

Costituzione e lavori

Mario Giovanni Garofalo

Pochi anni fa Umberto Romagnoli (2005), con la sua consueta isticità, ha affermato: «Il secolo del Lavoro – ‘maiuscolo, vale a dire salariato, produttivo, manifatturiero’, aggiunge citando Accornero – lo abbiamo alle spalle, mentre in quello che ci sta di fronte il lavoro si declina al plurale e, per quanto frammentato e diversificato, non ce n’è per tutti in eguale quantità e qualità».

L’osservazione è certamente vera sul piano del fatto, non a caso il giurista invoca a suffragio l’autorità di un grande sociologo. Utilizzando la stessa tecnica espositiva di Romagnoli, rinvio alla più che ampia letteratura sociologica e aziendalista per la descrizione delle nuove tecniche produttive e per l’allentamento del legame tra lavoratore e impresa. Mi basta ricavare da questa letteratura un fondamentale elemento: ieri i confini tra impresa e mercato erano netti e precisi: dentro l’impresa, rapporti di autorità e subordinazione legittimati dal contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 cod. civ., fuori – e cioè nel mercato – rapporti tra soggetti eguali; l’interno dell’impresa regolato dal diritto del lavoro, l’esterno dal diritto commerciale.

Oggi le carte si sono mischiate: nei distretti e nelle filiere di produzione i rapporti giuridicamente rilevanti sono rapporti tra imprese, ma non sono tra soggetti eguali, sono rapporti intessuti anch’essi da relazioni di potere e subordinazione. Il lavoro di cui ciascuna impresa ha bisogno viene procurato non più solo con il contratto di lavoro subordinato dell’art. 2094, ma attraverso una pluralità di forme contrattuali che ha portato, da un lato, a una mutazione genetica (almeno per una parte, ma molto rilevante sia quantitativamente sia qualitativamente) della vecchia *locatio operis*, dall’altra all’utilizzazione a questo fine di forme contrattuali tradizionalmente utilizzate per altri scopi (penso all’associazione in partecipazione). Per complicare

* Mario Giovanni Garofalo è professore di Diritto del lavoro nell’Università di Bari.

ulteriormente il quadro, il legislatore – a supporto di questo processo – ha disarticolato la fattispecie del lavoro subordinato, creando una serie di contratti speciali (o a disciplina speciale) con trattamenti economici e normativi differenziati in peggio dalla figura standard. E gli uni e gli altri sono designati con il nome, certamente improprio, di contratti atipici.

Che ha da dire il diritto costituzionale del lavoro su questo processo? Una prima, preliminare, osservazione attiene al fatto che i mutamenti legislativi in corso (per intenderci: l'introduzione di sempre più massicce dosi di flessibilità/precarietà nella disciplina dei rapporti di lavoro) non si confrontano con le norme costituzionali. Evidentemente queste sono considerate irrilevanti, altrettanto evidentemente si ritiene che le norme costituzionali sul lavoro, almeno quelle del Titolo III, abbiano a oggetto, per riprendere la citazione già fatta, il lavoro salariato, produttivo, manifatturiero; quel mancato confronto indica che si ritiene che era in nome di questo tipo di lavoro che i grandi partiti di massa, che hanno egemonizzato l'Assemblea costituente, abbiano dettato le norme in discorso. Ciò indica il loro ambito d'applicazione: è, appunto, il lavoro salariato, produttivo, manifatturiero, in altre parole il lavoro fordista; al contrario, non sono applicabili – almeno in linea di principio – alle attuali tipologie di lavoro cosiddette atipiche perché quelle caratteristiche non sono in esse presenti. Continuando in questa sorta d'esercitazione nel trovare argomenti per l'assordante silenzio sulle norme del diritto costituzionale del lavoro, sul piano assiologico il discorso potrebbe presentarsi così: le norme del diritto costituzionale del lavoro traggono la loro *ratio* dal fatto che la dinamica del rapporto di lavoro subordinato, sia nel suo momento genetico sia nel suo svolgimento, è potenzialmente lesiva della dignità della persona-lavoratore; i rapporti di lavoro atipici, invece, in quanto frutto di libere scelte di lavoratori che le condizioni del mercato del lavoro rendono realmente autonomi, non pongono a rischio il valore della persona che lavora; quindi, non ha senso applicare a essi quelle norme, la cui applicabilità deve essere ristretta a quel che residua dei rapporti di lavoro subordinato tradizionali¹.

¹ Invero potrebbe ipotizzarsi un altro ragionamento: la tutela del lavoro subordinato postulata dalla Costituzione è eccessiva; allora è opportuno o necessario darne l'interpretazione più restrittiva possibile; tale interpretazione restrittiva può iniziare dall'escludere dal suo ambito d'applicazione i rapporti atipici. Sarebbe però ingeneroso: significherebbe ipotizzare un esplicito e volontario aggiramento della Costituzione.

In realtà è errato ritenere che i costituenti, nel dettare le norme in discorso, avessero presenti gli operai dell'impresa industriale manifatturiera fordista. L'Italia, alla fine degli anni quaranta, aveva ancora un'economia prevalentemente agricola e il fordismo si è realmente diffuso nel nostro paese solo verso la fine degli anni cinquanta e nel corso degli anni sessanta del secolo scorso. I costituenti avevano davanti agli occhi una realtà del lavoro complessa e frastagliata, sarebbe quanto mai riduttivo pensare che non fossero in grado di vederla e la trasformassero, con una sorta di curiosa presbiopia, in un fordismo ancora di là da venire.

Se, dunque, i costituenti avevano percezione della complessità del fenomeno lavoro e solo successivamente questa complessità si è – invero molto relativamente – semplificata intorno al modello fordista, oggi, quando, con un ulteriore mutamento, questa semplificazione è venuta meno, occorre verificare se i principi posti per l'antica complessità siano adatti a governare la nuova.

Se passiamo dal piano storico a quello esegetico dobbiamo, in primo luogo, fare i conti con l'art. 35 e con la tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» quivi disposta. Qui il sintagma «lavoro» non può avere la stessa amplissima latitudine di ogni attività socialmente utile che ritroviamo nell'art. 4, comma 2 (Mancini, 1974): deve avere un significato più ristretto perché, perlomeno, non può ricomprendersi in esso l'attività imprenditoriale che trova la sua regolazione di principio in altra norma: l'art. 41 (Corte Cost. n. 141/1967)². Dal lato opposto, la latitudine della lettera della disposizione mi sembra precludere un'interpretazione che ne restringa l'ambito al lavoro subordinato in senso tecnico: il lavoro prestato in esecuzione del contratto di cui all'art. 2094 cod. civ. è, all'evidenza, solo una delle «forme e applicazioni» del lavoro rilevanti ai fini della norma costituzionale. In questo senso si è pronunciata tutta la letteratura in argomento (Treu, 1979)³ e non vi è ragione per discostarsi da questa indicazione. Del resto la Corte Costituzionale (sent. n. 28/1995) ha ritenuto rientri nell'am-

² Nella sentenza 26 luglio 1988, n. 880, la Corte ha ritenuto applicabile l'art. 35 agli artigiani, motivando, per costoro, sulla prevalenza del fattore lavoro su quello imprenditoriale.

³ La Cassazione (Cass. Sez. lav. 10.2.2005, n. 2693, ma già Cass. Sez. lav. 23.9.98, n. 9515) ha affermato che sarebbe in contrasto con gli artt. 4, 35 e 38 Cost. un'interpretazione della normativa in tema di assicurazione contro gli infortuni degli artigiani che non comprendesse nell'assicurazione anche l'attività svolta in preparazione alla commessa (redazione del preventivo).

bito della norma anche il lavoro di cura. La peculiarità del problema concreto affrontato (la possibilità, per una cittadina extracomunitaria casalinga, di ottenere il ricongiungimento familiare con un figlio avuto da un precedente matrimonio), nulla toglie all'importanza ai nostri fini dell'affermazione di principio.

Quindi dobbiamo muoverci tra due estremi: il lavoro che la Repubblica ha il compito di tutelare in forza dell'art. 35 non è né ogni attività socialmente utile né solamente il lavoro subordinato. Accontentiamoci, per ora, di questo risultato provvisorio. Prima di approfondire il discorso mi preme fare un'altra osservazione, che pure è stata fatta più volte dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 189/1982; n. 1/1986; n. 365/1995): proprio la complessità del fenomeno lavoro riconducibile all'art. 35 impedisce di ritenere che le forme di tutela debbano essere identiche per i diversi tipi di lavoro; le tutele apprestate potranno essere tra loro diverse perché occorre tener conto delle specificità di ciascuna forma di attuazione del lavoro stesso e, quindi, della specifica forma contrattuale in cui il lavoro viene versato.

Ma la riconduzione all'art. 35 di diversi lavori, pur nell'ammissibilità di diverse forme di tutela, ha un corollario: quello del necessario scrutinio di ragionevolezza. Insomma, se due tipi di lavoro sono entrambi riconducibili all'art. 35, potrà certamente esserci una differenza nelle tutele apprestate in adempimento della norma costituzionale, ma la differenza di tutela dovrà trarre adeguata giustificazione dalla differenza tra le due fattispecie; non sarà sufficiente affermarne la diversità.

Il lavoro da tutelare ex art. 35 non è, dunque, ogni attività socialmente utile, ma neanche solo il lavoro subordinato dell'art. 2094 cod. civ.; dove, esattamente, corre il confine dell'oggetto dell'obbligo di tutela? E qui una lettura che integri la norma in esame con l'art. 3 cpv. ci può aiutare a trovare il bandolo della matassa: il lavoro che la Repubblica deve tutelare è quel lavoro che, per ostacoli di ordine economico e sociale, invece di essere strumento di sviluppo della persona del lavoratore e di partecipazione collettiva all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, diventa un ostacolo all'uno e all'altra.

Questo confine è stato variamente nominato: debolezza contrattuale, sottoprotezione ovvero subordinazione sociale o economico sociale, dipendenza ovvero debolezza economica. Sono questi i nomi – a mia memoria – più frequentemente usati per designare il fenomeno sociale, economico, ma anche giuridico. Il dibattito su quale sia più appropriato – devo confessare – mi

lascia alquanto freddo; salvo per il primo, quello della debolezza contrattuale, che calorosamente rifiuto perché rinvia a una dimensione esclusivamente individuale quando, evidentemente, il problema non è tale, ma di come la nostra società e il nostro modo di produzione sono strutturati.

La questione del nome mi lascia freddo perché, muovendoci su un piano propriamente costituzionale, non stiamo individuando delle regole, ma dei principi, nel senso chiarito da Zagrebelsky (1992): non si tratta, dunque, di descrivere con il necessario rigore la fattispecie che condiziona l'applicazione della regola – «i principi costituzionali non hanno fattispecie» dice ancora Zagrebelsky –, ma di individuare il valore e la sua collocazione relativa all'interno della Costituzione. Se questo è vero, ai fini del nostro discorso è sufficiente rilevare che la tutela del lavoro che, nell'attuale struttura sociale ed economica, costituisca un ostacolo al pieno sviluppo della persona e alla partecipazione collettiva all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, costituisce un valore costituzionalmente tutelato che ci dà, con sufficiente precisione (se «aderiamo», come dobbiamo, al principio), un criterio per «prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente».

Bene, certamente oggi esistono lavori che, per il basso reddito e soprattutto per la precarietà che producono nelle esistenze di chi lavora, costituiscono l'ostacolo cui si riferisce l'art. 3 cpv. Può, allora, seriamente sostenersi che il principio in discorso sia muto al riguardo solo perché, in qualche modo, quei lavori non sono riconducibili alla fattispecie formale dell'art. 2094 cod. civ.? Mi sembra che la risposta non possa che essere negativa.

Questo è, del resto, il percorso logico giuridico seguito dalla Corte stessa a proposito di un'altra norma del Titolo III della Costituzione, l'art. 40. Infatti, nella sentenza n. 222/1975 la Corte ha qualificato sciopero anziché serrata l'astensione collettiva dal lavoro degli esercenti di aziende industriali e commerciali senza lavoratori alle proprie dipendenze, in quanto gli stessi devono essere considerati lavoratori autonomi, traendone la conseguenza dell'illegittimità dell'art. 506 cod. pen. per contrasto con l'art. 40 Cost. Successivamente la Corte, con sentenza n. 53/1986, ha respinto la richiesta di estendere la dichiarazione di incostituzionalità all'art. 505 nella parte in cui prevede come reato la serrata di piccoli imprenditori che abbiano uno o due dipendenti.

La Corte ha confermato e precisato questo orientamento con le più recenti sentenze sul cosiddetto sciopero degli avvocati (sent. 114/1994 e

171/1996): la Corte, infatti, ha puntualizzato che l'astensione dalle udienze degli avvocati non configura uno sciopero ma che la stessa è tutelata in quanto espressione dinamica della libertà associativa. Siamo, quindi, fuori dal diritto di sciopero dell'art. 40 Cost. e del Titolo III.

Dunque, secondo la Corte, la titolarità del diritto di sciopero dell'art. 40 Cost. va oltre i confini del lavoro subordinato, ma non tanto oltre da includere l'intera area del lavoro autonomo o, addirittura, l'attività imprenditoriale.

Lo stesso discorso può farsi per il legislatore ordinario, almeno in una importante, anche se risalente, occasione. Nel nostro ordinamento non si usa motivare gli interventi legislativi, ma è facile ritenere che, se il legislatore della legge n. 741/1959 avesse dovuto motivare sul punto in cui disponeva l'estensione *erga omnes* degli accordi collettivi di alcune categorie di lavoratori non subordinati esattamente come stava facendo per i lavoratori subordinati, l'avrebbe fatto affermando che l'esigenza di stabilire minimi di trattamento economico e normativo esisteva tanto per gli uni quanto per gli altri.

Vi sono, dunque, ottimi argomenti per ritenere che gli artt. 35, 39 e 40 Cost. si applichino non solo al lavoro subordinato, ma anche all'intera vasta gamma di lavori atipici, segnatamente ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, anche quando prendono la forma del contratto a progetto, e alle associazioni in partecipazione (naturalmente quando l'associato conferisca lavoro). La ragione è, nello stesso tempo, il limite di questa applicazione vanno individuati nell'art. 3 cpv.: la struttura dei rapporti di produzione, nella nostra società, costituisce ancora uno dei più formidabili ostacoli che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, ostacolano il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. Ciò non accade solo quando il lavoro sia svolto in esecuzione del contratto tipizzato dall'art. 2094 cod. civ., ma anche quando sia svolto in esecuzione di altre fattispecie contrattuali; logica conseguenza è che le norme costituzionali che creano strumenti per la rimozione di quegli ostacoli trovino applicazione non solo a questa fattispecie contrattuale, ma a qualunque contratto nel quale si incrocino lavoro e dipendenza economica. Dal lato opposto, il richiamo all'art. 3 cpv. rappresenta anche il limite di applicazione delle norme indicate: non ha senso che la Repubblica debba tutelare un lavoro che, non rappresentando l'ostacolo nominato dall'art. 3, non ha bisogno di essere tutela-

to. E ciò, evidentemente, vale anche per le più specifiche norme in materia di libertà sindacale e di diritto di sciopero (Voza, 2004).

Se questo è il contesto, che ne è dell'art. 36? Il problema è certamente più stringente per il diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e, in ogni caso, sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, ma si pone anche per i due commi successivi al primo, cioè per l'obbligo fatto al legislatore di determinare la durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e per i diritti al riposo settimanale e alle ferie.

Ancora di recente, il legislatore del d.lgs. n. 276/2003, per il contratto di lavoro a progetto, ha dettato una norma che sembra richiamare il principio di giusta retribuzione: il compenso per questi lavoratori «deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tener conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto» (art. 63). Diverse sono le osservazioni critiche fatte alla norma; ai nostri fini è sufficiente ricordarne due: in primo luogo, la norma richiama solo il lavoro a progetto e non tutte le collaborazioni coordinate e continuative che, pure, com'è noto, continuano a esistere nel nostro ordinamento. Inoltre, il criterio di determinazione del compenso dovuto appare arbitrariamente ristretto: è la comparazione con analoghe prestazioni di lavoro autonomo nello stesso luogo. Soprattutto, secondo la norma, non possono assumersi a parametro le retribuzioni dovute per il lavoro dipendente avente il medesimo contenuto ovvero i compensi normalmente corrisposti in altri luoghi.

Evidentemente, diversa è la valutazione della norma se si ritiene che l'art. 36 trovi applicazione anche a questi rapporti oppure no; se si tratti, cioè, di una tutela aggiuntiva, non ricavabile dalla norma costituzionale, ovvero sia svolgimento e attuazione di quest'ultima. Mi sembra che ci siano pochi dubbi, in questa seconda ipotesi, che la norma presenti pesanti dubbi d'illegittimità costituzionale.

Invero il problema principale è, appunto, questo: l'art. 36 Cost. trova applicazione solo al rapporto di lavoro subordinato o anche a una parte almeno dei rapporti di lavoro autonomo, quelli caratterizzati da un vincolo di durata come i co.co.co.?

La prevalente giurisprudenza, non senza pronunzie di segno contrario, ha fin qui risposto negativamente alla domanda (Cass. 28.2.06, n. 4434; 1.9.04, n. 17564; 26.5.04, n. 10168; 23.3.04, n. 5807; 25.10.03, n. 16059;

21.10.00, n. 13941), ma la stessa merita un approfondimento che può partire da una domanda più particolare: ciò che impedisce l'applicazione della norma costituzionale è, per dirla nuovamente con Zagrebelsky, il principio della giusta retribuzione o la regola che la giurisprudenza ha creato per dare applicazione allo stesso, in regime di mancata attuazione dell'art. 39 comma 4?

La prima alternativa mi sembra da scartare: se è valido il criterio di interpretazione sistematica, il principio della giusta retribuzione posto dal comma 1 dell'art. 36 va letto alla luce dell'art. 35 che, a sua volta, come abbiamo argomentato, va letto alla luce dell'art. 3 cpv. Del resto, come sopra richiamavamo, una simile lettura sistematica è quella che fonda la giurisprudenza della Corte Costituzionale sull'art. 40 e trova pacifica applicazione all'art. 39. L'assunzione dell'art. 3 cpv. come chiave di volta del sistema delle norme costituzionali di tutela del lavoro ha però una prima conseguenza: la domanda se il principio di giusta retribuzione trovi applicazione, oltre che al lavoro subordinato, anche al lavoro autonomo è mal posta. Infatti, certamente non tutte le attività lavorative qualificabili come autonome sono tali da richiamare il principio generale della norma in questione. Ciò è frutto della genericità (o, se si preferisce, generalità) della categoria: in essa troviamo realtà sociologiche ed economiche diversissime come, da un lato, l'ormai noto telefonista del call center e, dall'altro, il grande professionista. Ora, certamente, la seconda delle ipotesi ora formulate è fuori dal principio in discorso: quel lavoro non costituisce un ostacolo all'eguaglianza sostanziale; possiamo invocare a sostegno la giurisprudenza costituzionale sullo sciopero degli avvocati, quando ha negato alla loro astensione la qualificazione di sciopero.

Ma ciò vale anche per il telefonista del call center o per il vetrinista di un grande magazzino assunti con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, se del caso a progetto? Sul piano del *fatto* la situazione è ben differente, né si dica che questa differenza di fatto è giuridicamente irrilevante ai fini della qualificazione giuridica del rapporto come autonomo. Certo, è vero: ciò è irrilevante ai fini dell'inclusione nella categoria formale del lavoro autonomo o in quella, altrettanto formale, del lavoro subordinato, ma ad altri fini – precisamente a quello di richiamare il principio cardine dell'art. 3 cpv. e quelli contenuti nelle altre norme costituzionali in esame – no: lo dice lo stesso art. 3 cpv. quando richiama gli ostacoli *di fatto*.

Le oscillazioni della giurisprudenza possono, almeno in parte, spiegarsi proprio perché ha tentato di dare una risposta unica alla domanda mal posta cui faceva cenno prima: se l'art. 36 Cost. si applichi anche al lavoro autonomo. In realtà, l'area del lavoro autonomo e l'area del lavoro costituzionalmente protetto non sono totalmente separate l'una dall'altra, ma non è neanche vero che la prima sia interamente inclusa nella seconda; si sovrappongono solo per la parte in cui il lavoro si presenta congiuntamente alla dipendenza economica.

Alla contraddittoria risposta giurisprudenziale ha però contribuito anche un'altra componente, questa relativa non al *principio* della giusta retribuzione, ma alla *regola* elaborata dalla giurisprudenza per dare applicazione al principio stesso nel lavoro subordinato: nullità della clausola che determina la retribuzione e integrazione del contratto a opera del potere equitativo del giudice. Non starò qui a descriverla più analiticamente, anche perché è ben nota (De Cristofaro, 1971; Roma, 1997); mi basta rilevare che quel meccanismo, utilizzabile nei rapporti continuativi, è inutilizzabile nei rapporti privi di questo elemento. Ora, la continuità, se non caratterizza la fattispecie generale del lavoro autonomo (art. 2222 cod. civ.), è l'elemento (o perlomeno uno degli elementi) che, all'interno di essa, caratterizza la fattispecie speciale delle collaborazioni coordinate e continuative (art. 409, n. 3, cod. proc. civ.) (Pinto, 2006; Perulli, 2004).

Un esempio può chiarire il ragionamento: all'idraulico che lavora per una pluralità indeterminata di clienti non è applicabile il meccanismo in discorso perché non si saprebbe a chi far carico del corrispondente obbligo; al collaboratore coordinato e continuativo, evidentemente, sì: è il committente. Né è necessario che il committente sia unico e che il rapporto esaurisca il tempo lavoro del lavoratore; in relazione al contratto di lavoro subordinato part time, la giurisprudenza non ha difficoltà ad applicare *pro rata* l'art. 36 Cost.

E, mi sembra, non vi sia difficoltà alcuna a estendere il discorso dal comma 1 ai commi successivi e, cioè, anche all'obbligo del legislatore ordinario di determinare la durata massima giornaliera del lavoro con la conseguente possibilità per il giudice di supplire all'inadempimento del legislatore e al diritto «irrinunciabile» al riposo settimanale e alle ferie annuali.

Bibliografia

- De Cristofaro M.L. (1971), *La giusta retribuzione*, Bologna, Il Mulino.
- Mancini G.F. (1974), *Dovere e libertà di lavorare*, in *Politica del Diritto*, pp. 565-ss.
- Perulli A. (2004), *Art. 61*, in Gragnoli E., Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali – Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, Cedam.
- Pinto V. (2006), *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, Cacucci, pp. 431-ss.
- Roma G. (1997), *Le funzioni della retribuzione*, Bari, Cacucci.
- Romagnoli U. (2005), *Costantino Mortati*, in Gaeta L. (a cura di), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella Costituzione»*, Milano, Giuffré, pp. 105-ss.
- Treu T. (1979), *Commento all'art. 35*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici, t. I, artt. 35-40*, Roma, Zanichelli-Foro italiano.
- Voza R. (2004), *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, Cacucci.
- Zagrebelsky Z. (1992), *Il diritto mite*, Torino, Einaudi.