

Rosario Santucci

L'effettività e l'efficacia del diritto del lavoro

Saggi di un quinquennio



Giappichelli

CAPITOLO I

SULL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO PER CONSENTIRNE LA "MIGLIORE CERTEZZA POSSIBILE" *

SOMMARIO: 1. Certezza del diritto: nuovo approccio, non crisi del principio. – 2. La conoscibilità del diritto. – 3. “Senso dinamico” della certezza del diritto. – 4. Rilevanza dell’ermeneutica. – 5. Diritto del lavoro *vs.* diritto civile: conformità, specialità e “ritorno”, un insieme inestricabile. – 6. Interpretazione del contratto collettivo: le tecniche processuali per garantire più uniformità. – 7. Le tecniche di composizione stragiudiziale delle controversie individuali di lavoro.

1. Certezza del diritto: nuovo approccio, non crisi del principio

Il grido di dolore sulla crisi della certezza del diritto è attuale. Questa deriva da fenomeni concomitanti sia superficiali, sia profondi. Nella letteratura giuridica si dibatte da tempo la questione¹. Si discute in continuità con le riflessioni iniziate dalla metà degli anni '60² e in connessione con la crisi del positivismo giuridico e l'evoluzione degli approcci filosofici e di teoria dell'interpretazione giuridica, suscitata dalla complessità della struttura normativa dei sistemi costituzionali e dalla critica del tradizionale modello logico del ragionamento giuridico³.

* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Francesco Santoni* (in corso di pubblicazione).

¹ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *RTDPC*, n. 4/2015, 1115; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; R. GUASTINI, *Ignorantia juris*, in *RTDPC*, n. 2/2017, 399 ss.; C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato Chiese e Pluralismo confessionale*, n. 23/2017; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018; G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *RDC*, n. 1/2019, 50 ss., spec. 70 ss.

² V. P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico. Una investigazione analitica*, Mucchi, Modena, 2013; C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *MSCG*, n. 1/1997, 89 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 199 ss.

³ V. per una significativa sintesi C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Later-

Non è intaccato il valore rivestito dal principio. Ne è noto il pregio, possedendo il carattere tanto di strumento finalizzato alla realizzazione di principi costituzionali – libertà, eguaglianza e dignità, intesa quest'ultima almeno come capacità dell'individuo di pianificare il proprio futuro, Esigendo dunque il rispetto dell'autonomia individuale – quanto di matrice di altri principi subordinati che la concretizzano, di rango costituzionale e legislativo, come il principio di legalità della giurisdizione e dell'amministrazione; il principio di stretta legalità e interpretazione in materia penale; la regola di intangibilità della cosa giudicata nonché dei rapporti esauriti e dei diritti acquisiti; la rigidità costituzionale⁴.

I fenomeni “ostili” inducono tuttavia ad adeguare, rispetto al passato, l'approccio alla questione e a immaginare una possibile, positiva fuoriuscita, investendo attenzioni sulle procedure interpretative ed applicative, sull'essenza pratica della scienza giuridica. Si tratta cioè di un nuovo modo di conservare e di intendere l'importante principio.

In ogni caso, prima della riflessione giuslavoristica, non si possono evitare premesse metodologiche che si proiettano su soluzioni prospettabili.

2. *La conoscibilità del diritto*

Il fenomeno “minatorio” è quello dell'attuale difficile conoscibilità del diritto.

Sono evidenti la proliferazione e la modificazione rapida delle norme, l'involuzione del linguaggio del legislatore, il disordine dei testi normativi, la diversa tipologia delle fonti normative, i caratteri in taluni casi anomali delle relative regole, le molteplici sedi giurisdizionali nazionali e internazionali, l'irretroattività delle norme con la convivenza di regimi diversi. Il diritto del lavoro è un caso esemplare per la stratificazione normativa, la pluralità e la sovrapposizione di modelli regolativi⁵.

Il discorso riguarda le tecniche di produzione delle fonti normative, la maggiore competenza dei legislatori in materia.

La dottrina fa da tempo la sua parte non solo nel segnalare le disfunzioni

za, Bari-Roma, 2002. Cfr. anche R. GUASTINI, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Mucchi, Modena, 2012, nonché P. CHIASSONI, *op. cit.*, spec. 52 ss.: quest'ultimo A. si occupa anche delle teorie neopositiviste che reagiscono all'antinormativismo di R. DWORKIN specie *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, identificato come l'esponente più critico della teoria positivista classica.

⁴ Cfr. da ultimo R. GUASTINI, *Ignorantia iuris*, cit., 399 ss.

⁵ V. già G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, 1982, 373 ss.

conoscitive, le aporie nella redazione delle norme ma anche nell'approfondire scientificamente il tema della qualità normativa. Tuttavia, sulla qualità redazionale dei testi normativi poco o nulla hanno inciso tanto le direttive o raccomandazioni provenienti dagli organi istituzionali⁶ quanto le elaborazioni dottrinali⁷.

La criticità è attuale ed evidentissima. Tuttavia, anche la conoscibilità del diritto è un obiettivo verso cui tendere, quale frutto di rigorose scelte di tecnica redazionale delle fonti normative e di assetto degli organi costituzionali e dei rispettivi poteri normativi. Alcune di queste "mine" potrebbero quindi essere disinnescate, quelle che attengono alla bulimia normativa e al linguaggio legislativo. Non si può far altro che denunciare il fenomeno e raffinare tecniche già esistenti; ma il problema va risolto prevalentemente a monte, in sede di redazione delle norme. Nel diritto del lavoro i "cattivi" esempi purtroppo abbondano. Basti pensare al complicato quadro normativo in materia di subordinazione, generato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, dall'art. 19, comma 1, l. n. 81/2017 sulla definizione di lavoro agile e dalla nozione di lavoro autonomo coordinato che deriva dall'art. 409, n. 3, c.p.c. come integrato dall'art. 15, lett. a), l. n. 81/2017, che incide, vuoi negativamente vuoi positivamente, sulla definizione di lavoro subordinato fondata sull'art. 2094 c.c.⁸.

Altre "mine" sono originate dalla complessità del sistema istituzionale: anche in questo caso occorrerebbe migliorare i raccordi tra le istituzioni implicate. Ma il terreno sul quale muoversi non può essere più "immediatamente e facilmente" conoscibile, mentre può essere reso "più facilmente conoscibile" perché la complessità istituzionale è frutto "irrinunciabile" dei nostri tempi, sempre che non si voglia tornare ad assetti "sovrani" ⁹.

⁶V. «Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi» del Senato, Roma, maggio 2001; la «Direttiva per la qualità degli atti normativi del Governo» del Presidente del Consiglio 26 febbraio 2009. Sul tema v. R. GUASTINI, *op. cit.*, 399.

⁷Cfr. gli studi di G.U. RESCIGNO, voce *Tecnica legislativa*, in *EGT*, vol. 30, Roma, 1993; ID., *I presupposti filosofici, morali e politici della buona redazione delle leggi ed una specifica conseguenza (tra le molte) in sede di applicazione*, in G. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Camera dei Deputati, Roma, 2012; E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

⁸Accenna al "labirinto ermeneutico", con riflessi sulla certezza del diritto, F. CARINCI, *Dalla crisi del diritto alla crisi del processo del lavoro*, in *LG*, n. 7/2019, 113 ss., spec. 115.

⁹Cfr. da ultimo G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019.

3. "Senso dinamico" della certezza del diritto

Il secondo e più complesso concetto da focalizzare è rappresentato proprio dal "senso" da attribuire alla certezza del diritto.

Anche la maggiore conoscibilità del diritto – problema incombente da tempo sul diritto del lavoro, originato non solo da insipienza tecnica ma da scelte politiche – non risolve il problema ed emerge al riguardo la necessità di confrontarsi sulla complicazione assunta dagli ordinamenti giuridici contemporanei e sulla centralità che rivestono regole e procedure sull'interpretazione, al fine di pervenire a certezze prescrittive.

La certezza del diritto è sicuramente un valore-fine verso il quale ogni ordinamento giuridico deve necessariamente tendere per garantire la libertà e l'egualianza di tutti davanti alla legge, senza potere avere la pretesa di realizzarlo.

Il diritto codificato dell'ottocento, nota un'autorevole dottrina, «nella misura in cui si avvicinò a tale ideale, vi riuscì non perché costituito da norme generali ed astratte, ma perché la società era sostanzialmente stabile e le norme raccolte nei codici e uniformemente interpretate dai giudici, secondo una comune ideologia, ben rispondevano alle Esigenze del tempo». Ma, a partire dalla fine dell'Ottocento, le trasformazioni socio-economiche, frutto delle diverse fasi della rivoluzione industriale, la progressiva attenuazione dell'egemonia della classe borghese e il livellamento tra le diverse classi sociali «hanno prodotto conseguenze profonde anche in ambito giuridico. (...) la legge con le sue caratteristiche di generalità e di astrattezza perde progressivamente la sua centralità. Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico diventa insostenibile in una realtà in trasformazione, in cui sempre nuove attività e nuovi rapporti economici fanno continuamente sorgere la necessità di corrispondenti nuovi istituti e nuovi rapporti giuridici. Conseguentemente, si affaccia l'idea di un ruolo "creatore" del giudice, che, nella sua attività, non si limita a ricorrere a procedimenti puramente logico-formali, ma interpreta le esigenze profonde delle società – economiche, etiche, sociali – per colmare le lacune che nel diritto esistono e non possono non esistere. Non a caso in questo clima di instabilità cominciano a manifestarsi le prime critiche alla certezza del diritto, sia da parte di un giuspositivista come Hans Kelsen, sia da parte di un anti-formalista come Jerome Frank. Kelsen tiene una posizione scettica nei confronti della certezza, liquidandola sbrigativamente come una illusione; Frank, uno degli esponenti estremi di quella "rivolta contro il formalismo", che costituisce l'espressione più radicale della mobilissima società americana, compie di essa la critica più corrosiva»¹⁰.

Già negli anni '80 del secolo scorso si osservò che i codici e le norme ge-

¹⁰C. FARALLI, *Certezza del diritto*, cit., 91 ss.

nerali ed astratte in essi contenute «hanno perso progressivamente e quasi completamente la loro centralità: siamo oggi, per dirlo con una frase famosissima di Natalino Irti, nell'età della decodificazione, caratterizzata dalla sempre maggiore importanza attribuita alle leggi speciali, dal formarsi di micro-sistemi normativi logicamente autonomi, dal moltiplicarsi di leggi e leggine, provvedimenti vari e così via (...) Si assiste ad una crescita incontrollata della legislazione, attraverso provvedimenti spesso tra di loro scarsamente coordinati, pieni di formulazioni vaghe, equivoche ed ambigue, frutto di incerte e precarie mediazioni politico-partitiche. È stato notato che la nota tipica della legislazione odierna è il compromesso, che fa sì che la legislazione da attività normativa razionale, guidata dagli interessi generali e tutrice degli interessi individuali, si trasformi in terreno di scontro. Tutto ciò mina alla base il principio della certezza del diritto: oggi nessun cittadino, neppure il più esperto, è in grado di conoscere il diritto in vigore e, conseguentemente, di prevedere la valutazione giuridica dei suoi comportamenti. E non solo: questa situazione ha notevolmente mutato la gerarchia delle fonti (...) I giudici, in particolare, si trovano oggi nei sistemi di *civil law* ad affrontare problemi analoghi a quelli di un *judge-made law*, ma senza il retroterra culturale dei paesi di *common law*. Infatti la produzione legislativa sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di "creatività" da parte del giudice. Ad un diritto siffatto è difficile attribuire il carattere della certezza, ma, proprio in forza di questo stato di cose, è sempre più sentita da parte dei singoli l'esigenza irrinunciabile di quello che, secondo una tendenza oggi largamente diffusa a presentare ogni discorso su valori e principi come un discorso su diritti, può definirsi "diritto alla certezza" o, in un senso più ampio, comprensivo di quello di certezza, alla sicurezza»¹¹.

Le garanzie di certezza e di sicurezza si attribuiscono alla Costituzione, che fornisce il parametro di legittimità delle norme ordinarie, traccia le linee di sviluppo delle norme speciali e riduce – o dovrebbe ridurre – l'incertezza dal punto di vista della produzione normativa, lasciando intravedere un quadro di riferimento, che permette al privato di stabilire, con ragionevole attendibilità, il significato giuridico dell'azione individuale. Si tratta di un tassello necessario, ma insufficiente.

¹¹ C. FARALLI, *Certezza del diritto*, cit., 92 ss.

4. Rilevanza dell'ermeneutica

Se quanto detto è vero, diventa fondamentale occuparsi di metodo, ragionamento giuridico e interpretazione per individuare con certezza la norma. Si registrano risultati condivisi e consolidati che s'incentrano sull'idea secondo la quale il diritto positivo è diritto interpretato¹². L'interpretazione però non è soltanto ricerca del significato proprio delle parole (come previsto dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile), «ma va riferita ad un contesto che è la realtà esterna. L'ermeneutica (la teoria dell'interpretazione) rivela la connessione fondamentale tra realtà e interpretazione»¹³. Il metodo giuridico pertanto «non è un insieme di formule per il calcolo logico, né una dottrina universale. Il metodo vive nella concreta applicazione, è esperienza. È, soprattutto, affermazione della legittimità e legalità dell'ordinamento costituzionale»¹⁴.

Dal testo della fonte si giunge alla norma mediante l'interpretazione: non c'è norma senza interpretazione, non c'è interpretazione senza testo. Le norme sull'interpretazione hanno natura sostanzialmente costituzionale: esse, infatti, attingono all'efficacia dei comandi giuridici, alla loro effettività e sul piano istituzionale ai rapporti tra i soggetti che producono il diritto e coloro che sono chiamati ad applicarlo¹⁵. Va dunque sottolineato, tenendo conto delle dispute tra normativisti e antinormativisti¹⁶, che esiste nell'ordinamento un metodo da applicare necessariamente, che esistono regole sul metodo che non possono essere trascurate. La tecnica sussuntoria e il sillogismo sono insufficienti, non dicono nulla circa verità, bontà o correttezze delle premesse. L'ermeneutica, l'individuazione del senso e la costruzione giuridica del problema si compiono nel continuo riferimento ai valori, nel costante confronto tra fatto e norma.

La chiarezza e la certezza sono dunque il risultato dell'interpretazione e di un ragionamento giuridico, appaiono nel momento dell'applicazione e nel rispetto delle regole su metodo interpretativo e procedure applicative del diritto¹⁷.

¹² Cfr. P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in RTDPC, n. 4/2016, 1135 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Esi, Napoli, 2004, 162 ss., spec. 163; C. FARALLI, *La filosofia del diritto*, cit. Sul tema v. il classico G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.

¹³ P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *op. cit.*, 166.

¹⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *op. cit.*, 166. Sul tema v. anche G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. 237 ss.

¹⁵ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova, 2015, 19.

¹⁶ Ne parla P. CHIASSONI, *op. cit.*, 71 ss.

¹⁷ V. ancora G. TARELLO, *op. cit.*, in particolar modo sull'argomentazione dell'interpretazione (341 ss.).

L'altro corno del dilemma è costituito dalla questione della certezza del diritto che può affrontarsi, oltre che fondandosi su metodi interpretativi validati alla luce delle nostre disposizioni normative in materia, predisponendo tecniche e procedure che garantiscano un'interpretazione (e un'applicazione) univoca di disposti normativi nei casi concreti. Sicuramente occorrerebbe che il legislatore diventasse più razionale, evitasse l'inconoscibilità dei testi, la stratificazione normativa chiarendo bene, di fronte ad un medesimo istituto, la disparità di fatto che induce a prevedere normative differenziate. Ma è evidente che la complessità della società contemporanea e il carattere multilivello delle fonti determinano la produzione di normative che vanno interpretate; e l'interpretazione è un veicolo fondamentale, anche di fronte al *claris non fit interpretatio*. Quindi i rimedi non possono che fondarsi anche su sistemi di procedure interpretative che consentano di pervenire alla decisione chiara.

5. *Diritto del lavoro vs. diritto civile: conformità, specialità e "ritorno", un insieme inestricabile*

Il diritto del lavoro, sulla questione della certezza del diritto, non si distacca dagli altri rami dell'ordinamento. Si differenzia in relazione alla specialità delle sue fonti e dei suoi caratteri e alle specifiche procedure che consentono di pervenire all'applicazione delle regole della materia.

Ciò significa che in questo percorso il primo passaggio doveroso sia proprio quello che sgombra il campo dall'idea di rifiutare di utilizzare per il diritto del lavoro il metodo generale dei civilisti. L'evoluzione del diritto civile e la mancanza dell'elaborazione di un metodo specifico del diritto del lavoro, idoneo a garantire l'interpretazione delle sue fonti, ad opera delle numerose voci che ne hanno rimarcato l'esistenza, rendono anacronistica l'idea. Tra l'altro giustamente è stato rilevato quanto il diritto civile si sia allontanato da quelle concezioni che lo considerano incompatibile rispetto al diritto del lavoro: diritto conservatore, imperturbabilmente borghese, ancorato alla signoria della volontà individuale, all'eguaglianza delle parti, neutro e imparziale che non consentirebbe «interpretazioni delle disposizioni della legge che, come quelle del diritto del lavoro, richiedono una continua considerazione della realtà sociale e degli assetti imposti dal conflitto derivante dal metodo di produzione capitalistica»¹⁸. Invece il diritto civile contemporaneo fa assistere al superamento del «presupposto dell'eguaglianza formale in

¹⁸Cfr. da ultimo M. PERSIANI, *Ancora sul diritto civile e diritto del lavoro*, in *ADL*, n. 3/2019, 482 ss.

quanto è stata approntata una tutela dei contraenti deboli, così come sono state superate le concezioni individualistiche»; e la dottrina civilistica ha utilizzato un metodo che ha consentito di dialogare con i giudici e di interpretare il codice civile attribuendo rilievo ai valori sociali, alle fonti costituzionali, europee ed internazionali¹⁹. Se si riflette sui tratti identitari anche del terzo millennio, appare evidente che il diritto del lavoro si differenzi dal diritto comune delle obbligazioni e dei contratti in quanto l'autonomia privata negoziale è vincolata in buona parte a regole e condizioni fissate dalle fonti plurime dell'ordinamento giuslavoristico e dall'autonomia collettiva. Ma l'immagine di una contrapposizione radicale tra diritto del lavoro e diritto civile, alla luce dell'evoluzione ordinamentale, è frutto di pregiudizio, di arretratezza culturale nel pensare imm modificabili nozioni che appaiono antiquate. Sicuramente il diritto del lavoro conserva il profilo di specialità della sua disciplina derivante dal suo oggetto: l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro, nella sua debolezza nel mercato del lavoro – dove il lavoratore si presenta alla ricerca di una retribuzione che serva per sostenere se stesso (e la propria famiglia) e trova una forte concorrenza o una scarsità di domanda di lavoro – e nel contratto di lavoro, caratterizzato da una soggezione al datore di lavoro fornito di potere organizzativo, direttivo, di controllo e disciplinare²⁰. Il codice genetico del diritto del lavoro è quello di ordinamento protettivo di quanti traggono dal lavoro i mezzi di sussistenza. Il diritto del lavoro è quindi diritto “diseguale” che tende a riequilibrare il rapporto tra le parti dotate di un potere diversificato, condizionando il loro potere nella disponibilità del contenuto del contratto (inderogabilità della disciplina). Il diritto del lavoro è caratterizzato dalla tensione tra eguaglianza formale e sostanziale, nella individuazione e predisposizione di strumenti finalizzati a riequilibrare le asimmetrie sostanziali: protezione e diritti per il lavoratore; limitazione dei poteri imprenditoriali; contropotere o, comunque, dialettica sindacale. Il diritto del lavoro ha restituito e restituisce le diversità regolative seminando e arricchendo il campo del diritto privato²¹. Nel modello costituzionale, *last but not least*, il lavoro costituisce un elemento fondamentale di

¹⁹ Cfr. da ultimo M. PERSIANI, *op. ult. cit.*, 479 ss.

²⁰ Cfr. per tutti il classico volume di F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore*, Jovene, Napoli, 1979.

²¹ Cfr. per una magistrale sintesi della relazione, della sottolineatura della specialità e degli scambi A. VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in DLRI, 2010, 595 ss.; v. anche le perplessità già rilevate da L. MENGONI, *Diritto civile*, in L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in DLRI, 1990, 5 ss. Con riguardo a metodi interpretativi settoriali v. criticamente già G. TARELLO, *op. cit.*, 397 ss.

raccordo fra la persona e l'ordinamento, il lavoro e la sua dignità costituiscono una dimensione fondamentale della cittadinanza sociale.

I dubbi sul carattere contrattuale della genesi del rapporto di lavoro si sintetizzano nella verifica dell'idoneità della struttura contrattuale di sopportare per un verso lo squilibrio di potere tra le parti e per l'altro verso le correzioni eteronome per ridurlo. Ma da tempo è noto, nella civilistica contemporanea, che il contratto è strumento plurifunzionale, che persegue interessi anche superindividuali. Il contratto di lavoro pertanto rientra agevolmente non solo negli schemi classificatori civilistici, ma ha anche contribuito a modificare l'idea, del secolo scorso, che il contratto rappresenti unicamente il terreno esclusivo della libertà dei privati²².

²² Il sommovimento economico e sociale della contemporaneità, le trasformazioni del lavoro e la crudeltà della crisi economica dovrebbero indurre a focalizzare l'attenzione sul paradigma giuslavoristico e sulla sua declinazione organica con i nuovi bisogni personali, sociali ed economici, senza negarne le dimensioni di fondo, le istanze protettive e il fondamento costituzionale (anche in senso europeo, se non internazionale). La legislazione dell'ultimo decennio, beninteso tra chiaroscuri, si presenta squilibrata, sovrappone discipline e modelli là dove, nei momenti epocali, sarebbe opportuna una risistemazione organica della materia e delle fonti di regolamentazione. Ripartire dalla centralità, anche costituzionale, della persona e della sua dignità, dal suo diritto all'autodeterminazione, dal lavoro come dimensione fondamentale, dalla insopprimibile tensione tra uguaglianza formale e sostanziale, consentirebbe di abbandonare visioni manichee e di abbracciare impostazioni equilibrate che tendano al riproporzionamento delle tutele e alla nascita anche di una diversa di cittadinanza, fondata sulla libertà e sull'eguaglianza. Il lavoro subordinato continua ad avere una perdurante centralità e necessità di tutele inderogabili. Ma individuandosi i casi in cui il lavoratore non veste i panni di contraente debole, si dà poter regolare i propri interessi individualmente, l'autonomia del singolo può prendere forza, l'eteronomia può diminuire. Utilizzando questo filtro, andrebbero opportunamente tarate le tutele per le altre forme di lavoro, assicurando alle stesse, ove necessario, le costanti del paradigma e le conseguenti tutele eteronome. La risposta normativa di questo decennio ai nuovi bisogni sembra tendenzialmente speculare all'espansione indifferenziata delle tutele nelle fasi precedenti dell'evoluzione del diritto del lavoro. Si risponde in modo indistinto, riducendo le tutele degli occupati senza distinguere sulle reali forze in campo e in questo modo si avvantaggiano solo le imprese e i soggetti più forti. Ruolo fondamentale ha svolto o svolge l'autonomia collettiva, strumento attraverso il quale si possono tutelare con forza interessi individuali altrimenti deboli. Se si segue il filo rosso della maggiore rilevanza della libertà individuale, si tratta di un campo di intervento fondamentale, idoneo a rifondare il sistema. Occorrerebbe dotare però il sistema di strumenti volti a radicare su basi solide la democrazia sindacale, a fissare con legge i criteri con i quali è misurata la rappresentatività sindacale. Un forte rinnovamento democratico potrebbe ridare forza e legittimazione alle organizzazioni sindacali, libertà ai lavoratori e no di scegliersi la propria organizzazione sindacale e risolvere gli annosi problemi dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi e delle manifestazioni di autotutela sindacale. La libertà (in questo caso) sindacale consentirebbe di declinare più agevolmente il paradigma giuslavoristico. Allo stesso tempo, lo strumento della volontà assistita potrebbe costituire lo sbocco delle istanze, dei bisogni personali dei lavoratori, che potrebbero non coincidere o essere trascurati nell'ambi-

6. Interpretazione del contratto collettivo: le tecniche processuali per garantire più uniformità

Partendo dal sistema delle “fonti”, il contratto collettivo di lavoro, come noto, costituisce una regolamentazione “specializzata” delle condizioni di lavoro, molto utilizzata dai legislatori post-costituzionali – con funzione integrativa (gestionale e regolamentare delegata), autorizzatoria o derogatoria del dettato legislativo – che, però, non si sono mai preoccupati di dettare una disciplina organica di attuazione dell’art. 39 Cost. rispettosa tanto del principio di libertà sindacale, quanto delle regole che dovrebbero consentire al contratto collettivo di assumere la natura di fonte “formale” del diritto. In ogni caso anni ed anni di rinvii legislativi al contratto collettivo e tecniche processuali riguardanti lo stesso inducono tuttavia a chiedersi se esso non debba comunque configurarsi almeno come una fonte “materiale” del diritto o che abbia l’efficacia generalizzata tutte le volte che il legislatore gliela attribuisce e come possa considerarsi rispettato il principio di libertà sindacale²³.

Una sicura rilevanza, ai fini del discorso sulla certezza del diritto, acquista in ogni caso la ricorribilità diretta in Cassazione del contratto o accordo collettivo nazionale di lavoro «per violazione o falsa applicazione di norme di

to delle tutele collettive. Mettendo al centro la dignità delle persone, le tutele, per le parti non affidate ai soggetti collettivi rifondati su basi democratiche, dovrebbero garantire dagli eccessi del mercato, tenere fermo il paradigma giuslavoristico e assicurare la concreta fruizione dei diritti fondamentali. Il discorso dovrebbe riguardare anche il sistema di *welfare* che, pur in una società con risorse scarse, va riscritto e non cancellato, utilizzando tutte le forze in campo (pubbliche, sociali, collettive e individuali) e tutte le tecniche e le forme possibili (pubblico, privato, misto). In questo modo si potrebbe coniugare libertà, partecipazione e protezione inderogabile, lasciando spazio anche alla realizzazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale. Sul nuovo diritto del lavoro, che ha bisogno di riadeguare le tecniche di tutela, cfr. F. SANTONI, *Le metamorfosi del diritto del lavoro*, in *DML*, 2015, 9 ss.; E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *DML*, 2018, 63 ss.

²³ Cfr. sulla questione G. SANTORO-PASSARELLI, *Verso l'istituzionalizzazione del contratto collettivo di diritto comune?*, in *DLM*, 2009, 99 ss.; C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. I. *Le fonti del diritto del lavoro* a cura di M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2010, 487 ss.; A. BELLAVISTA, *Jobs Act, politiche del lavoro e autonomia collettiva*, in F. SANTONI, M. RICCI, R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del jobs act*, Esi, Napoli, 2016, 27 ss.; M. GAMBACCIANI, G. PROIA, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. 2. *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva* a cura di G. PROIA, Cedam, Padova, 2014, 595 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *La questione delle fonti dopo il Testo Unico sulla rappresentanza sindacale*, in *Atti del Convegno in onore di P. TOSI, Diritto del lavoro e mercato globale*, Esi, Napoli, 2014, 117 ss.; I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo: tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Jovene, Napoli, 2018.

diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., come modificato dal d.lgs. n. 40/2006). La nostra legislazione, colmando il solco esistente tra contratto collettivo privato e contratto collettivo pubblico privatizzato, soddisfa l'esigenza di una soluzione uniforme delle questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei contratti collettivi, ricorrendo alla nomofilachia della Cassazione, finora circoscritta alla legge²⁴. Ciò contribuisce ad assicurare una maggiore certezza del diritto. Pur assimilato alla legge sotto il profilo processuale, il contratto collettivo continua ad essere interpretato dalla giurisprudenza secondo i canoni ermeneutici previsti per l'interpretazione dei contratti (artt. 1362 ss. c.c.) e non utilizzando i criteri previsti per l'interpretazione della legge (art. 12 disp. prel. c.c.). Pertanto, la denuncia di violazione o falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi di lavoro nazionali, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., comporta, in sede di legittimità, l'interpretazione delle loro clausole in base alle norme codicistiche di ermeneutica negoziale (art. 1362 c.c.) come criterio interpretativo diretto e non come canone esterno di commisurazione dell'esattezza e della congruità della motivazione della sentenza, senza più necessità di una specifica indicazione delle norme violate e dei principi in esse contenuti, né del discostamento da parte del giudice di merito dei canoni legali assunti come violati o di una loro applicazione sulla base di argomentazioni illogiche o insufficienti²⁵. Si tratta di un intervento che ribadisce, in coerenza con gli orientamenti civilistici consolidati, come il compito primario dell'interprete sia quello di ricostruire la volontà delle parti contraenti, utilizzando tanto il dato letterale, quanto il comportamento complessivo delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto. La Cassazione ribadisce dunque la prevalenza del canone ermeneutico costituito dalle regole di interpretazione c.d. soggettiva del contratto, vale a dire che l'interpretazione complessiva delle clausole non può portare ad un risultato in totale in contrasto col significato letterale delle parole e col comportamento successivo delle parti²⁶. Rimane fermo per la Cassazione che il sindacato di legittimità sulle sentenze riguardanti contratti collettivi aziendali di lavoro

²⁴ Un'importante riflessione sulla sostanza del tema è svolta da E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 2000.

²⁵ Cfr. Cass. 16 luglio 2018, n. 2883 e anche Cass. 19 marzo 2014, n. 6335.

²⁶ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 439; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2017, 618 ss., critico però sulla distinzione tra interpretazione soggettiva e oggettiva. Pur condividendo l'idea che le stesse siano rette da un principio di gerarchia, che antepone le prime alle seconde, giustamente mette in luce come l'emersione dello scopo comune, del voluto, che emerge in primo luogo dalla volontà dichiarata e poi dall'accertamento di una realtà di fatto, sia il frutto di un processo di obiettivizzazione che comporta l'abbandono della vetusta concezione volontaristica.

può essere esercitato, oltre che per vizi di motivazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. nella versione *ratione temporis* applicabile, anche ai sensi del n. 3 del citato articolo, per violazione degli artt. 1362 ss. c.c., purché i motivi di ricorso non si limitino a contrapporre una diversa interpretazione a quella adottata dal provvedimento impugnato, ma ne prospettino, sotto molteplici profili, l'inadeguatezza e la non plausibilità, con riferimento alle norme del codice civile in materia di ermeneutica negoziale, come canone esterno di commisurazione dell'esattezza e congruità della motivazione stessa²⁷. Bisognerebbe prestare attenzione, tuttavia, al carattere nazionale del contratto collettivo. Non è detto che il contratto aziendale debba essere escluso dalla nuova disciplina processuale quando si tratti di contratto che, pur essendo aziendale o di gruppo, trovi un'applicazione su tutto il territorio nazionale.

Una funzione analoga riveste l'accertamento pregiudiziale su efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi. La tecnica prevista dall'art. 420-*bis* c.p.c. (inserito nel codice dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) obbliga il giudice, quando per la definizione di una controversia di lavoro (*ex* art. 409 c.p.c.) è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, a decidere con sentenza la questione²⁸. La sen-

²⁷ V. Cass., ord., 23 maggio 2019, n. 14060; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21888. V. con riguardo al pubblico impiego privatizzato Cass. 7 settembre 2016, n. 17716 secondo cui l'interpretazione del contratto collettivo di ambito territoriale diverso da quello nazionale è rimasta attività riservata al giudice di merito, ed è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale ovvero per vizi di motivazione, qualora la stessa risulti contraria a logica o incongrua, cioè tale da non consentire il controllo del procedimento logico seguito per giungere alla decisione. Questa Corte ha precisato che, ai fini della censura di violazione dei canoni ermeneutici, non è peraltro sufficiente l'astratto riferimento alle regole legali d'interpretazione, ma è necessaria la specificazione dei canoni in concreto violati, con la precisazione del modo e delle considerazioni attraverso i quali il giudice se ne è discostato. La denuncia del vizio di motivazione dev'essere invece effettuata mediante la precisa indicazione delle lacune argomentative, ovvero delle illogicità consistenti nell'attribuzione agli elementi di giudizio di un significato estraneo al senso comune, oppure con l'indicazione dei punti inficiati da mancanza di coerenza logica, e cioè connotati da un'assoluta incompatibilità razionale degli argomenti, sempre che questi vizi emergano appunto dal ragionamento logico svolto dal giudice di merito, quale risulta dalla sentenza. In ogni caso, per sottrarsi al sindacato di legittimità, non è necessario che quella data dal giudice sia l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto, sicché, quando di una clausola siano possibili due o più interpretazioni, non è consentito alla parte, che aveva proposto l'interpretazione disattesa dal giudice, dolersi in sede di legittimità del fatto che ne sia stata privilegiata un'altra. V. anche Cass. 18 aprile 2016, n. 7671 con riguardo ai contratti regionali e con riferimento all'esclusione del contratto Rai dal ricorso "diretto" in Cassazione, cfr. Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062.

²⁸ Sulla tecnica v. D. BORGHESI, M. BARBERIO, *Nozioni di procedura del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, 89; molto critico è G. VIDIRI, *Il giudizio di Cassazione*, in A. VALLEBO-

tenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato in Cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza e il processo è sospeso dalla data del deposito. La Corte di Cassazione²⁹ ha affermato che il presupposto per l'operatività di questo nuovo istituto processuale è che la controversia devoluta alla cognizione del giudice di merito ponga una questione interpretativa – ovvero sull'efficacia o validità della contrattazione collettiva nazionale – che sia rilevante nel giudizio e di non agevole soluzione, potendo mutarsi quanto affermato dalla Corte costituzionale (ord. 7 giugno 2002, n. 233), che, in riferimento all'art. 64, d.lgs. n. 165/2005 anticipatore dell'art. 420-*bis*, ha affermato che presupposto per l'applicazione della procedura in esame è l'esistenza di un reale dubbio interpretativo, concernente la clausola contrattuale della quale il giudice deve fare applicazione nella controversia. Anche la procedura prevista dall'art. 420-*bis* c.p.c. in esame può quindi essere utilizzata solo nei casi in cui la clausola contrattuale possa prestarsi a diverse e contrastanti letture interpretative (oppure sia sospettabile di nullità o inefficacia) e sempre che tale questione interpretativa sia rilevante, nel senso che non ci siano, allo stato degli atti, profili pregiudiziali o preliminari che manifestamente consentano una definizione della lite senza che sia decisa la questione interpretativa. Ha precisato³⁰ inoltre che l'applicazione dell'art. 420-*bis* c.p.c. non è impedita dalla circostanza che la pregiudiziale sulla portata della disciplina collettiva si accompagni, o meno, ad altre questioni, pregiudiziali, preliminari o che si presentino come logicamente antecedenti alla decisione finale, essendo richiesto unicamente che la suddetta pregiudiziale riguardi l'efficacia, la validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi e che sia suscettibile di sfociare in una soluzione definitiva e potenzialmente generale della questione posta, rimuovendo una situazione di incertezza attraverso uno strumento processuale volto a provocare una pronuncia tendenzialmente capace di orientare tutti i giudici investiti, anche in futuro, della medesima questione.

La perplessità più fondata e consistente nei confronti dell'istituto – l'efficacia sarebbe minata dal fatto che la decisione di Cassazione non “vincola” nel suo contenuto gli altri giudici chiamati a pronunciarsi sull'identica questione, vincolo incompatibile con il precetto dell'art. 101, comma 2, Cost. che vuole i giudici essere soggetti soltanto alla legge³¹ – appare superabile dalla presenza delle disposizioni che hanno accresciuto la funzione nomofi-

NA (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, vol. IX, Cedam, Padova, 2011, 530 ss.

²⁹ Cass. 25 giugno 2014, n. 14536 e già Cass. 19 febbraio 2007, n. 3770.

³⁰ Cfr. Cass. n. 14536/2014 e già Cass. 21 settembre 2007, n. 19560.

³¹ Cfr. Cass. n. 14536/2014; v. anche già G. VIDIRI, *op. cit.*, 532.

lattica della Corte di Cassazione. In particolare possono ricordarsi: – l'art. 384, comma 2, c.p.c. che consente la cassazione con rinvio e l'affermazione del principio di diritto vincolante per il giudice del rinvio e comunque a quanto statuito dalla Corte ovvero decide nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; – l'art. 374, commi 2 e 3, c.p.c. che fissa il vincolo per le sezioni semplici di coerenza con il precedente costituito dalla decisione delle Sezioni Unite; – soprattutto l'art. 360-*bis* c.p.c., introdotto dall'art. 47 della l. 18 giugno 2009, n. 69, che esclude la ricorribilità per Cassazione delle decisioni che abbiano risolto questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte, quando non si prospettino motivi per discostarsi, nonché delle decisioni che costituiscano il provvedimento conclusivo di un giudizio svoltosi nel rispetto delle regole del giusto processo³².

I meccanismi garantiscono da un lato l'uniformità della giurisprudenza e dall'altro consentono anche una sua ordinata evoluzione: le sezioni unite possono modificare la propria giurisprudenza, quando si convincono della fondatezza delle critiche avanzate dalla sezione semplice con l'ordinanza di rimessione³³ ovvero la Cassazione individui motivi nel ricorso per discostarsi dal precedente.

7. *Le tecniche di composizione stragiudiziale delle controversie individuali di lavoro*

Nel diritto del lavoro, come in altri rami dell'ordinamento, si hanno forme di risoluzione stragiudiziali e giudiziali delle controversie. È noto quanto sia antica la consuetudine della prima forma di soluzione e quanto sia rilevante per un'autonoma condivisione e applicazione normativa ad opera delle parti negoziali³⁴. Occorrerebbe esaminare proprio le prime tecniche in

³² Su questi aspetti v. A. GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *QG*, n. 4/2018, 126 ss.; G. RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Giappichelli, Torino, 2019, 82 ss. e 148 ss.; F. CARINCI, *op. cit.*, 120 ss.

³³ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. II. Il processo di cognizione*, Giuffrè, Milano, 2017, 464.

³⁴ Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2003; G. FERRARO, *La conciliazione nelle controversie di lavoro* e D. BORGHESI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, entrambi in A. VALLEBONA (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, cit., risp. 597 ss. e 643 ss.; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Giappichelli, Torino, 2014; I. C. MAGGIO, *La conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro: lo stato dell'arte*, in *DRI*, n. 1/2017, 98, che effettua una rico-

quanto rafforzano l'effettività dei diritti garantiti dall'ordinamento. Esse andrebbero revisionate per assicurarne un funzionamento più efficiente e soprattutto per garantire che la volontà del lavoratore sia assistita, sia sorretta sempre cioè dalla presenza di soggetti od organi istituzionali che rendano edotto il lavoratore delle conseguenze delle sue scelte, della possibile disponibilità di propri diritti³⁵.

È noto che il sistema normativo (artt. 410 ss. e 806 ss. c.p.c.) è stato modificato dall'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183 e dall'art. 20 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Nella letteratura in materia la disciplina è considerata complessa, farraginoso e irrazionale. Si apprezza il fatto che il tentativo di conciliazione sia divenuto facoltativo, restando obbligatorio esclusivamente nei casi di impugnazione dell'atto di certificazione (*ex* art. 80 d.lgs. n. 276/2003), di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo *ex* art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dalla l. n. 92/2012 (irragionevolmente e solo per i lavoratori assunti prima del d.lgs. n. 23/2015) e di conciliazione davanti al giudice, nel corso di una controversia di lavoro (artt. 185 ss. e, soprattutto, 420 c.p.c.).

Si è giustamente rilevato che la procedura – che si svolge presso l'Ispettorato territoriale del lavoro (artt. 410 e 411 c.p.c.) – è assai più formalizzata rispetto al passato «ed è articolata come un piccolo processo che appare inutilmente complicato se lo scopo è quello di favorire una composizione stragiudiziale della controversia (...) Particolarmente insidiosa per le parti è la previsione secondo cui delle risultanze della proposta formulata dalla commissione, e non accettata senza adeguata motivazione, il giudice tiene conto in sede di giudizio. È una previsione che, lungi dall'agevolare l'accesso alle forme conciliative, è tale da scoraggiarlo, dal momento che il comportamento tenuto in quella sede potrà costituire un elemento di valutazione in sede giudiziale»³⁶.

Anche in sede giudiziale emerge lo stesso carattere in quanto si stabilisce che il giudice, obbligato al tentativo di conciliazione, formuli alle parti una proposta transattiva o conciliativa, il cui rifiuto, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio (art. 420, comma 1, c.p.c.).

gnizione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro evidenziandone le criticità e proponendo ricostruzioni ragionate; G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2017.

³⁵ Sulla scarsa fortuna della risoluzione privata delle controversie, fatta eccezione della conciliazione, cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, 119.

³⁶ O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2020, 667-668; v. anche E. GHERA, A. GARILLI, D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017, 361.