, il quale costituisce, com'è noto, una declinazione del principio di libertà di iniziativa economica privata (sui limiti al potere di trasferimento quali espressioni dell'"irrisolto conflitto fra primo e secondo comma dell'art. 41 Cost." cfr. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Comm Sch, sub art. 2103, 1997, 510), deriva, secondo la detta norma - come recentemente modificata dall'art. 19 della l. n. 53/2000 - dall'attribuzione al lavoratore che assista con continuità un parente, o un affine entro il terzo grado, portatore di handicap, del "diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio", e del diritto a non essere trasferito ad altra sede senza consenso...". SENATORI I. *Limiti al diritto di scelta della sede di lavoro per l'assistenza al parente handicappato: il caso dell'obiettiva impossibilità per contrasto con esigenze aziendali* in Riv. it. dir. lav. 2003, 2.

²⁶⁰ I principi generali della ragionevolezza e dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico quando l'intervento del legislatore discrimina dunque, in modo ingiustificato, fra fattispecie analoghe

²⁶¹ "...la qualificazione di "principio generale" o, forse, si potrebbe utilizzare la nozione di standard valutativo esistente nella realtà sociale che, secondo la Cassazione, andrebbe a costituire, accanto ai principi dell'ordinamento, il diritto vivente e, in materia di rapporti di lavoro, la c.d. civiltà del lavoro: in tal senso, Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in LG, 1999, 347, con nota di G. Guarnieri e in q. Riv., 1999, II, 441, con nota di M. Bove, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione al contratto di giusta causa di licenziamento* e Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, *Italgire, RV. 525300 attribuita alla determinazione della Corte...*"; SIMONATO D. *Giusta causa di licenziamento e vie di fatto*, Riv. it. dir. lav. 2000, 1.

²⁶² Il pluralismo giuridico ordinamentale, dapprima contraddistinto dalla presenza delle fonti comunitarie, oggi dalla forte presenza delle fonti decentrate, sta portando ad una spinta contraria a quella che aveva governato il mercato del lavoro dal periodo corporativo fino a ieri: stiamo passando dall'accentramento della produzione normativa ad una sua articolata proliferazione. Il principio di sussidiarietà presuppone infatti fonti concorrenti nonché il riparto delle stesse, ma i movimenti che si possono individuare sono due: non solo dal grande al piccolo, ma anche dal piccolo al grande, quando il piccolo è inadeguato (troppo piccolo) per assumere una determinata funzione. BARTOLE S., *Riflessioni sulla comparsa nell'ordinamento italiano del principio di sussidiarietà*, *Studium Juris*, 1999, 4, 380; D'ANTONA M., *Chi ha paura della sussidiarietà?*, LD, 1994, 565, ora in *Opere*, cit., 351; RESCIGNO G.U., *Stato sociale e principio di*

	Principio della leale collaborazione (Stato Regioni) ²⁶³
	Principio solidaristico e collaborativo collegato al dovere di correttezza ²⁶⁴

sussidiarietà, in *Quad. Regionali*, 2002, 2, 381 ss; ALLEGRETTI U. *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Città Aperta Edizioni, Troina, 2002; FILY V. *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione* in Riv. it. dir. lav. 2003, 3, 331.

²⁶³ “..... Il principio della leale collaborazione fa breccia definitivamente nella giurisprudenza costituzionale a partire dal 1985 e da allora, pur seguendo una strada impervia e tortuosa, è diventato il più importante criterio atto a consentire la "pacifica coesistenza e l'efficace ed appropriato svolgimento delle attribuzioni centrali e locali". Tutto parte da una duplice osservazione: da un lato, non è ipotizzabile una netta separazione di sfere di intervento in quanto le competenze di centro e periferia non corrono parallele, ma inevitabilmente si intersecano più e più volte (e questo appare in tutte le esperienze degli Stati articolati in comunità minori con poteri legislativi costituzionalmente garantiti); in secondo luogo, anche nel pieno vigore e attuazione del principio autonomistico non possono essere trascurate, anzi, devono anteporsi le ragioni dell'unità in quanto imputabili all'intera comunità nazionale. Il rapporto tra Stato e Regioni, così come delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, "non si riduce ad un puro rapporto di separazione in chiave esclusivamente garantista, ma prevede forme di coesistenza e di integrazione di attribuzioni, sia pure di diverso tipo e/o intensità, dello Stato e delle Regioni all'interno delle stesse materie devolute a queste ultime". Sono la coesistenza e l'integrazione delle attribuzioni, ispirate al principio della leale collaborazione, che consentono allo Stato e alle Regioni di conciliare il decentramento di competenze con la salvaguardia degli interessi nazionali.....Nessun autore che abbia tenuto in conto i dati giuridici si è spinto ad affermare che il c.d. principio di collaborazione arriverebbe a sostituire alla radice e in toto il principio di separazione: non può parlarsi di collaborazione senza separazione; solo quest'ultimo è il principio generale sostanziale, l'altro è per sua essenza un principio derogatorio....” La prima pietra è posta da C. cost. 1° aprile 1985, n. 94, *GCost*, 1985, I, 604. Tra le successive ricordiamo C. cost. 22 luglio 1985, n. 216, in *GCost*, 1985, I, 1675 e in *Le Regioni*, 1986, 247, con nota di M. MARPILLERO, *Edilizia militare, art. 81 del d.P.R. n. 616/1977 e principio di collaborazione fra Stato e Regioni speciali*; C. cost. 21 dicembre 1985, n. 359, *GCost*, 1985, I, 2522; C. cost. 27 giugno 1986, n. 151, *FI*, 1986, I, 2690; C. cost. 16 giugno 1987, n. 226, *FI*, 1989, I, 378; C. cost. 17 dicembre 1987, n. 517, *FI*, 1989, I, 3356; C. cost. 25 febbraio 1988, n. 214, *Le Regioni*, 1988, 787, con nota di L. TORCHIA, *Regionalismo cooperativo e direttive ministeriali: un caso di specie*, e nota di A. COSTANZO, *Collaborazione fra Stato e Regioni e buon andamento dell'amministrazione*; C. cost. 10 marzo 1988, n. 302, *Le Regioni*, 1988, 1119, con nota di V. ANGIOLINI, *La Corte e i decreti legge: decisioni politiche e garanzie costituzionali*; C. cost. 27 aprile 1988, n. 470, *CS*, 1988, II, 773; C. cost. 10 giugno 1988, n. 618, *CS*, 1988, II, 1072; C. cost. 10 giugno 1988, n. 625, *GCost*, 1988, I, 2900; C. cost. 10 giugno 1988, n. 626, *GCost*, 1988, I, 2908; C. cost. 10 giugno 1988, n. 627, *CS*, 1988, II, 1084; C. cost. 23 giugno 1988, n. 695, *CS*, 1988, II, 1130; C. cost. 23 giugno 1988, n. 696, in *CS*, 1988, II, 1132 e in *DPL*, 1988, 2267; C. cost. 30 giugno 1988, n. 747, *FI*, 1990, I, 2127; C. cost. 1988, n. 730, *Le Regioni*, 1989, 1055, con nota di DE GÖTZEN, *Iniziativa regionale nella definizione di forme di cooperazione con lo stato e dovere di mutua informazione*; C. cost. 28 luglio 1988, n. 924, *FI*, 1990, I, 412; C. cost. 15 novembre 1988, n. 1031, *GCost*, 1988, I, 5012, con nota di COSTANZO, *Nota "a prima lettura" alla sentenza n. 1031/1988 della Corte costituzionale*; C. cost. 6 dicembre 1988, n. 1065, *Le Regioni*, 1990, 517, con nota di S. DE GÖTZEN, *Edilizia militare, bilanciamento degli interessi e collaborazione fra Stato e Regioni*; C. cost. 12 aprile 1989, n. 180, *RAMM*, 1989, 943; C. cost. 15 giugno 1989, n. 337, *CS*, 1989, II, 807. *Amplius* cfr. A. COSTANZO, *Modelli, principi e loro genesi nelle argomentazioni interpretative. Il caso della collaborazione fra Stato e Regioni*, *GCost*, 1990, 2481. FILY V. *Ragionando su servizi per l'impiego, diritto al lavoro e principio di leale collaborazione* in Riv. it. dir. lav. 2003, 3, 331.

²⁶⁴ “Invero, questi due concetti di solidarietà e collaborazione sono di per sé stessi elastici e suscettibili di varia interpretazione, per cui, inseriti fra i motivi informativi dei moderni sistemi del diritto delle obbligazioni, possono fornire dall'alto solo una sottile traccia al comportamento di chi è tenuto ad ottemperare a quel dovere genericamente espresso nella formulazione dell'art.1175 cod.civ.”. LEGA C. *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro* RIDL, 1957 p.94.